

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

**RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET EN LOS DELITOS
DE CIBERPORNOGRAFÍA INFANTIL EN GUATEMALA**

ANA ALEJANDRA ARÉVALO JUÁREZ

GUATEMALA, MAYO DE 2024

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

**RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET EN LOS DELITOS
DE CIBERPORNOGRAFÍA INFANTIL EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA ALEJANDRA ARÉVALO JUÁREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2024

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Candi Claudy Vaneza Gramajo Izeppi
Vocal: Lic. Guillermo David Villatoro Illescas
Secretario: Lic. Héctor Javier Pozuelos López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Enrique López Chávez
Vocal: Licda. Candi Claudy Vaneza Gramajo Izeppi
Secretario: Lic. Guillermo David Villatoro Illescas

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

REPOSICIÓN POR: CORRECCIÓN DE DATOS
EMITIDA EL DÍA: 05/08/2022



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 27 de mayo del 2022

Atentamente pase al (a) Profesional, **BYRON OSWALDO VALVERT GUZMÁN**
Para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del estudiante (a) **ANA ALEJANDRA ARÉVALO JUÁREZ**, con carné: **201501963** intitulado: **RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET EN LA CIBERPORNOGRAFÍA INFANTIL EN GUATEMALA.**

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.



CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

JPTR

Fecha de recepción 12/08/2022

(f)

DR. Byron Oswaldo Valvert Guzmán
ABOGADO Y NOTARIO

Asesor (a)
(Firma y sello)



Lic. Byron Oswaldo Valvert Guzmán
Abogado y Notario



Guatemala 10 de noviembre de 2022

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Hago de su conocimiento que llevé a cabo la asesoría de la tesis de la Bachiller Ana Alejandra Arévalo Juárez titulada: **"RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET EN LA CIBERPORNOGRAFÍA INFANTIL EN GUATEMALA"**. Para lo cual la asesoré sobre la manera en que jurídica y metodológicamente debía proceder para realizar la investigación respectiva, a partir de lo cual considero que el informe final es un adecuado trabajo científico, lo cual fundamento teniendo en cuenta los aspectos siguientes:

DICTAMEN

Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales y de actualidad ya que trata sobre la manera en que Internet ha fomentado la delincuencia cibernética, encontrándose entre ellas, la ciberpornografía infantil, que atenta contra la integridad física y emocional de niñas, niños y adolescentes, a partir de lo cual se le ha regulado como delito. Se modificó el título de la tesis quedando de la siguiente manera: **"RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET EN LOS DELITOS DE CIBERPORNOGRAFÍA INFANTIL EN GUATEMALA"**.

Los métodos utilizados en la investigación fueron el de análisis, la inducción, la deducción y la síntesis; mediante los cuales la Bachiller Arévalo, no solamente logro comprobar su hipótesis, sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con establecer que para reducir la libertad que tienen los autores de ciberpornografía infantil o los usuarios de este tipo de pornografía, el Congreso de la República a través de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, debe tipificar la responsabilidad penal de los distribuidores de Internet que no denuncian a usuarios que llevan a cabo acciones vinculadas con la ciberpornografía infantil en Guatemala, sea porque la introducen o las descargan en las páginas de internet a partir de usar las computadoras que tienen a disposición de usuarios los proveedores de internet o café internet

Las técnicas bibliográficas permitieron recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia para obtener información que permitiera alcanzar los objetivos y someter a prueba la hipótesis que fue debidamente comprobada.

14 calle 7-26, Zona 1
Segundo Nivel, Oficina 5
Ciudad de Guatemala
Celular número: 5308-0207



La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo utilizado la Bachiller un lenguaje técnico y comprensible para el lector, asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española de la Lengua, con lo cual logró la hilvanación de los objetivos con el contenido teórico obtenido que obtuvo a través de la información recopilada.

El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema que reviste importancia y que no ha sido estudiado suficientemente. En todo caso, puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.

En la conclusión discursiva, la Bachiller Arévalo Juárez expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, debe tipificar la responsabilidad penal de los distribuidores de internet que no denuncian a usuarios que llevan a cabo acciones vinculadas con la ciberpornografía infantil en Guatemala, sea porque la introducen o las descargan en las páginas de Internet a partir de usar las computadoras que tienen a disposición de usuarios los proveedores de servicios de Internet o café Internet.

La bibliografía, fue la adecuada al tema, en virtud de que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como de autores extranjeros.

La Bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó todas las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

Es necesario declarar expresamente, que no soy pariente dentro de los grados de ley de la estudiante que asesoro.

El trabajo de tesis efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y, en su momento oportuno, debe ser discutido en el examen público de conformidad con las normas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Atentamente:

Lic. Byron Oswaldo Valvert Guzmán
Asesor de Tesis
Colegiado número 2307

Lic. Byron Oswaldo Valvert Guzmán
ABOGADO Y NOTARIO

14 Calle 7-26, Zona 1
Segundo Nivel, Oficina 5
Ciudad de Guatemala
Celular número: 5308-0207



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, siete de marzo de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA ALEJANDRA AREVALO JUÁREZ, titulado RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET EN LOS DELITOS DE CIBERPORNOGRAFÍA INFANTIL EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/AFCV



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser el centro de mi vida, guiarme y darme fuerza para alcanzar esta meta, a Él sea la gloria y la honra por todos los siglos de los siglos.

A MI PADRE:

Atanasio Arévalo Granados, por ser mi guía, consejero y ejemplo de vida, un inmenso agradecimiento por su amor, apoyo, paciencia y por haberme enseñado siempre los caminos de Dios, gracias Ata.

A MI MADRE:

Dina Loreta Juárez Benítez de Arévalo, por ser mi mejor amiga, por su amor y ternura, por sus sabios consejos para enfrentar adversidades de la vida y enseñarme que cada obstáculo era motivo de perseverancia y esfuerzo, gracias madre.

A MIS ABUELITOS MATERNOS:

Enrique Alberto Juárez Robles (+) y Zoila Aurora Benítez Vítores de Juárez (+) por todo su amor, dedicación y consejos, cada recuerdo con ellos es un momento especial y sé que en el cielo celebran este triunfo, un beso al cielo abuelitos.

A MIS ABUELITOS PATERNOS:

Apolonio Arévalo (+) y Francisca Granados (+) Paz y flores sobre sus tumbas.

A MI TÍO:

Enrique Camilo Juárez Benítez, por su amor y apoyo incondicional en esta etapa de mi vida.

A MI PASTOR:

Doctor Max Pérez Godínez (+) por ser mi pastor y guía espiritual, recordaré sus sabios consejos por siempre.

A MI ASESOR:

Licenciado Byron Oswaldo Valvert Guzmán, por su tiempo, dedicación y apoyo para esta investigación.

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la oportunidad de pertenecer a esta casa de estudios y tener el honor de ser una estudiante san carlista.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de
la Universidad de San Carlos de Guatemala, por
la formación académica y profesional.





PRESENTACIÓN

La investigación realizada fue de tipo cualitativo, a partir que se realizó una reflexión jurídica sobre la manera en que, en Guatemala, la Internet ha fomentado la delincuencia cibernética, encontrándose entre ellas, la ciberpornografía infantil, que atenta contra la integridad física y emocional de niñas, niños y adolescentes, a partir de lo cual se le ha regulado como delito; sin embargo, debido a la existencia de miles de café Internet en Guatemala, la posibilidad de que las autoridades puedan perseguir, detener y accionar penalmente contra los autores de este delito, conlleva el fomento de la impunidad para quienes lo promueven y fomentan.

El aporte realizado en la presente tesis fue exponer la importancia de que el Congreso de la República a través de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, debe tipificar la responsabilidad penal de los distribuidores de internet que no denuncian a usuarios que llevan a cabo acciones vinculadas con la ciberpornografía infantil en Guatemala, sea porque la introducen o las descargan en las páginas de Internet a partir de usar las computadoras que tienen a disposición de usuarios los proveedores de servicios de Internet o café Internet.

HIPÓTESIS

La manera en la cual se logra que evitar que el acceso a Internet a través de los café Internet siga fomentado la pornografía infantil, encontrándose entre ellas, la ciberpornografía infantil, que atenta contra la integridad física y emocional de niñas, niños y adolescentes es que el Estado tipifique la responsabilidad penal de los distribuidores de internet que no denuncian a usuarios que llevan a cabo acciones vinculadas con la ciberpornografía infantil en Guatemala, sea porque la introducen o las descargan en las páginas de Internet a partir de usar las computadoras que tienen a disposición de usuarios los proveedores de servicios de Internet o café Internet.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Luego de haber realizado el trabajo de tesis, donde se sometió a prueba la hipótesis, la misma fue comprobada a través del uso del método deductivo, inductivo y analítico, puesto que se comprobó que la única manera en la cual se logra evitar que el acceso a Internet a través de los café Internet siga fomentado la pornografía infantil, es que el Congreso de la República a través de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, debe tipificar la responsabilidad penal de los distribuidores de internet que no denuncian a usuarios que llevan a cabo acciones vinculadas con la ciberpornografía infantil en Guatemala, sea porque la introducen o las descargan en las páginas de Internet a partir de usar las computadoras que tienen a disposición de usuarios los proveedores de servicios de Internet o café Internet.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. La función ética y social del derecho penal.....	2
1.2. Derecho penal y ley penal.....	6
1.3. Principio del derecho penal mínimo.....	7
1.4. El principio de dignidad humana.....	13

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito.....	19
2.1. La acción y la conducta penal.....	22
2.2. La tipicidad y el tipo penal.....	24
2.3. La antijuridicidad.....	29

CAPÍTULO III

3. Delitos de ciberpornografía infantil o pornografía infantil en internet.....	37
3.1. Definición de pornografía infantil.....	37
3.2. Impacto de internet en la pornografía infantil.....	40
3.3. El antes y después de la pornografía infantil en internet.....	44
3.4. Internet, delincuencia organizada y derecho.....	47

CAPÍTULO IV

4. Responsabilidad de los distribuidores de internet en la ciberpornografía infantil en Guatemala.....	51
4.1. Regulación de delitos vinculados con la pornografía infantil.....	51
4.2. El café internet un espacio real para el acceso a la información de las redes globales.....	53
4.3. Responsabilidad de los distribuidores de internet en la ciberpornografía infantil en Guatemala.....	57
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69

INTRODUCCIÓN

La investigación está determinada porque en Guatemala desde finales del Siglo XX se reconoció como una realidad social la existencia de niñez de la calle, lo cual significa que en el presente muchos de los niños, niñas y adolescentes, son hijos, incluso ya mayores de edad, de los primeros niños de la calle, por lo que es una situación social discriminante que abarca dos o más generaciones, sin que la sociedad guatemalteca ni el Estado, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, lleven a cabo acciones estratégicas que permitan disminuir sino que eliminar esta problemática social, que va en detrimento de menores de la calle.

Como objetivos se estableció determinar los fundamentos del derecho de la niñez y la adolescencia, sus características y la función que el mismo tiene dentro de la sociedad con relación a la niñez de la calle; de igual manera, se describe a la niñez y la adolescencia sus elementos fundamentales y la razón de su existencia en el derecho; asimismo, se definió exponer los principales elementos que determinan la existencia de los derechos de la niñez y la adolescencia y el papel que tiene para ello la Convención sobre los Derechos del Niño y con ella el principio de interés superior del niño, así como la manera en que debe actuar la Procuraduría General de la Nación para garantizar que ya no continúe la explotación laboral de estos menores.

La hipótesis, debidamente comprobada en este trabajo, fue establecer que para evitar que continúe la explotación laboral de menores de la calle, la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, debiera implementar un procedimiento legal destinado a realizar acciones estratégicas para impedir que la niñez en la calle sea objeto de explotación laboral, para lo cual tiene que implementar proyectos productivos para incorporar a esta niñez a condiciones laborales respetuosas de su interés superior, que garantice su vida, integridad personal, educación y un futuro mejor para ellos y sus descendientes, para que de esa manera, en las décadas siguientes no se encuentre en la calle a los nietos de los primeros niños de la calle.

