UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS

TESIS DE GRADO

"LA NECESIDAD DE LA PROTECCION JURIDICA DE LA NIÑEZ ANTE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET, MEDIANTE UN MECANISMO INFORMATICO"

(TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCITURA EN DERECHO)

POSTULANTE : ISABEL VERONICA CARTAGENA ARENAS
TUTOR : DR. LUIS ENRIQUE VALDA VARGAS

L A P A Z – B O L I V I A

2 0 1 0

DEDICATORIA:

A mí adorada mamita Juana Arenas de Cartagena por su esfuerzo, amor, apoyo y su confianza, a mi papito Baldomar Cartagena Sánchez por su comprensión y apoyo, a mi hermana Sonia Cartagena Arenas por su confianza y a mis pequeños Dayan y Mauricio por ser la razón de mi existir.

UMSA Biblioteca

AGRADECIMIENTOS:

A mis Docentes de la Facultad de Derecho que tuvieron la modestia de inculcarme sabios conocimientos.

AGRADECIMIENTOS ESPECIALES:

Al Dr. Luís Enrique Valda Vargas, al Dr. Carlos Flores Aloras por la guía y apoyo tan valioso sin el cual no hubiera elaborado y culminado el presente trabajo. También un agradecimiento especial a mi gran amiga la Dra. Verónica H. Bacarreza Alarcón.

RESUMEN ABSTRACT

En Bolivia, en general, y en la ciudad de La Paz, en particular, cualquier persona puede acceder, obtener y acumular pornografía infantil, sin ningún tipo de control y, lo que es muy grave, sin asumir responsabilidad alguna. De esta forma, la pornografía infantil que implica violación de la dignidad de la niñez y adolescencia está disponible libremente en la Internet. La presente investigación de Tesis estudio este tema desde el enfoque del Derecho. Si bien se aplicó el Derecho Penal, el estudio se focalizo sobre el aspecto administrativo que tiene relación con las proveedoras de servicios de Internet, las grandes empresas, y los prestatarios del mismo (cafes y otros locales que ofrecen este servicio al público en general).

La investigación busca, primero demostrar esta situación de libre acceso, obtención y acumulación de material pornográfico en Intenet, en la ciudad de La paz, exponiendo un conjunto de evidencias fotográficas y audiovisuales “bajados” de la red; y establecer la responsabilidad de los proveedores y prestatarios del servicio de Internet. En segundo lugar, analiza e identifica los vacíos de la legislación nacional en esta materia. Finalmente, la investigación formula una propuesta como contribución a la solución del problema, desde el punto de vista administrativo, la cual consiste en la elaboración de un proyecto de Decreto Supremo dirigido a la incorporación de filtros que eviten el acceso, obtención y acumulación de pornografía infantil en Internet.

ÍNDICE

DEDICATORIA i

AGRADECIMIENTO ii

RESUMEN ABTRSACT iii

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. ENUNCIADO DEL TITULO DEL TEMA 5

2. EL TEMA DE INVESTIGACIÓN

3. Problematización e identificación de la problemática 8

4. Delimitación del tema de tesis 11

4.1. Delimitación Temática 11

4.2. Delimitación Temporal 11

4. 3. Delimitación Espacial 11

5. FUNDAMENTACIÓN, JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS 11

6. HIPOTESIS DE TRABAJO 13

6.1. VARIABLES 13

Independiente 13

Dependiente 13

7. METODOS 13

7.1. Métodos Generales: 14

Métodos Específicos: 14

7.2. TECNICAS 14

CAPITULO I.

MARCO HISTORICO.