Se utilizaron las técnicas de investigación bibliográfica y documental para recopilar libros sobre derecho de la niñez y la adolescencia, la explotación laboral de los menores y el interés superior de la niñez y la infancia; mientras que los métodos utilizados para ordenar y darle sentido a la información, para el informe de la investigación realizada, alcanzar los objetivos y someter a prueba la hipótesis fueron: el deductivo, el inductivo, el analítico y el sintético.

Por último, se redactó el informe final que consta de cuatro capítulos. El primero se orientó hacia la explicación de los derechos humanos, la función jurídica y social que los mismos tienen, así como la universalidad y progresividad de los mismos; el segundo, destaca las características de la niñez y la adolescencia, así como los elementos que determinan la importancia de reconocer la existencia de una etapa temprana y una tardía, con sus propias características; el tercero, fue elaborado a partir de explicar los derechos de la niñez y la infancia, el papel del interés superior del niño en la protección de los mismos y la manera en que la Convención sobre los Derechos del Niño ha contribuido a su protección; mientras que el cuarto se orientó hacia la explicación de la violación de los derechos a la protección integral de la niñez por parte de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, al no existir un procedimiento específico para proteger de la explotación laboral a los niños de la calle y en la calle.

El aporte de la presente investigación de tesis fue establecer la importancia de que la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, debiera implementar un procedimiento legal destinado a realizar acciones estratégicas para impedir que la niñez en la calle sea objeto de explotación laboral, para lo cual tiene que implementar proyectos productivos para incorporar a esta niñez a condiciones laborales respetuosas de su interés superior, que garantice su vida, integridad personal, educación y un futuro mejor para ellos y sus descendientes.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Se entiende al derecho penal como la rama del derecho que estudia el fenómeno criminal, el delito, el delincuente y la pena, siendo parte del derecho público, porque protege los bienes jurídicos de los ataques que los afectan, lo cual lesiona la seguridad jurídica, por lo que, al tratar de evitar esos comportamientos, el derecho penal es un medio de control social que está altamente formalizado.

El formalismo del derecho penal se debe a que sus reglas y su modo de actuar, lo prohibido y la gravedad de los instrumentos de los que se vale para sancionar, se manifiestan con precisión a través de ciertos cauces formales y solo a través de ellos, porque la dureza de la pena de prisión la que hace que por razones de proporcionalidad en los ordenamientos democráticos ese control se dirija solo a evitar los comportamientos más nocivos para la protección de los intereses o bienes elementales de la vida social.

“Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior; es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad”.¹

¹ Lascuraín, Juan Antonio. **Manual de introducción al derecho penal**. Pág. 34.

1.1. La función ética y social del derecho penal

El derecho penal tiene como misión amparar los bienes jurídicos elementales de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la libertad, la propiedad y la salud, entre otros, determinando que si se pretende su lesión o se lesionan existen consecuencias jurídicas, lo cual hace a través de prohibir y castigar acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto, con lo cual asegura la vigencia de los valores positivos.

Los valores que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el contenido ético y social de las normas del derecho penal, pues este asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales, puesto que su misión reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.

El derecho penal fijando pena a los actos que se apartan realmente de un actuar conforme al derecho, ampara, al mismo tiempo, los bienes jurídicos, sancionando el disvalor del acto correlativo; así, asegura la fidelidad para con el Estado, protege la vida, la libertad, la salud, y el honor, entre otros; sin embargo, la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su acción demasiado tarde.

Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión asegurar la validez real de los valores del actuar según el pensamiento jurídico, pues estos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad; es decir, el amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad preventiva o represiva; pero, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza ético social proscribiendo y sancionando el apartamiento de valores orientados a proteger los bienes jurídicos de la sociedad.

De ello resulta, no solamente una marcada utilidad, sino también una señalada actualidad en la apreciación del valor; es decir, la utilidad actual o daño del resultado de la acción determinan el valor de la acción, pues con ello se pasa por alto que al derecho penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los penalistas democráticos, quienes promueven la protección de la dignidad humana como fin último.

Así, detrás de la prohibición de matar, está el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida. de los demás; es decir, el valor del acto; precisamente por eso, es también homicida quien mata arbitrariamente a alguien cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal, aunque se le haya condenado a muerte, por lo que resulta claro que la seguridad de todos sólo se garantiza suficientemente cuando se asegura el respeto por la vida ajena, con independencia del valor actual de ese bien jurídico individual, lo cual es fundamental a partir de reconocer la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, especialmente los individuales.

El valor del acto es relativamente independiente del valor material o valor del resultado, puesto que solamente asegurando los valores elementales éticos y sociales de la acción, puede lograrse un amparo amplio y duradero de los bienes jurídicos, porque es, precisamente, a través de la función ética del derecho penal que se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos, que con la mera idea del amparo de esos bienes jurídicos.

Los valores del acto de fidelidad, de obediencia o de respeto por la persona, son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el mero amparo de bienes, porque la importancia de la utilidad o daño actual pasa a segundo plano, ante la conquista duradera que encierra el pensamiento de los ciudadanos de respetar el derecho; en este sentido hay también un sentir legal, consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos, por lo que para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés egoísta o los de la conciencia del valor.

Es por eso que el derecho debe ejercer su influjo sobre los deberes jurídicos mediante su contenido de valor, sobre la conciencia moral; mediante su permanencia, sobre la costumbre y mediante la fuerza del derecho, sobre los instintos egoístas, por lo que despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho penal, puesto que solamente de esa manera se garantiza la protección jurídica y social de los bienes jurídicos tutelados, los cuales simbolizan los valores más apreciados por la sociedad en un período determinado de su evolución, puesto que estos bienes cambian o se amplían de acuerdo a los valores predominantes.

De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores éticos sociales elementales del sentir social y, sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales que son vitales para la sociedad y el individuo, por lo que, en razón de su significación social, es amparado penalmente, con la finalidad de garantizar su protección a partir del significado que tiene para la población.

“Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social, y por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social. El derecho penal presta a esos bienes jurídicos amparo contra las posibles lesiones; no en forma absoluta, por cierto, pues todo bien jurídico forma parte de la vida social y con ello es puesto en peligro dentro de ciertos límites, porque el derecho penal solamente contiene la protección de los bienes jurídicos contra determinada clase de agresiones”.²

A partir de lo expuesto por el autor, se entiende que el derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole y que, como fundamento de esas prohibiciones u órdenes están los elementales deberes éticos y sociales, cuya vigencia asegura, amenazando con pena las acciones que los lesionan, buscando obtener con ello un amparo amplio y duradero de los bienes a partir de impedir las prácticas socialmente reprobables, sin que por ello deba dejarse por un lado la priorización de la dignidad humana.

² **Ibíd.** Pág. 35.

1.2. Derecho penal y ley penal

Partiendo de que en el derecho penal democrático a una acción sólo puede imponérsele pena, cuando esta se encuentra legalmente determinada antes de haber sido ejecutada la acción; es decir, sólo una ley puede declarar una acción como delito y solamente una ley puede determinar para ella una pena y ambas cosas, solamente antes de que haya sido ejecutada la acción, por lo que se entiende que existe exclusión de la fuerza retroactiva de leyes penales que fundamentan o agravan la pena y que se prohíbe la creación de tipos y determinación de penas extralegales, sea por analogía o por el derecho consuetudinario.

Asimismo, la existencia previa del delito conlleva a exigir, además, una determinación legal de las consecuencias del delito; o sea, que la amenaza de la pena al menos debe estar determinada en su naturaleza y límites en la ley penal; es decir, solamente lo que está previsto en un tipo de la ley penal, puede ser sancionado con una pena, por lo cual se prohíbe toda creación de tipos del derecho consuetudinario, sino que se dispone, también, que toda interpretación de la ley está comprendida dentro de los límites del tipo legal.

La idea que existe en la fundamentación de estos elementos relacionados con que para perseguir una conducta ilícita debe existir la regulación previa del delito, exige que el comportamiento declarado punible esté tipificado en la ley penal estructurada sobre la idea de la tipicidad, en donde la delimitación esencial del tipo debe realizarla ella misma,

así como las consecuencias jurídicas de esa conducta delictiva, con la finalidad de evitar abusos de poder de parte de los funcionarios públicos contra la población.

A partir de esta delimitación de los fundamentos jurídicos se entiende que la misión de la parte general del derecho penal es establecer las características esenciales generales del delito y de su autor, debido a que toda acción con significación penal es una unidad formada por elementos objetivos o de hecho y subjetivos o de voluntad, pero su concreción se realiza en forma distinta, sea como comisión o como omisión; en distinto grado, ya sea como preparación, tentativa o consumación; de igual manera, su valoración puede ser como adecuada o contraria al derecho, como inculpable o culpable, entre otros aspectos.

Por aparte, la tarea de la parte especial es delimitar entre sí las distintas clases de delito: asesinato y homicidio, hurto y robo, entre otros, puesto que las personas pueden proponerse fines, elegir los medios necesarios para su obtención y ponerlos en actividad, siendo este primer presupuesto de la vida social el primer criterio del actuar humano en general en todos los aspectos de su vida.

1.3. Principio del derecho penal mínimo

A partir de lo grave que es la imposición de la pena como consecuencia del proceso penal, se dispone que el derecho penal solo debe intervenir en aquellas oportunidades para las cuales, han fracasado otras medidas o medios menos gravosos, a través de los

cuales se ha pretendido solucionar el conflicto, a partir de lo cual se indica que este es última medida a la que debe recurrirse, por ser precisamente materia gravosa, a través de la cual, se restringen derechos tan fundamentales, como lo es la libertad de las personas.

Es que debe recordarse que a través del derecho penal el Estado pone en práctica su capacidad de sancionar punitivamente aquellas conductas que han afectado bienes jurídicos considerados fundamentales, lo cual significa el uso o ejercicio de la violencia legitimada, por lo que las autoridades estatales deben hacer uso de ese poder bajo circunstancias muy calificadas, priorizando si es posible otras vías menos gravosas para dar solución al conflicto social, para consolidar las prácticas de un derecho democrático y finalista frente a uno autoritario y represivo que priorice la criminalización de las prácticas sociales y las penas sobre la convivencia democrática.

“En relación con este efecto limitador de la actividad punitiva estatal, en doctrina se indica que, aunque es un principio más que todo dirigido al legislador a quien tiene el poder de definición de lo prohibido penalmente, ampliando o reduciendo de esa manera el campo de lo criminalizado, existen implicaciones del principio en la aplicación e interpretación del derecho penal. Aquel poder de definición, sin embargo, no es absoluto. El legislador no puede criminalizar conductas inocuas o de daño insignificante. En efecto, el ejercicio del *ius puniendi* no es ilimitado, sino que es una facultad reglada y sometida a los condicionamientos constitucionales, como lo debe ser en todo Estado de derecho”.³

³ *Ibíd.* Pág. 38.

Lo citado significa que el efecto limitador del principio del derecho penal mínimo, debe hacerse efectivo precisamente en el momento de la formación de las leyes, porque es aquí en donde deben tipificar aquellas conductas que impliquen ataques gravosos para bienes jurídicos esenciales, por lo que se justifica darles una efectiva protección, para salvaguardar la convivencia social; sin embargo, a veces en la realidad guatemalteca, cuando en circunstancias políticas y sociales que generan alteraciones en la población, los legisladores proceden a punir cualquier conducta o aumentar penas a delitos vigentes sin entrar en consideración en cuanto al carácter necesario de estas acciones legislativas.

Ante esas prácticas orientadas a priorizar el uso del poder punitivo del Estado, el derecho penal mínimo desarrolla como un principio fundante que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso estatal, puesto que se trata de promover la convivencia social sobre la base de una interacción pacífica entre las personas y entre estados y la autoridad estatal, quien tiene como finalidad alcanzar el bien común, así como garantizar la vida, la libertad, la integridad, la propiedad y la seguridad jurídica a sus habitantes.

Desde esta perspectiva democrática del uso del derecho penal, se entiende que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por la intervención mínima, en donde esta punibilidad sólo debe intervenir en los casos de los ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; mientras que, para las perturbaciones más leves del orden jurídico se deben aplicar otros mecanismos o medios sociales, administrativos y judiciales ajenos al sistema penal, lo cual incluye desde las estrategias preventivas para evitar los factores que llevan a las personas a delinquir hasta las reactivas como última opción.

De aquí que se entiende al derecho penal como la última herramienta a utilizar, cuando los demás medios para solucionar un conflicto social fallan y se amenaza un bien jurídico tutelado, ubicándolo en su justa dimensión como medida a utilizar si la amenaza del daño a los bienes jurídicos sea real y no supuesta ni que se utilice el poder punitivo del Estado a partir de prácticas populistas orientadas a satisfacer las demandas sociales fundamentadas en el miedo y los prejuicios o estereotipos contra terceros, a partir que estas son acciones autoritarias basadas en la instrumentalización del derecho punitivo del Estado con fines políticos.

En consecuencia, se comprende que la norma penal debe efectivamente buscar la necesaria tutela de un bien jurídico fundamental, teniendo en cuenta los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder que en el Estado de derecho, por lo que debe tenerse en cuenta la significancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico; asimismo, se lleva a cabo la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal.

A partir de tener en cuenta estos elementos desde la importancia del bien jurídico tutelado, se entiende el concepto de insignificancia del hecho, en donde no existe una amenaza lo suficientemente válida del bien jurídico, por lo que no tiene sentido establecer una persecución penal, con lo cual se le da sentido a los principios de intervención mínima y racionalidad que se predicen del derecho penal en todo Estado de derecho,

estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política de la República, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela judicial.

De acuerdo a lo expuesto, se trata de tener en cuenta que el principio de mínima intervención del derecho penal, es tomado como un método de interpretación, cuando se analiza el tema de la insignificancia de la conducta acusada; de esta forma, tal principio se señala como propio del Estado de derecho, porque su función es precisamente delimitar el ejercicio de la actividad punitiva del Estado, que surge de los conceptos esenciales del derecho penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en un Estado de derecho.

Asimismo, teniendo en cuenta el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del derecho penal sustantivo, debe entenderse que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado, con lo cual se está ante una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador y como un requisito de legitimación sustancial de toda norma, en especial de las prohibitivas; por lo que el legislador no debe sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para la sociedad en donde la norma produce sus efectos.

“También se advierte la existencia de un movimiento que se inclina más bien por lograr la expansión del derecho penal, denominándose derecho penal máximo, en este sentido

se indica: La tendencia actual del derecho penal no es favorable al principio de lesividad ni al de proporcionalidad, lo cual evidencia que se ha producido un proceso de perversión de la necesidad de protección de bienes jurídicos por las tendencias del derecho penal moderno o máximo, de modo que dicho principio, en contra del sentido que tenía en la ilustración, no se utiliza para limitar al legislador en la creación de nuevos delitos, sino más bien como una exigencia para que se prevean nuevos”.⁴

Desde esta visión de expansión del derecho penal se tiende a la utilización constante de delitos de peligro abstracto, que lo alejan de su ideal de protección de bienes jurídicos, lo cual va aunado a una abstracción cada vez mayor de los bienes jurídicos que se tutela, alejándose del carácter humano del bien jurídico, lo cual ha llevado a una expansión cada vez mayor del derecho penal, en vez de una reducción del mismo, aun sabiéndose que su aplicación implica, restringir derechos bajo la óptica de dar protección jurídica a bienes jurídicos que no son esenciales para la convivencia social.

Estas prácticas de un derecho penal ampliado, va en contra del principio del uso del mismo como último recursos, siempre y cuando no se encuentren otras vías para dar solución efectiva al conflicto planteado, debido a las graves implicaciones que genera la aplicación del derecho penal; por lo que la visión de su uso ampliado se orienta a tipificar nuevas conductas delictivas que, muchas veces, ni siquiera presentan un bien jurídico de protección claro, sino que se orientan a satisfacer demandas sociales con fines políticos o para enfrentar a los opositores políticos.

⁴ Alonso Álamo, Mercedes. **Derecho penal**. Pág. 28.

El fundamento de este derecho penal ampliado se fundamenta en la idea de que creando más delitos y elevando las penas, se va a lograr dar mayor seguridad a la ciudadanía, lo cual, en la práctica no ha resultado tal y como se predica, pues la realidad jurídica penal de los países donde se crearon más delitos y se ampliaron las penas, no se ha logrado disuadir para aquellos que han optado por delinquir, por lo que debe reorientarse el uso del derecho penal para casos que afecten bienes esenciales y no en los que hay poca afectación al bien jurídico tutelado, por lo que no se justifica la imposición de una pena.

1.4. El principio de dignidad humana

El principio de la dignidad humana está determinado por considerar que la persona como tal, debe ser el fin y no el medio de la justicia, por lo que el respeto de la misma se convierte en un límite claro del ejercicio de la actividad punitiva estatal y de la aplicación del derecho penal; o sea que, el reconocimiento de la dignidad humana implica el reconocimiento del otro en su humanidad, la cual es tan valiosa como la de cualquier otra persona.

El reconocimiento de la dignidad humana se identifica con el respeto hacia la persona, pero desde el punto de vista de su diferencia, su diversidad y su identidad; sin embargo, la dignidad debe ser vista como respeto al ser humano, sus diferencias, su diversidad y su identidad, pues solo de esta forma, se puede afirmar que se manifiesta efectivamente el respeto hacia el individuo, meta a la cual debe aspirar la administración de justicia, la cual a pesar de que se señala entre los valores sociales, muchas veces se desatiende.

“Una aproximación inicial a la dignidad humana en el derecho penal podría lograrse a partir del contenido de los principios tradicionales del derecho penal, por cuanto giran en torno a la idea de limitación del poder punitivo estatal; por ejemplo, son particularmente evidentes los vínculos existentes entre dignidad humana y, entre otros, los principios de culpabilidad e igualdad, que desde este punto de vista deben ser entendidos, inclusive, como garantías constitucionales derivadas del respeto a la dignidad humana. Aún más, podría decirse que la dignidad humana es el principio base que conecta toda una red de derechos que se atribuyen al individuo frente al poder penal del Estado”.⁵

El reconocimiento de esta relación entre principios tradicionales del derecho penal y la dignidad humana se orienta a tener en cuenta que no debe darse una instrumentalización del individuo, aunque siempre dentro de lo que se considera el papel del principio de legalidad, puesto que las garantías penales consisten en prohibiciones orientadas a la tutela de los derechos de libertad, que en relación con el contenido del respeto a la dignidad humana implica el reconocimiento de los límites del actuar humano, la exigencia de no discriminación, el respeto a la autonomía individual, la intangibilidad y la integridad física y moral.

De ahí que el recurso a la pena en el Estado de derecho se encuentre siempre limitado y reglado por el respeto a la dignidad humana y por los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad, entre otros, que reducen el uso de lo punitivo a lo estrictamente necesario para la protección, no solo de la convivencia social, sino también del infractor

⁵ **Ibíd.** Pág. 29.

frente a castigos arbitrarios e injustos; es decir, el derecho penal encuentra su razón ser en la limitación de la intervención punitiva estatal, para evitar que en el ejercicio de dicha actividad se desconozcan las exigencias de un trato humano y digno.

Que el principio de dignidad humano no sea suficiente para contener el poder penal del Estado indica la necesidad de complementar dicho principio con el contenido de otras disposiciones limitadoras que permitan la construcción de un planteamiento con la suficiente capacidad de resistencia para hacer frente a las crecientes demandas punitivas de la actualidad, puesto que afirmar que el ciudadano solo puede responder por actos dañosos a terceros que puedan atribuírsele a su actuación personal y subjetiva implica el reconocimiento de que el daño a terceros no es el único elemento necesario o suficiente para castigar, pues la dignidad humana exige que no se castigue la mera casualidad.

“Una responsabilidad penal sin dolo o culpa o por el mero acto de otro supondría un castigo por resultados inevitables para un ser humano y por ello resulta inaceptable desde un trato digno; de ahí que, si bien la prohibición de la responsabilidad objetiva suele ser excluida también por razones preventivas, lo cierto es que inclusive si se argumentara en sentido contrario, el problema de fondo seguiría siendo si resulta conforme a la dignidad humana atribuir responsabilidad a alguien por eventos que no estaba en posibilidad real de evitar en la situación concreta, que sería tanto como exigirle que se comportara más allá de lo humanamente posible”.⁶

⁶ *Ibíd.* Pág. 30.

En un derecho penal respetuoso de la dignidad humana, tanto la exigencia de dolo o culpa, como la de responsabilidad personal limitan la intervención penal, independiente de las posibles exigencias preventivas que la respalden; también la culpabilidad como posibilidad exigible de la actuación conforme a derecho encuentra su fundamento en la dignidad humana por cuanto el derecho debe reconocer en el ser humano un centro de imputación condicionado por su entorno y admitir la existencia de eventos en los que dicha determinación propia se encuentra particularmente restringida.

Asimismo, debe aceptar también que las circunstancias específicas de una persona pueden dejarlo libre de reproche penal, pues tales circunstancias son siempre particulares y lo que en un caso puede suponer una pena legítima en otro puede aparecer como una instrumentalización del individuo, por lo que la inclusión del contexto en el que el individuo actúa es necesario, puesto que se presume la existencia de una corresponsabilidad social y estatal como elemento esencial de la culpabilidad penal, en la medida en que la exigencia de un trato digno impide que a un sujeto que actúa particularmente condicionado se le instrumentalice argumentando necesidades de prevención.

Es decir, se le debe determinar la punibilidad a causa de las circunstancias en las que actuó y no por lo que hizo, teniendo en cuenta lo que podía razonablemente exigírsele en la situación concreta, puesto que existen eventos en los que no es posible exigirle al sujeto una actuación conforme a derecho, como cuando carece de la capacidad suficiente de adecuación de su conducta a las exigencias normativas o, cuando tiene la capacidad,

no se encuentra en posibilidad de hacerlo por falta de comprensión de la ilicitud del acto, lo cual significa la inviabilidad de punir su conducta.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que pueden darse circunstancias en las que no es que no se pueda sino que no debe exigírsele al sujeto la conducta conforme a derecho, por cuanto ello resultaría desproporcionado, injusto o, lo que es lo mismo, inhumano, de lo cual dan cuenta las eximentes de responsabilidad, como el estado de necesidad exculpante, la insuperable coacción ajena, el miedo insuperable y la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, entre otros eximentes.

Lo mismo pasa cuando se trata de juzgar a quien se encuentra en una situación material de desventaja, como es el caso de la distinción entre sujetos imputables e inimputables, pues desde tal punto de vista la inimputabilidad no es más que el reconocimiento con carácter general por parte del Estado de que ciertos sujetos, por razones de salud mental, edad o diversidad sociocultural, se encuentran en una situación de desigualdad frente a las exigencias del sistema penal.

Tener en cuenta el principio de dignidad humana es comprender que debe existir igualdad en la protección, pero también en las garantías frente a las pretensiones de protección a través del derecho penal; al mismo tiempo, la exigencia de diferenciación permite, en algunos casos, el recurso a una protección especial de los sujetos en posición de desventaja y en otros obliga a no sancionar cuando el individuo se encuentre en una



situación de desigualdad material que así lo amerite, lo cual debería conducir al desarrollo de eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

La teoría del delito dentro del derecho penal, representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada por la supuesta comisión de un hecho delictivo, puesto que señala una serie de parámetros que, en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer, si se ha dado afectación a un bien jurídico considerado fundamental, y por ende, si la potestad persecutoria que ejerce el Ministerio Público, debe aplicarse o no.

Es decir, para establecer que una acción es constitutiva de delito, debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable, por lo que analizar las conductas que presuntamente constituyen un ilícito, obliga realizar una minuciosa revisión de estos tres elementos jurídicos que conforman al delito, pues de darse los mismos, se está ante un ilícito que amerita una sanción penal, que determina la necesidad de llevar a cabo una tarea cuidadosa, pero sobre todo técnica que demanda conocimientos claros para su aplicación.

Es por ello que el análisis de la teoría del delito resulta básico pues permite garantizar la justicia de la resolución que se dicte en un proceso penal, puesto que no sólo las garantías procesales, le brindan seguridad jurídica al sujeto sometido a un proceso penal,

sino que también el manejo de los aspectos sustantivos, permiten que los procesos penales se resuelvan en estricto derecho, partiendo de los parámetros normativos que el legislador ha considerado correctos y que han sido desarrollados en la legislación penal.

“La aspiración de obtener justicia y certeza jurídica encuentra respaldo no solo en los aspectos procesales, sino también en la norma de fondo y su correcta aplicación. Desde esta óptica, la teoría del delito se constituye en una garantía para el procesado, en la medida que permite el dictado de una resolución justa, la cual no hace referencia únicamente al logro de una sentencia absolutoria, pues con ello se contemplan otras muchas posibilidades, por ejemplo, cuando en la sentencia condenatoria se recalifican los hechos de un delito con una penalidad inferior a la pedida por el Ministerio Público, por lo que la aplicación de la teoría del delito se constituye en una garantía para el acusado”.⁷

Como se aprecia, la preocupación por la teoría del delito no es incompatible con las inquietudes por temas criminológicos, los derechos humanos y otros; antes por el contrario, es integrante de un adecuado concepto de debido proceso como garantía fundamental del ciudadano ante el Estado, por lo que abandonar la interpretación de la ley sustantiva, es soslayar una herramienta de primer orden en la realización de la garantía que establece la nulidad de la pena si no hay ley que la regule con anterioridad.

⁷ Peña Gonzáles, Oscar. **Teoría del delito**. Pág. 59.

La aplicación en forma adecuada de la teoría del delito garantiza el dictado de una sentencia justa, lo cual forma parte del principio del debido proceso; así la correcta interpretación y aplicación de ley sustantiva obliga a tener un dominio de todos sus componentes, pues solo de esta forma, puede lograrse que esta teoría se constituya en una garantía para el acusado; es decir, la función garantizadora solo se puede lograr, cuando se hace una aplicación correcta de la misma.

Debe destacarse que, la garantía que representa para el imputado la teoría del delito, se debe concretar caso por caso, lo cual evidencia y pone de manifiesto la responsabilidad con que debe utilizarse la misma, incluso en aquellos casos donde dicha garantía, no se ha alcanzado con el dictado de una sentencia condenatoria, ya que se ha aplicado en forma incorrecta la ley sustantiva, por lo que se debe utilizar los medios de impugnación que la normativa procedimental ha dispuesto para ello.

Se trata de que una teoría del delito basada en los principios del Estado de derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que se pueda comprobar la existencia de un delito, la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta individual en cada caso.

Asimismo, la teoría del delito establece en forma anticipada los parámetros que se van a analizar en toda conducta señalada como delictiva, con lo cual genera seguridad jurídica, pues si no se cumple con tales requisitos señalados en estos parámetros, se estará ante una conducta que no es ilícita, ante lo cual la teoría del delito actúa como presupuesto de una sentencia justa y de la seguridad jurídica, puesto que es un sistema de hipótesis que expone, a partir de una determinada tendencia dogmática, coherente y sistemática, para determinar los elementos jurídico penales que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana.

2.1. La acción y la conducta penal

La importancia de iniciar el análisis de la teoría del delito, con el tema de la acción, queda claro cuando se evidencia que precisamente la revisión de los elementos que conforman una conducta delictiva, se sustenta en el acaecimiento de una conducta o acción con relevancia para el derecho penal, para lo cual se lleva a cabo el estudio de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sobre una base concreta que determine si se ha suscitado efectivamente una acción o conducta humana relevante en lo penal.

En este sentido, el análisis de los diversos elementos que conforman el delito, no tiene razón de ser, sino es en aras de acreditar o no la presencia de cada uno de dichos elementos en una acción humana determinada, porque cuando dicha acción humana no cumpla con determinados requisitos, se hace inoperante el estudio de esos tres elementos en aquellos casos en donde se da la inexistencia de la acción humana, lo que

ocurre cuando a pesar de que el ser humano participe en ella, este no tiene control sobre la misma y más bien participa en forma mecánica; por ejemplo, en el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor.

La acción es entendida como una conducta humana relevante para el derecho penal, se indica en doctrina, la necesidad de que dicho concepto, contenga la manifestación externa de la voluntad, a través de un hecho positivo o negativo realizado de manera voluntaria; es decir, a la manifestación real, en una persona de esa facultad llamada voluntad que implica conocimiento sobre lo que se quiere realizar, así la voluntad siempre acarrea o trae consigo una finalidad, quien actúa siempre se propone un fin.

Es claro que para alcanzar una finalidad determinada, es necesario conocer y querer el resultado que se obtendrá con tal conducta; es decir que, el concepto de acción debe contemplar si la lesión infligida a ciertos bienes jurídicos forma parte de una sola intencionalidad inmediata y específica en donde se encuentran presente los elementos volitivos y cognitivos; es decir, se necesita querer y conocer lo que se hace, en razón de que es imposible querer algo que se desconoce.

A la acción en la teoría del delito, se le señala una función limitadora o negativa, según la cual el concepto de acción tiene en el sistema del delito una dimensión práctica: fijar el límite de aquellos acontecimientos o estados que no interesan al derecho penal por no tener su génesis en una acción humana, puesto que ha de servir, pues, para trazar la línea en virtud de la cual un hecho cualquiera existe para el Derecho penal; Una función

coordinadora, debido a que la acción ha de constituir un lazo de unión de todos los elementos del delito sin anticipar en ningún caso, en el contenido de los mismos.

De igual manera, se considera que la acción tiene una función definitoria, en el sentido de que ha de hallarse dotada de contenido material suficiente para servir de sustrato a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, puesto que se trata de entenderla como elemento básico o concepto superior del sistema, en el que todos los demás momentos quedan inexorablemente referidos y sustentados por un concepto unitario común que es la acción.

Asimismo, a la acción se le atribuye una función clasificadora, constituida por poderse aplicar a todas las hipótesis de conductas relevantes penalmente, tanto al actuar positivo como al negativo, al doloso como al culposo, debido a su esencia y pretensión absolutamente omnicomprendensiva, que le coloca en el centro conceptual propio de la teoría del delito, pues delimita los actos que tienen relevancia para el derecho pena, es un enlace de todos los elementos del delito, al poseer un contenido material suficiente para servir de sustento a los demás elementos del delito al aplicarse a todas las hipótesis de conductas relevantes jurídicas penalmente.

2.2. La tipicidad y el tipo penal

El análisis de todas aquellas conductas que se señalan como delictivas, requieren para su constatación de la revisión minuciosa de las mismas a partir de los requerimientos de

la teoría del delito, verificando si la conducta cumple los requisitos para constituirse efectivamente en delictiva, puesto que la teoría del delito tiene un carácter instrumental y práctico que permite aplicar la ley a casos concretos, pues aporta la base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con considerable grado de seguridad.

“La teoría del delito realiza una tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto para establecer el tipo penal y la tipicidad, donde el tipo penal es la descripción contenida en la ley de una acción contraria a una norma y la tipicidad es la característica de una acción efectivamente realizada de subsumirse bajo el tipo penal; en qué casos una acción típica está justificada y si la acción concreta que se juzga pertenece a esos supuestos y bajo qué condiciones el autor de una acción prohibida es responsable”.⁸

Es decir que, el estudio de los diversos elementos que conforman una conducta como ilícita, sean estos, una acción típica, antijurídica y culpable, requiere un gran esfuerzo desde el punto de vista técnico, porque el procedimiento realizado se constituye fundamental para llevar a cabo en forma eficiente, la labor que la legislación y el ordenamiento jurídico, señalan en el campo del derecho penal los aspectos esenciales de los diversos elementos que conforman la teoría del delito, por cuanto llegar al criterio de que una conducta es típica o atípica, se constituye muchas veces en un factor esencial para que la ley se aplique en forma adecuada.

⁸ **Ibíd.** Pág. 60.

Es por eso que la labor de la teoría del delitos es establecer los parámetros para realizar un análisis cuidadoso del hecho delictivo, para evitar que se sancione a una persona por una conducta que en realidad no se ajusta o no se subsume en lo que señala el tipo penal, por lo que se procede a describir el tipo penal y la tipicidad.

“El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida por una norma. A esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. En este caso se dirá que el hecho se subsume bajo el tipo penal que se esté considerando. Se indica en primera instancia que el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. Se refiere con ello a la enunciación de una conducta que se establece como prohibida en una norma, por lo que no cabe duda de cuál es la conducta que se describe en dicha norma, la cual adquiere interés para cuando precisamente se establezca una investigación que pretenda establecer la autoría de un hecho de naturaleza penal”.⁹

Sobre el tipo penal, se ha indicado que el mismo alude en derecho penal a descripciones de conductas que llevan aparejada una sanción, para lo cual se utiliza un lenguaje aseverativo que señala un comportamiento probable y posible, por lo que es lógico decir sólo la acción a castigar, que mencionar su antecedente normativo y de hecho.

En el caso de la tipicidad penal y su relación con el principio de legalidad, del cual forma parte aquel, se ha apuntado que la regla que impone el principio de legalidad penal tiene como fines principales la clarificación, precisión y previsibilidad de las conductas

⁹ García, Mercedes. **Derecho penal y teoría del delito**. Pág. 128.

consideradas delito y de las consecuencias que estas tienen atribuidas; en ese sentido se ha afirmado que el principio de legalidad penal tutela el valor certeza del derecho penal, puesto que la legalidad penal tiene repercusiones materiales de la mayor importancia que se traducen en exigencias concretas de técnica legislativa en materia de estructura de los tipos penales.

Dichas exigencias se refieren a la necesaria claridad y precisión de la norma penal que permita la previsibilidad, exigencias que obedecen a la idea de que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales se traslada al juez la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, pues será el criterio de este el que dará los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, a partir de lo cual se entiende la importancia que tiene la claridad y precisión de las normas penales.

Al respecto, dadas las mencionadas exigencias que a nivel material impone el principio de legalidad penal existe una necesaria relación entre éste y el principio tipicidad penal, en su dimensión técnica, pues la misma se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado a partir de establecerse que no hay delito sin una ley previa, no hay pena sin ley, que la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley.

La forma adecuada cómo debe llevarse a cabo el proceso de tipificación de una conducta, impone exigencias a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales;

dentro de esas exigencias resulta fundamental que se lleve a cabo una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma, para lo cual es necesario que las conductas típicas y las penas se describan en la norma penal, con la mayor claridad posible.

“El principio de tipicidad adquiere relevancia al señalar que solo las conductas descritas en ley previa son consideradas como delitos, por lo que los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto y una consecuencia pena, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quien es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones y cuál es la acción constitutiva de la infracción, puesto que sin estos dos elementos básicos puede asegurarse que no existe tipo penal”.¹⁰

De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, por lo que es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador.

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 129.

Es decir, teniendo en cuenta que el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal, la tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es encuadrable en el supuesto de hecho de una norma penal; mientras que la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, aspectos que permiten establecer si la conducta acusada es efectivamente encuadrable en el tipo penal, verificando para ello, si dicha conducta adecuadamente cumple con el requisito de la tipicidad, lo cual es una labor de garantía para la persona acusada.

2.3. La antijuridicidad

A la antijuridicidad se accede una vez que se ha comprobado que el hecho analizado, efectivamente se encuadra en el tipo penal, porque con la misma se pretende establecer si el hecho puede producir responsabilidad penal; es decir, si es antijurídico, puesto que con ello se expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico penal, puesto que es antijurídica toda aquella conducta que contradiga el ordenamiento jurídico, salvo que se esté en presencia de una situación, en donde el mismo ordenamiento jurídico, faculta para actuar en contra de dicha norma.

“Se ha indicado que la realización del tipo no es suficiente para establecer la ilicitud del comportamiento, sino se requiere que la realización del tipo no esté especialmente autorizada, es decir que sea antijurídica; en otras palabras, la cuestión de la antijuridicidad no es otra que la de saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación. En caso de la no concurrencia de ninguna causa de

justificación, se está en presencia de una conducta antijurídica y, por ello, se tendría que avanzar al siguiente estadio de la teoría del delito, el cual es el de la constatación de la culpabilidad de la persona acusada”.¹¹

De acuerdo con lo citado, se entiende que la antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que también se le considera un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir del ordenamiento jurídico, en donde la adecuación de un acto a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal, aunque esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico, pues, estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea ilícito.

Es decir, que la tipicidad es considerada el fundamento real y de validez de la antijuridicidad y el delito como un acto típicamente antijurídico; sin embargo, se admite que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad, pues la antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el derecho a partir de un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento penal.

¹¹ Hurtado Pozo, José. **Manual de derecho penal**. Pág. 85.

Por eso es que la condición o presupuesto de la antijuridicidad es el tipo penal, porque este es el elemento descriptivo del delito, mientras que la antijuridicidad es el elemento valorativo, debido a que esta expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico que está constituido por preceptos prohibitivos y preceptos permisivos, a partir de lo cual, la violación de lo prohibido define una conducta típica, un indicio de antijuridicidad; pero, es necesario establecer si la conducta típica realizada tiene una causa de justificación para determinar su antijuridicidad.

En otras palabras, si la acción típica se ha cometido en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de órdenes o consentimiento; entonces, la conducta siendo típica no es antijurídica y, por lo tanto, no hay delito, ante lo cual se debe excluir el juicio de culpabilidad, porque el derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena.

Por eso es que una acción típica será también antijurídica si no intervine a favor del autor una causa o fundamento de justificación, a partir de lo cual, la tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad, porque aquella señala la posibilidad de que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación, porque la antijuridicidad no es cuantificable, pues un hecho es o no antijurídico.

En el caso de la culpabilidad, este es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva

del autor en el hecho aislado; en otras palabras, ajusta la pena a lo que la persona hizo y no a lo que la persona es, apartando así el peligroso derecho penal de autor; asimismo, al fundarse la pena en lo que la persona hizo y no en lo que podrá hacer, también separa la pena de la medida de seguridad.

“El derecho penal postula una igualdad formal que se hace real, precisamente, en y a través de la culpabilidad que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al trasgresor, no por su peligrosidad criminal o modo de vida, sino por el grado de participación subjetiva en el hecho. El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal, la cual se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos y la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, lo cual permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida”.¹²

Lo citado significa que la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla, lo cual determina que esa conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho; o sea, hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma.

¹² **Ibíd.** Pág. 86.

Esta diferencia entre lo que debió hacer y lo que determinó su voluntad antijurídica es la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica, quien se pudiera haber conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena, lo cual es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, puesto que es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

“Tipicidad y antijuridicidad expresan distintos momentos valorativos y se presentan en forma de escalón, situación que permite la delimitación de los elementos penales. Una conducta resulta intolerable para el sistema social porque afecta o pone en peligro bienes jurídicos, esto es, quiebra la paz social y desarmoniza los procesos de comunicación social en que concurre el ciudadano, la sociedad civil, las instituciones. Luego, en un segundo nivel, se indaga si tal conducta afecta el ordenamiento jurídico o está justificada. Sobre tales presupuestos descansa otro juicio de valor referido a los dos primeros: a la conducta típica y antijurídica realizada por el sujeto, esto es, la culpabilidad penal”.¹³

La culpabilidad penal como categoría jurídica es una necesidad, pues solo así se justifica que una conducta quede inmersa en los dominios del derecho penal, puesto que la tipicidad ofrece garantías, pero no las suficientes, en cuanto capta una acción u omisión descrita en la ley, por lo que existe una conexión entre la culpabilidad y la pena; en efecto,

¹³ **Ibíd.** Pág. 87.

el concepto formal de culpabilidad comprende todos aquellos presupuestos que, en el ordenamiento jurídico dado, son indispensables para formular la imputación.

De ésta manera, no basta con decir que la culpabilidad es un juicio de reproche sino que es indispensable indagar los presupuestos de contenido de los cuales depende esa reprochabilidad; en torno a ello, se entiende la culpabilidad como el poder actuar de otra manera por lo cual el contenido de esta categoría se basa en que la culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor que no ha omitido la acción antijurídica aunque podía hacerlo.

Asimismo, se afirma que el criterio de culpabilidad debe indagar la manera en que se desborda jurídicamente el ánimo del autor, pues puede ser culpable por las cualidades que inducen a cometer el hecho, porque en la vida se responde por lo que se es, sin consideración de las razones por las cuales esto se ha producido la acción típica, antijurídica y culpable, por lo que entender el contenido de la culpabilidad, supone superar la concepción determinista del actuar humano como punto de partida, para entender la culpabilidad como posibilidad de obrar de modo diverso a como lo hizo.

“El principio no hay pena sin culpabilidad, progresivamente enriquecido en la historia, equivale actualmente a la exigencia de una diversidad de datos indispensables para la afirmación de la responsabilidad. Es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, capaz de comprender y querer la acción antijurídica; es después necesario que la acción, dolosa o culposa, se haya ejecutado con conocimiento real, o al menos posible, de la

antijuridicidad; por último, la culpabilidad se halla ausente si está presente un motivo particular de exclusión de la culpabilidad”.¹⁴

Se entiende que la culpabilidad no trata, pues, de establecer si el autor pudo obrar de forma diversa a como lo hizo, sino que selecciona las hipótesis en que no se encuentra presente la necesidad de una pena, por lo que cumple una función esencialmente negativa, porque en ella se desenvuelven teóricamente los criterios conforme a los cuales la realización de la acción antijurídica no conduce a la imposición de pena al autor, sino en la determinación del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción, el cual es irrepetible y eminentemente individual.

En síntesis, la culpabilidad es el aspecto esencialmente subjetivo del delito, por cuanto lo considera como un hecho de conciencia, por esta razón el progreso del derecho penal está íntimamente ligado a la progresiva acentuación del estudio del delito, pues el principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión de la persona, pues sólo si existe básicamente la capacidad de actuar de otra forma podrá hacerse responsable al autor de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales.

¹⁴ Torio López, Ángel. **El concepto individual de culpabilidad**. Pág. 16.



CAPÍTULO III

3. Delitos de ciberpornografía infantil o pornografía infantil en internet

En las últimas décadas, proteger jurídicamente a la niña, el niño y la adolescencia menor, ha sido objeto de regulación por parte del legislador desde diversas normativas y es precisamente la necesidad de armonizar la legislación nacional con la normativa internacional la que ha propiciado cambios significativos en el ordenamiento jurídico, al mostrarse la sociedad especialmente sensible con la protección de los menores ante cualquier tipo de abuso, fundamentado en el principio del interés superior del niño.

3.1. Definición de pornografía infantil

Definir la pornografía infantil es compleja, 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, puesto que estas fluctuaciones conceptuales se reflejan en los conceptos legales utilizados por los ordenamientos de cada país; sin embargo, se considera a la pornografía infantil una manifestación de otras conductas delictivas, como la explotación sexual infantil y la trata de personas con fines sexuales.

Estas figuras jurídicas sirvieron de forma primaria a la ubicación de las acciones que se llevan a cabo contra la niñez y la adolescencia, con lo cual se logró establecer legalmente la pornografía infantil; sin embargo, la redimensión que ha tomado este delito a partir del

desarrollo de las altas tecnologías de información y comunicación ha llevado a organismos internacionales, a científicos y académicos a abocarse a construir definiciones con espacio y peso específico del significado de la pornografía infantil en Internet.

“La pornografía infantil es un delito que acarrea sanciones penales a nivel mundial. La Organización de las Naciones Unidas establece que por utilización de niños en la pornografía, se entiende a toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales, lo cual incluye el contenido pornográfico infantil que se distribuye a nivel mundial que va desde fotos digitales o impresas, videos, diapositivas, grabaciones, conversaciones telefónicas e incluso relatos reales o ficticios, donde se describen dichas escenas sexuales”.¹⁵

Debe entenderse, según lo citado, que la pornografía infantil es toda representación, por cualquier medio, de una niña, un niño o adolescente dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o toda representación de las partes genitales de cualquier menor de edad con fines primordialmente sexuales.

Como establece el Convenio Sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001, el cual define pornografía infantil, en su Artículo 9.2, como todo material que contenga la representación de una persona menor de edad o que parezca

¹⁵ Crespo, Antonio. **La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos**. Pág. 9.

un menor comportándose de una forma sexualmente explícita, en todo material que represente de manera visual, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

La representación visual que se hace mención se refiere a todos los medios susceptibles de ser representados, mediante fotografías que se encuentren en revistas que contienen material de menores, de venta en las tiendas de prensa o en las tiendas especializadas en la venta de material pornográfico, los cuales de modo clandestino ofertan material pornográfico de menores; las que se publican en Internet que resulta ser una fuente en donde los pedófilos intercambian este tipo de material mediante una web o una simple descarga de archivos; en vídeo o discos compactos, siendo los protagonistas menores de países del tercer mundo, los cuales se pueden adquirir de forma clandestina.

Mientras que la representación real sucede cuando menores son víctimas reales y sujetos pasivos de estas prácticas; por otro lado, se tiene a los productos creados por ordenador, los cuales pueden ofrecer pornografía infantil expresa en la cual se supone la filmación o exhibición de un menor de edad o bien a la pornografía virtual, en donde se reproducen por completo imágenes de menores con contenido pornográfico, sin la participación directa de ninguna víctima real; esta pornografía abarca dibujos e imágenes de personas mayores que con la ayuda de maquillaje, depilaciones o alguna alteración gráfica efectuada por ordenador aparentan minoría de edad.

También existe la pseudopornografía la cual se da cuando se lleva a cabo la alteración de imágenes por medio de la colocación de la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o bien en el añadido de objetos a una imagen; es decir, aunque sean utilizados elementos de un menor real, el contenido pornográfico es el resultante de una manipulación, por la cual se añaden otros caracteres, sea por medio informático, sea por la introducción de la imagen de alguna parte corporal de un adulto.

3.2. Impacto de internet en la pornografía infantil

La pornografía infantil aumenta constante en Internet y otras plataformas como los teléfonos móviles; se trata de un fenómeno que ha devenido una verdadera industria del delito, que genera miles de millones de dólares y que cada vez se extiende más debido al acceso generalizado a las nuevas tecnologías, pues se cree que la producción y distribución de imágenes pornográficas criminales abusando de niños podrían representar un negocio de hasta 20.000 millones de dólares por año, siendo uno de los mayores puntos débiles en la lucha contra la pornografía por Internet u otras plataformas de comunicación es que todavía no está criminalizado a nivel internacional.

“Se calculan que unos 750 mil pedófilos en el mundo están conectados permanentemente a la red y que existen 4 millones de sitios web con contenidos pornográficos que exponen niños. El número de imágenes de explotación sexual de niños se cuadruplicó entre 2003 y 2007, también se ha dado un gran aumento del llamado *grooming*, anglicismo con el que se denomina a las solicitudes de niñas, niños o adolescentes por Internet o contactos

directos, luego de haber sido enganchados especialmente a través de las redes sociales y foros de discusión”.¹⁶

Aún con estos datos sobre el peligro que enfrenta la niñez y la adolescencia en Internet, seguramente son pocas las personas que abogarían por restringir las libertades asociadas al acceso al Internet a su naturaleza; sin embargo, si se coincide en la importancia de la existencia de un marco regulatorio sobre su dinámica y funcionamiento, puesto que a falta de regulación se impone el poder de los intereses privados, principalmente porque la regulación no es muestra de la voluntad autoritaria y represora del Estado o la administración pública, sino la necesidad de salvaguardar la dimensión pública de ésta nueva realidad tecnológica.

“La lucha contra la pornografía infantil requiere de medios tecnológicos importantes, de una información actualizada de los servicios que albergan los sitios pedófilos o pornográficos y una altísima especialización de las fuerzas de seguridad en delitos cibernéticos. Asimismo, un marco institucional y de regulación internacional que favorezca y potencie la colaboración y cooperación entre los países, ya que a falta de regulación uniforme la delincuencia organizada salta de una latitud a otra, recurriendo a la difuminación de la identidad de las personas ancladas a un territorio”.¹⁷

Un elemento a considerar en el comportamiento y la evolución de la pornografía infantil es la participación ciudadana en las denuncias constantes, puesto que la experiencia

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 10.

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 11

muestra que la mayoría de los denunciantes por lo general son internautas que se topan por sorpresa con los archivos, fotografías, vídeos o páginas con pornografía de menores, tal el caso de una madre que buscaba por Internet algún artículo para su bebé; jóvenes que intentaba bajar archivos musicales; un vigilante de seguridad que recibió en su teléfono móvil un archivo pornográfico; un hombre que baja una película de dibujos animados que, en realidad, contenía escenas eróticas, entre otros.

El hecho más relevante de las notas anteriores es que deja en evidencia que la pornografía infantil, como realidad criminal, tal como sucede con gran parte de los delitos cuya dinámica ocurre en redes, se ha redimensionado con el uso de las tecnologías de Información y comunicación, porque desde el momento que se produce la masificación de estas, se ha dado un repunte y aceleración sin precedentes de la producción, tráfico, difusión y tenencia de la pornografía infantil.

Es que, al revisar las potencialidades de Internet las cuales se expresan en el fácil acceso, el carácter gratuito, las posibilidades de intercambio desde distintos espacios del mundo globalizado, la facilidad para ocultar la identidad o mantener el anonimato; la velocidad y rapidez con la que viajan los contenidos se encuentra que estas son ventajas bien aprovechadas por los consumidores o difusores de este tipo de material pornográfico, por lo que estas utilidades y beneficios que ofrece la tecnología informática han acabado por consolidar las pautas y patrones de la producción y tráfico, determinando la naturaleza de la pornografía infantil en los últimos años.

Es decir que la Internet ha abierto una nueva vía de comunicación y relación interpersonal de extraordinaria trascendencia social y por ello fundamental para el desarrollo de todo tipo de actividades de carácter lúdico, cultural, financiero o comercial, puesto que la pornografía infantil está aprovechando Internet como medio para desplegarse más que cualquier otra modalidad delictiva, a juzgar por la dimensión cuantitativa alcanzada y el alcance económico de sus efectos, lo cual permite suponer que constituye más o menos la mitad de los delitos que se cometen utilizando Internet, especialmente porque se dificulta notablemente la persecución de esas conductas delictivas.

“Así, la pornografía infantil ha pasado a representar una de las formas de explotación sexual infantil que ha experimentado mayor profusión y una redimensión en sus formas de presentación y difusión más llamativo en los últimos años, representativo, además, de la especial vinculación con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información que las hacen adecuadas para el acceso a este material, porque cualquier persona puede acceder en cualquier lugar del mundo a material legal de cualquier tema, por extraño e impensable que pueda ser, el acceso a material pornográfico ilegal es, precisamente por esta característica, muy restringido”.¹⁸

Lo restringido del acceso no implica que no le sea posible a cualquier persona acceder a estas páginas, pues un usuario cualquiera con conocimientos básicos puede desde un determinado país introducir imágenes y videos con contenidos pornográficos infantiles haciendo que la información transite por el llamado ciberespacio intermedio y pueda ser

¹⁸ González Herrera, Héctor. **Problemática jurídica de los delitos informáticos**. Pág. 16.

consumida en cualquier punto del planeta sin la posibilidad de identificación de la fuente o el origen del material, son unas condiciones idóneas para este tipo de actividad con tanto rechazo social, aunque quienes lo lleven a cabo sean grupos determinados de personas a partir de saber el carácter ilegal e inmoral de esa actividad.

3.3. El antes y después de la pornografía infantil en internet

Para evidenciar las particulares características respecto de la nueva dimensión de la potenciación de la pornografía infantil por el recurso de internet, se describirán someramente aquellas que permiten mostrar la alteración social de su dinámica, siendo la primera su intensificación y masificación lo cual se evidencia en la proliferación de páginas y sitios de internet con contenido pedófilo, las cuales exceden con creces la capacidad de los organismos de seguridad para detectarlos.

Asimismo, estas nuevas pautas de tráfico y difusión se evidencian en la sustitución que la red informática ha realizado del correo postal y de la compra directa mediante la presencia física de material pornográfico de revistas o películas de cine o de video; es decir, ya no se trata de un acto privado y aislado; ahora ocurre una conexión global con millones de usuarios con acceso instantáneo a contenidos ilimitados.

De igual manera, las nuevas autopistas de la información también han modificado la motivación de la colocación en el mercado de material pornográfico infantil, pues anteriormente era el tráfico con ánimo de lucro, mientras que ahora la tendencia se ha

ampliado hasta el intercambio entre pedófilos de fotografías de menores desnudos o en actitud más o menos obscena, sin contraprestación económica adicional alguna.

Es más, estos pedófilos aprovechan la impunidad y el anonimato de las redes sociales, generan una sensación de comunidad de intereses y de compañerismo que brinda la existencia de grupos, salones de conversación y otros foros temáticos en internet, a partir de los cuales se construyen sentidos de pertenencia a una comunidad compartida, con lo cual también normalizan sus prácticas inmorales e ilícitas.

“La pornografía infantil puede constituir una poderosa forma de justificación de las conductas y preferencias pederastas, en la medida que el intercambio de material de este tipo pone en contacto a personas que padecen este trastorno de la inclinación sexual, las retira del aislamiento y la marginación en la que hasta entonces habían tenido que vivir su tendencia y les hace creer que su inclinación constituye una opción sexual válida porque otros, en todos los países también lo hacen, con las consecuencias que ello puede acarrear al inhibir los frenos de cara a un posible paso al acto pederasta”.¹⁹

Asimismo, también el intercambio recíproco de material en línea, junto con el negocio virtual de suministro periódico de imágenes a los clientes, a cambio de pagos efectuados con tarjetas de crédito, dinamizan más este sector de la criminalidad, por lo que el intercambio de material entre pedófilos se ha amplificado como pauta de comportamiento, ocurriendo que los usuarios pueden ser receptores, consumidores y difusores.

¹⁹ Cabrera Martín, Manuel. **La pornografía infantil: nuevos retos para el derecho penal**. Pág. 40.

Esta participación de más personas en la producción y distribución de pornografía infantil conlleva a una ampliación en la elaboración y producción de la misma, pues además de los parámetros comerciales existentes se ha ampliado hacia ámbitos domésticos, lo cual no hubiera sido posible sin la masificación y abaratamiento de medios domésticos de acceso a Internet, puesto que la tecnología casera y el enlace a la red informática mundial ha convertido estas relaciones inmorales de este tipo de actividades ilícitas en una sofisticada industria casera al alcance de muchos, aunque los que participen en ella no tengan finalidad de lucro con el material que comparten.

“Internet tiene un significado especial para los pedófilos ya que les proporciona un foro que a) permite intercambios interpersonales íntimos; b) permite llevar a cabo estos intercambios bajo condiciones seguras; y, c) posibilita intercambios que no están restringidos por barreras geográficas o costos. Esta última característica es importante ya que cuanta menos cantidad real haya de una minoría en una ciudad o nación, tanto más aislada estará del alcance de control social alguno. La Internet neutraliza de este modo la barrera de la distancia y aumenta la probabilidad de alcanzar una masa crítica para el desarrollo de una minoría importante”.²⁰

Es por eso que los foros de intercambio proporcionan a los pedófilos una oportunidad de vencer su aislamiento, conforme se convierten en parte de una comunidad, aunque esta sea clandestina, en donde pueden definir normas comunes de comportamiento y formar una cultura propia, lo cual les permite participar en el desarrollo de una subcultura y que

²⁰ **Ibíd.** Pág. 41.

se perciban a sí mismos como pertenecientes a una comunidad social aunque sea de manera virtual, pues esta les genera sentido de pertenencia.

3.4. Internet, delincuencia organizada y derecho

A partir que Internet es un sistema poseedor de una estructura descentralizada dispuesta para la conexión entre sí de millones de ordenadores a la vez, plantea diversos problemas prácticos como las ventajas que la naturaleza de las tecnologías de la Información y la comunicación le otorgan a la criminalidad informática en la medida que los actos en el mundo virtual prácticamente se realizan sin sujeción alguna a controles o bien con alcances limitados y posteriores, lo cual se ha vuelto un factor criminógeno al servicio de la delincuencia organizada al ampliar ilimitadamente su radio de actuación contra derechos, bienes e intereses jurídicos.

Aunque la pornografía infantil es una figura que ha estado presente a lo largo de la evolución de la civilización humana, el alcance que en la actualidad presenta en su magnitud y efectos solo puede entenderse en su naturaleza y complejidad a partir de su imbricación con la delincuencia global y el abuso que ésta hace de las ventajas ofrecidas por la revolución cibernética y los sistemas de comunicación electrónica, puesto que la delincuencia moderna es en esencia ciberdelincuencia.

Esa ciberdelincuencia ha sacado máximo rendimiento al desarrollo y expansión de las nuevas tecnologías, para lo cual se ha apropiado del espacio virtual, porque es ilimitado

e encontrado por estar poco regulado, situaciones que son potenciadas por el acceso fácil, económico e inmediato a las redes de telecomunicaciones y por la irrupción del ordenador personal y los dispositivos móviles de nueva generación como bienes personales de uso cotidiano, conectados al mundo virtual mediante la amplia gama de ofertas de medios de conexión a la Internet.

“Aunque los asuntos jurídicos relacionados con internet no son absolutamente nuevos, hay que aceptar que ponen a prueba los conceptos tradicionales y exigen una adaptación de los mismos a los nuevos retos que plantea el mundo virtual. Tal es el caso de la pornografía infantil, una práctica que se ha reinventado a la luz tecnológica, y que se ha adaptado perfectamente a las múltiples posibilidades de comunicación e intercambio de información actuales y que ha aprovechado los factores de transnacionalidad y anonimato que caracterizan el uso de la red”.²¹

Dados los rasgos transnacional y de actuación ilimitada sin sujeción inmediata a referencias de espacio o temporales, su identificación, prevención y castigo se hace más difícil, incluso siendo detectadas, pueden ocurrir conflictos sobre la jurisdicción sancionadora correspondiente; de manera que internet lleva en sí mismo una preocupante problema, vinculado con una eficacia global e ilimitada que permite atentar contra bienes y derechos, a la que se contraponen una legislación fraccionada por las fronteras nacionales para atender estos daños; ante lo cual se han desplegado numerosos instrumentos internacionales para impedir la impunidad transnacional.

²¹ Carrascosa López, Valentín. **Legislación internacional para internet**. Pág. 33.

Respecto del Marco Legal Internacional, muchos son los instrumentos que abordan vinculan, directa o indirectamente, el tema de la explotación sexual, desde la Convención Sobre Esclavitud, Servidumbre, Trabajos Forzados y Prácticas Similares, pasando por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1981, hasta llegar al Convenio número 182 Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.

En 1989 se aprueba la Convención Sobre los Derechos del Niño que, como es sabido, constituye el eje paradigmático en materia de derechos de la niñez y la adolescencia, la cual es complementada por el Protocolo Opcional a la Convención sobre los Derechos del Niño referente a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Material Pornográfico.

En lo que hace a la Convención sobre los Derechos del Niño, su Artículo 34 establece en forma explícita que los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, con este fin, los estados tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

En cuanto al Protocolo Opcional a la Convención sobre los Derechos del Niño referente a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Material Pornográfico,

éste define una serie de medidas en los ámbitos jurídico, administrativo y de políticas sociales, que los estados firmantes deberán adoptar a fin de garantizar la compatibilidad de la legislación nacional en términos de protección al niño, sensibilización del público en general, brindar la asistencia necesaria a las víctimas y asegurar la cooperación internacional mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales.

Entre los instrumentos de carácter internacional, destaca el Tratado de Nueva York Contra la Explotación sexual del niño de 25 de mayo de 2000, que determina las conductas que deberán ser previstas penalmente en los ordenamientos de los estados miembros, tales como la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil.

Como se aprecia, se trata de la ratificación de tratados internacionales orientados hacia la lucha contra la trata de personas, el respeto a la dignidad personal, la pornografía, especialmente la infantil y la adecuación de la lucha contra estos delitos en el espacio de la Internet para evitar que la delincuencia, que ha asumido carácter de crimen organizado transnacional no continúe actuando impunemente en las páginas electrónicas y demás recursos de información y comunicación existentes en la red global.

CAPÍTULO IV

4. Responsabilidad de los distribuidores de internet en la ciberpornografía infantil en Guatemala

Guatemala también enfrenta prácticas ilícitas vinculadas con violación a la integridad física y emocional de las niñas, niños y adolescentes, que van desde la violación sexual hasta actividades relacionadas directamente con la pornografía infantil, lo cual ha determinado que el Estado intervenga para proteger este bien jurídico en favor de los menores de edad, tipificando como delictivas conductas que atenten contra esa integridad física y emocional de los menores, regulación que responde también al contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

4.1. Regulación de delitos vinculados con la pornografía infantil

El Artículo 189 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula que: “Será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien: a. Permita presenciar espectáculos de naturaleza sexual reservados para adultos, a personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva. b. Permita a menores de edad el ingreso a espectáculos públicos de naturaleza sexual, reservados para adultos. c. De cualquier forma distribuya a personas menores de edad material pornográfico. d. De cualquier forma permita adquirir material pornográfico a personas menores de edad”.

Como se aprecia, se trata de un delito relacionado con el ingreso a espectáculos de distribución de material pornográfico a personas menores de edad, siendo esto último lo relacionado con el tema de pornografía infantil, pues aunque no es directamente el menor de edad involucrado en el material mencionado, se le hace parte del mercado de estos productos, que se distribuyen tanto de manera física como virtual.

Mientras que el Artículo 193 Ter regula que: “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”.

Es de tener en cuenta que en este delito si existe relación directa con la figura de pornografía infantil, denominándola producción de pornografía de personas menores de edad, lo cual implica la presencia de menores llevando a cabo actos o poses pornográficas en beneficio de un tercero, lo cual aunque pueda ser una actividad remunerada, por el carácter de minoridad de estas personas el Estado debe evitar que se les use aprovechándose de su condición de niña, niño o adolescente.

Por último, el Artículo 195 Ter, regula que: “Quien a sabiendas posea y adquiera material pornográfico, de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

A partir de la regulación legal citada, es de señalar que, en lo que respecta a los delitos de pornografía infantil, se trata de un delito común; es decir, cualquier persona humana puede ser autor material del ilícito penal; asimismo, serán partícipes del hecho los sujetos que no realizan el hecho de forma directa, con actos ejecutorios o consumatorios, pero ayudan o colaboran a que autor o autores lo realicen, encontrándose dentro de los partícipes, los cómplices, cooperadores necesarios e inductores, con consecuencias penales distintas en cada caso.

En estos delitos de pornografía infantil la participación podría contemplarse cuando el sujeto colabora en la elaboración de los aspectos técnicos indispensables para su producción, como cooperador necesario; en el caso del cómplice se podría contemplar, como ejemplo, en los encargados de elaborar los escenarios o vestuarios de los menores protagonistas del material pornográfico o que protagonicen los espectáculos, a partir de que, la diferencia del autor con relación al partícipe, es el hecho de que el primero tiene el dominio del hecho delictivo.

4. 2. El café internet un espacio real para el acceso a la información de las redes globales

Hace más de dos décadas las redes de información y comunicación digital han ganado un sitio importante en el espacio público de las grandes ciudades, de tal forma que se pueden tomar como uno más de los indicadores de los niveles de progreso y modernización de la población, debido a que la modernización tecnológica resulta

sustancial en la actualidad, principalmente porque la tendencia mundial es al predominio de la globalización económica y comunicacional, basada en la conexión entre los países, ciudades y personas a través de la Internet.

Los cambios en la tecnología son tan veloces y la difusión de la comunicación tan rápida que la mayoría de las investigaciones realizadas en el mundo se encuentran disponibles en línea, porque la Internet se ha constituido en la red global de información y comunicación que está cambiando al mundo, lo cual determina que la red informática encarne una utopía comunicativa en la que toda la información está al alcance de cualquier persona en cualquier momento y lugar, una comunicación virtual que puede usarse, prácticamente, sin otra limitación que su imaginación.

Es por eso que, en la actualidad, Internet resulta en gran medida indispensable en el trabajo, la comunicación o el entretenimiento, por lo que se considera que este mundo ciberespacial abierto, anárquico, ilimitado, aparentemente sin jerarquías, es en gran medida el mundo del futuro, aun cuando, en determinados casos, este instrumento tecnológico se transforme en el punto de partida para la introversión, la video adicción o para la realización de actividades ilícitas.

Esta necesidad de comunicarse por la vía digital no ha ido acompañada de amplio acceso personal a esta tecnología, lo cual ha determina que para acceder a la misma muchas personas acudan a los servicios de acceso a Internet que prestan personas individuales y jurídicas, en lo que se conoce como café Internet o cibercafés, lo cual ha determinado

una expansión de estos en la mayoría de países especialmente en los que se encuentran en vías de desarrollo.

“Los café Internet y su presencia social es el resultado de la gran demanda, por parte de la población más joven, de los servicios que ofrece la internet, o sea el sistema cooperativo de envío y recepción de mensajes que enlaza redes de ordenadores en todo el mundo. A los servicios que se ofrecen en línea, los usuarios que no disponen de su propia computadora pueden tener acceso a través de cualquiera de los cientos de servicios que existen distribuidos en las diferentes calles y colonias de las grandes o pequeñas ciudades”.²²

Estos fenómenos de la sociedad de la información y del conocimiento llaman la atención como objeto de estudio, pues desde una perspectiva cultural y educativa, los café Internet son un espacio de encuentro personal, de comunicación y de entretenimiento virtual interactivo, pero también una alternativa de acercamiento de los estudiantes de diversos niveles educativos a la información y a los saberes que proporcionan las redes electrónicas; además, permite el acceso de cualquier persona a toda la información existente en las páginas virtuales y redes sociales a través de los buscadores o motores de búsqueda.

Los café Internet no se desarrollan en un vacío social, tienen sus raíces en las culturas con las que están vinculados y, a la vez, se adaptan a los entornos específicos en los que

²² Castro Luque, Ana Lucía. **El café internet: Un espacio real para la virtualidad.** Pág. 4.

operan; por ello, se ubican en sectores sociales de clase alta y media así como en diversos ámbitos populares de las clases bajas, a partir de la oferta multifacética y virtual que ofrecen, lo cual es expresión de experiencias visuales creadas por las computadoras y con la capacidad de adaptación a los diferentes sistemas de valores, creencias y conductas de sus posibles clientes, contribuyen al reordenamiento de la realidad.

En este sentido, se entra en un ambiente virtual cuando se accede a cualquier base de datos, se navega por la web o se utiliza el correo electrónico, lo cual determina que los café Internet no pueden existir desvinculados de la cibercultura de la red de redes; pues para la mayoría de la población que no dispone de una computadora personal, existe la posibilidad de acceder a la red mediante el uso de los servicios de una cibersala, de un ciberlocal, de un ciber café.

Estos espacios se han constituido en un punto de encuentro físico o virtual con amigos y con extraños, pues se le concibe como un espacio de características agradables, en el cual el asistente o usuario puede acceder de forma rápida y eficiente todos los servicios que en la Internet se ofrece, se puede utilizar software de procesadores de texto, hojas de cálculo, todo esto haciendo uso de equipo periférico como impresoras, escáneres y videocámaras, entre otros, disfrutando además del ambiente y las atenciones que tradicionalmente ofrece este tipo de servicios.

De manera específica, un café Internet es un sitio en donde se conjuga la realidad física del lugar con la realidad virtual, propiciando encuentros comunes a través de la

videoconferencia, la comunicación y las comunidades virtuales, puesto que son diversos los servicios que se ofrecen mediante la internet, tales como la navegación, salones virtuales de charlas o pláticas, correo electrónico, transferencia o envío de ficheros con información, consultas y noticias, comunidades de intereses, conexión real del equipo con servidor externo; teleconferencia; videoconferencia: encuentros en tiempo real, asistidos por una videocámara, entre otros.

4.3. Responsabilidad de los distribuidores de internet en la ciberpornografía infantil en Guatemala

La Internet ha surgido sin la existencia previa de un estatuto jurídico internacional o nacional, lo cual determina la ausencia de regulación jurídica, de límites y de control sobre los flujos de información; es decir, nadie gobierna Internet, no existe una entidad que diga la última palabra; no está bajo el control de ninguna empresa y, de hecho, son los propios usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento, debido a que cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas.

“La red virtual se ha desarrollado y consolidado como nueva autopista de la información de masas bajo la lógica de la libertad de información o del libre flujo de la información. En este sentido, el intervencionismo estatal ha sido considerado como un factor que podría llegar a poner en peligro Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información se enarbolan estandartes antiestatales y se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores de Internet, siempre al margen de regulaciones

jurídicas heterónomas impuestas por los estados o por los organismos internacionales a través de tratados o convenios internacionales”.²³

El acceso a la Internet no es fácil para todas las personas, debido a que los medios con que cuentan los usuarios no siempre son los precisos para ingresar directamente a la red, pues, para esto es necesario un puente que sea proveedor de todos los recursos idóneos para ingresar a la Internet, por lo que esta función la cumplen los proveedores de servicios de Internet, lo que determina que la gran mayoría de personas en todo el mundo, adquieren sus servicios para acceder a la red a través de ellos.

Cuando las personas se suscriben a los servicios prestados por los proveedores de servicios de Internet, acceden a ellos a partir de que los ordenadores de estos prestadores de servicios se enlazan por medio de un protocolo punto a punto que facilita el transporte de datos y que cumple la función de autenticación puesto que este protocolo verifica la clave que poseen los usuarios para acceder a los servicios prestados, así como la asignación de una contraseña que es necesaria para conectarse a la red, la cual se reconoce mediante números expresados en bytes que son asignados a las computadoras de los usuarios que quieren ingresar a la red para que puedan navegar en ella.

“Existen ciertas clases de proveedores: proveedores de servicios de almacenamiento hosting o caché, proveedores de contenidos, proveedores de red, proveedores de motores de búsqueda, proveedores de enlaces punto a punto y proveedores de enlaces,

²³ **Ibíd.** Pág. 5.

siendo el proveedor de servicio de Internet el encargado de disponer un espacio en servidor para alojar los contenidos que son colgados por los proveedores de contenido, además de albergar las páginas de terceros; eventualmente, estos proveedores proporcionan acceso a la red o proveen contenidos; mientras que los proveedores de acceso, hacen posible la entrada a la red”.²⁴

En el caso de los proveedores de alojamiento, estos almacenan y mantienen los contenidos en un servidor con el fin de que los usuarios puedan conectarse a la Internet a través de un proveedor de servicios de Internet para acceder a esos contenidos o para recuperarlos, porque sin estos últimos no sería posible acceder a los contenidos de la red virtual, ya que son estos los que proveen las herramientas necesarias para que los usuarios dispongan de aquella.

La conexión a la Internet funciona porque se han creado redes digitales a partir de la existencia de miles de proveedores de servicios de Internet que ponen a disposición de los usuarios los ordenadores, para acceder a la información que ingresan o suben distintas personas desde los servidores conectados en cualquier lugar del mundo, puesto que basta con que la computadora a utilizar por el cliente tenga acceso a Internet para navegar por todas las páginas que están disponibles en la red virtual.

Es importante señalar que existe lo que se conoce como la Internet de la superficie, la Internet profunda y la Internet oscura, siendo la primera la que contiene el conjunto de

²⁴ **Ibíd.** Pág. 6.

páginas que en la actualidad se pueden consultar mediante los buscadores; es decir, todas aquellas páginas que no contengan un formulario para acceder al contenido, además de que puedan ser ordenadas por los buscadores mediante métodos que hacen uso del seguimiento de los enlaces que estas páginas contienen.

Mientras que la Internet profunda engloba toda la información a la que no se puede acceder públicamente, la misma puede tratarse de páginas convencionales protegidas por una barrera de pago pero también archivos guardados en el servicio Dropbox, nombre de la empresa que presta este servicio de archivos de manera gratuita o con modalidad de pago, con la finalidad de que los usuarios guarden su información de manera segura y que solo pueda ser compartida a partir de su autorización.

La Internet oscura o Red oscura, forma parte del conjunto que engloba la Internet Profunda, la cual se caracteriza por contener servicios y páginas web mediante los cuales no es posible acceder a través de los buscadores públicos y que todo el mundo conoce; así, esta Internet oscura se compone de un conjunto de páginas ocultas, a las cuales sólo se puede acceder mediante ciertos buscadores anónimos, pero también, una vez accedido al navegador, se mantiene una navegación de manera confidencial y anónima, ya que usan equipo informático que hace de intermediario que filtra los paquetes para que su identificador personal sea casi imposible de rastrear.

Aunque se considere que la Internet oscura es el sitio ilegal para los criminales, esta afirmación no es del todo cierta, ya que también posee un ámbito positivo dentro de ella;

así, se producen navegaciones totalmente legales en países donde existe la censura, por el acceso a una navegación privada sin que el gobierno pueda rastrear dicho servicio; además, también permite la fácil navegación de manera anónima, respetando en todo momento la privacidad del usuario; por tanto, en la Internet Oscura se encuentra tanto servicios comerciales y financieros, como servicios de mensajería, blogs, webs de venta de productos, entre otros, aunque también se ofrecen servicios criminales.

“La información pública en la Internet profunda es de 400 a 500 veces más extensa que la contenida en la Internet de la superficie. La primera contiene 7,500 terabytes de información en comparación con la de superficie que sólo contiene 99 terabytes. La profunda contiene cerca de 550 billones de documentos individuales comparado contra un billón que se localizan en la de superficie. En promedio, los sitios en la Internet profunda reciben arriba del 50% del tráfico mensual que los sitios contenidos en la web de la superficie, del cual solo 1% es de Internet oscura”.²⁵

Los peligros que supone el acceso a la Internet oscura, se encuentra en que hay delincuentes quienes utilizan este servicio porque les garantiza su anonimato con lo cual les es más fácil crear riesgos para el usuario como puede ser enviarle virus; es decir, un programa que se ejecuta en los equipos informáticos con el fin de tomar el control del sistema o robar información, y que, además, se instala sin que se pueda conocer, y realiza determinadas funciones sin que el usuario se dé cuenta o robar los datos de los usuarios, como puede ser el número de la tarjeta de crédito, entre otros.

²⁵ López, José. **Internet profundo e internet oscuro**. Pág. 14.

Uno de los aspectos vinculados con Internet, tanto de superficie como el profundo oscuro es que tanto los proveedores de servicios de Internet como los usuarios, son reacios al de control o censura de la información que circula en la red con el argumento de que la existencia de controles implicaría coartar el derecho a la libre información de la ciudadanía; por lo que se ha planteado estimular y favorecer sistemas de autorregulación que incluyan organismos representativos de los proveedores de servicios y de los usuarios de Internet.

Sin embargo, en la actualidad se va consolidando la idea de que las reglas en la Internet no pueden quedar a la exclusiva decisión de los usuarios y proveedores de servicios de Internet; es decir, el derecho al anonimato del usuario, la confidencialidad de comunicaciones personales y demás derechos, no deben ser argumento para que no se promueva la confianza y seguridad jurídica en el mercado virtual, así como la preservación de la seguridad y defensa de las personas y de los estados, ante lo cual debe darse soluciones jurídicas tanto nacionales como internacionales con la finalidad de evitar que Internet sea un espacio ajeno al control de legalidad.

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

“La complejidad de problemas jurídicos que suscita la Internet viene dada por el dato de que cada usuario, conectado a la misma, puede erigirse en difusor de contenidos por distintas vías, tales como el correo electrónico, introducción de boletines, participación en foros de discusión o introducción de páginas web; esta posibilidad de introducción de mensajes o contenidos en la Red, de forma masificada y difusa, constituye uno de los factores que convierten en dificultosa la persecución de la difusión de pornografía infantil en Internet, dificultad que afecta a lo probatorio y, en particular, a la identificación de los autores de las conductas de tal tráfico ilícito”.²⁶

Se trata de tener en cuenta que las medidas jurídicas de respuesta a la difusión de contenidos ilícitos, entre ellos el tráfico de pornografía infantil, reclaman respuestas jurídicas puntuales enderezadas a sancionar la fuente originaria de tal difusión, lo cual conlleva a la necesidad de delimitar la responsabilidad de proveedores de acceso a la misma, aunque no se pueda tener un control exhaustivo por parte de estos en cuanto a la identificación de los autores de los contenidos ilícitos que circulan por la Red, dado que deberá respetarse también el derecho del usuario al anonimato, como parte de la privacidad de las personas y la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.

La determinación de la esfera de responsabilidad de los proveedores de acceso no es sencilla, aunque existe consenso en torno a la necesidad de exigir su responsabilidad cuando el proveedor es el creador directo de su contenido ilícito, pero tal circunstancia no suele ser lo más frecuente; también podrá exigirse su responsabilidad cuando tal

²⁶ **Ibíd.** Pág. 15.

proveedor haya asumido un especial deber de vigilancia o control respecto de contenidos introducidos en la Internet; por ejemplo, cuando asume el papel de moderador o gestor responsable de un foro de debate.

“La exigencia sobre responsabilidades de los proveedores de servicios de Internet debe tener en cuenta que es evidente que no pueden trasladarse a Internet los criterios de responsabilidad propios de la prensa tradicional escrita, ámbito en el que, el editor ostenta un dominio del hecho acotado respecto de la información difundida; por consiguiente, cuando el proveedor de acceso a Internet aporta una mera función técnica, su capacidad de control sobre los contenidos ilícitos es nula, al menos, en el estado actual de la evolución técnica no es posible exigirle al proveedor una función de control sobre los grandes paquetes de información introducidos en su servidor”.²⁷

En este contexto, puede comprenderse que los problemas principales de la efectividad de la represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Internet no dependen exclusivamente de la tipificación de conductas, sino de la propia lógica de funcionamiento de Internet; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los proveedores de servicios de Internet son responsable en alguna medida de la infracción cometida, debido a que el contenido a que se refiere la infracción transita a través de sus computadoras.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la práctica de los café Internet es que en el mismo se logra crear un ambiente interactivo entre los usuarios y los propietarios,

²⁷ **Ibíd.** Pág. 16.

administradores o técnicos presentes en estos lugares, lo cual va determinando que conozcan las tendencias o gustos de cada usuario, por parte de los que administran los servicios de Internet como por los demás usuarios; asimismo, en el servidor central del café Internet se puede revisar la información a la que acceden estos usuarios, lo cual permite a estos proveedores de servicios de Internet si ingresan a páginas del internet profundo o, especialmente, del oscuro y si sus acciones conllevan señas de ilicitud.

A los proveedores de servicios de internet se les puede imputar responsabilidad, luego de agotar un procedimiento que no necesita intervención judicial, lo que ha sido denominado responsabilidad secundaria de estos proveedores; en este caso, el proveedor debe llevar un control del tráfico virtual de sus usuarios, para detectar si alguno de ellos está realizando actos que puedan considerarse o sean ilícitos; luego de comprobar lo anterior, el proveedor debe comunicarse con el usuario responsable para exigirle que deje de continuar llevando a cabo esas acciones infractoras de la ley.

Sin embargo, si el usuario no deja de realizar las acciones ilícitas que han sido comprobadas por el proveedor de servicios de Internet, éste tendrá la obligación de retirar directamente estos contenidos y notificar a la autoridad sobre el infractor, así como evitar que continúe utilizando el café Internet, bajo la condición de que cualquier omisión de su parte frente al deber de notificar o retirar al infractor, lo hará responsable de las infracciones cometidas por este usuario, a partir de ser considerado un colaborador necesario de un hecho ajeno, sino cómplice si no notifica a la autoridad ni expulsa del café Internet al responsable del ilícito.

El proveedor de servicios de Internet tiene la obligación de actuar rápidamente luego que tiene conocimiento de la comisión de una infracción; es decir, debe retirar el contenido ilícito, bloquear el acceso a éste y denunciar al infractor en forma inmediata, teniendo en cuenta que la vulneración de un interés superior como es la integridad física y emocional de los menores de edad da lugar a la responsabilidad penal, la cual es de carácter netamente subjetivo, debido a que se deriva de una conducta personal cuya realización puede implicar la culpa o el dolo.

Teniendo en cuenta que los proveedores de servicios de Internet cuentan con un sistema de índice centralizado, que alberga la información de todas y cada una de las personas que usan programas en el ordenador del café Internet, es posible asignarle responsabilidad directa por el manejo inadecuado que algún usuario haga del acceso a estos ordenadores, especialmente si a partir de este uso se promueve o fomenta la ciberpornografía infantil u otros delitos contra los menores de edad.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Aunque la Internet tiene una tendencia a servir de instrumento de información y comunicación, lo cual ha permitido que las personas interactúen virtualmente con otras independientemente del lugar en que habiten, también se ha fomentado la delincuencia cibernética, encontrándose entre ellas, la ciberpornografía infantil, que atenta contra la integridad física y emocional de niñas, niños y adolescentes, a partir de lo cual se le ha regulado como delito; sin embargo, debido a la existencia de miles de café Internet en Guatemala, la posibilidad de que las autoridades puedan perseguir, detener y accionar penalmente contra los autores de este delito, conlleva el fomento de la impunidad para quienes lo promueven y fomentan.

Para reducir la libertad que tienen los autores de ciberpornografía infantil o los usuarios de este tipo de pornografía, el Congreso de la República a través de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, debe tipificar la responsabilidad penal de los distribuidores de internet que no denuncian a usuarios que llevan a cabo acciones vinculadas con la ciberpornografía infantil en Guatemala, sea porque la introducen o las descargan en las páginas de Internet a partir de usar las computadoras que tienen a disposición de usuarios los proveedores de servicios de Internet o café Internet.



BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. **Derecho penal**. México: Ed. Siglo XXI, 2009.

CABRERA MARTÍN, Manuel. **La pornografía infantil: nuevos retos para el derecho penal**. España: Ed. Arete, 2004.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. **Legislación internacional para internet**. México: Ed. Taurus, 2010.

CASTRO LUQUE, Ana Lucía. **El café internet: Un espacio real para la virtualidad**. Argentina: Ed. Lugar, 2005.

CRESPO, Antonio. **La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos**. España: Ed. Santillana, 2008.

GARCÍA, Mercedes. **Derecho penal y teoría del delito**. España: Ed. Paidós, 2004.

GONZÁLEZ HERRERA, Héctor. **Problemática jurídica de los delitos informáticos**. España: Ed. UNED, 2006.

HURTADO POZO, José. **Manual de derecho penal**. España: Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

LASCURAÍN, Juan Antonio. **Manual de introducción al derecho penal**. España: Ed. Dykinson, 2014.

LÓPEZ, José. **Internet profundo e internet oscuro**. México: Ed. Editores Mexicanos Unidos, 2010.

PEÑA GONZÁLES, Oscar. **Teoría del delito**. Perú: Ed. Jurídica, 2010.

TORIO LÓPEZ, Ángel. **El concepto individual de culpabilidad**. España: Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.

Legislación:

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

Convención Sobre los Derechos del Niño. Decreto número 27-90. Congreso de la República de Guatemala, 1990.

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