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. 15

1.1.1. LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN LA ANTIGÜEDAD 15

1.1.2. EN LA EDAD MODERNA 17

1.1.3. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ 18

1.1.3.1. PRIMERA SITUACION: LA FALTA DE RECONOCIMIENTOS DE DERECHOS. 19

1.1.3.1. SITUACION POSTERIOR: LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA COMO TITULAR DE DERECHOS 22
1.1.3.2. LA EVOLUCION CONTEMPORANEA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. 26
1. 2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 30
1.2.1. LOS DELITOS SEXUALES EN LA ANTIGÜEDAD 30
1.2.2. DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL MATERIAL A LA VIRTUAL 33
1.2.3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE INTERNET 35

CAPITULO II.

LA RESPONSABILIDAD POR LOS CONTENIDOS AJENOS EN MATERIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

(MARCO TEORICO)

2. 1. LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET 41
2.1.1. DEFINICION DE PORNOGRAFIA INFANTIL 41
2.1.2. FORMAS Y CARACTERISTICAS DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 47
2.1.2. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN INTERNET. 51
2.1.2.1. DEFINICION Y MECANISMOS DE INTERNET 52
2.1.2.2. PORNOGRAFIA INFANTIL EN LA RED DE REDES. 55
2.2. EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET 56
2.2.1. PENALIZACION DE LA PRODUCCION, DIFUSION Y COMERCIALIZACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL MEDIANTE INTERNET. 57
2.2.2. FALTA DE TRATAMIENTO JURIDICO DEL ACCESO, OBTENCION Y ACUMULACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 65
2.2.3. EXCENSION DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS QUE HACEN POSIBLE EL ACCESO, LA OBTENCION Y ACUMULACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 66

CAPITULO III.
LEGISLACION SOBRE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET
(MARCO JURIDICO)

3.1. LEGISLACION SOBRE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 76
3.1.1. LEGISLACION INTERNACIONAL 76
3.1.2. LA LEGISLACION COMPARADA 80
3.1.3. LA LEGISLACION NACIONAL. 88
3.2. LA PROTECCION CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA 88
3.2.1. LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL 89
3.2.2. EL CODIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE. 90
3.2.4. NORMAS QUE PENALIZAN LA PORNOGRAFIA INFANTIL 92
3.2.5. LA LEGISLACION QUE REGULA LAS TELECOMUNICACIONES. 94
3.3. LOS VACIOS DE LA LEGISLACION NACIONAL EN MATERIA DE USO DE LA INTERNET. 99

CAPITULO IV
EL LIBRE ACCESO A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET EN BOLIVIA.
(MARCO PRÁCTICO).

4.1. ACCESO, OBTENCION Y ACUMULACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 102
4.1.1. PORNOGRAFIA INFANTIL OBTENIDA DE LA RED, DESDE LA CIUDAD DE LA PAZ. 103
4.1.1. ACCESO LIBRE A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET. 107
4.2. LOS RIESGOS DEL ACCESO A PORNOGRAFIA INFANTIL 112
4.3. NECESIDAD DE NORMAS QUE OBLIGUEN EL BLOQUEO A LA PORNOGRAFIA INFANTIL. 114
4.4. CONCLUSIONES. 120
4.5. RECOMENDACIONES 124
4.6. ANTEPROYECTO DE DECRETO SUPREMO. 125

ANTEPROYECTO DE DECRETO SUPREMO
REGLAMENTO DE USO DE INTERNET PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET

BIBLIOGRAFÍA GENERAL 134

DISEÑO DE INVESTIGACION

1. ENUNCIADO DEL TITULO DEL TEMA

LA NECESIDAD DE LA PROTECCION JURIDICA DE LA NIÑEZ ANTE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET, MEDIANTE UN MECANISMO INFORMATICO

2. EL TEMA DE INVESTIGACION

Las nuevas tecnologías, como Internet y la informática en general, favorecen la divulgación de todo tipo de información. Se ha indicado que estos medios ofrecen enormes posibilidades para el intercambio o el acceso a archivos de todo tipo a lo largo y ancho del mundo. Esto, que parece una gran ventaja, también supone un enorme riesgo en tanto que la Red acoge gran cantidad de contenidos ilícitos, y uno de ellos es la pornografía infantil.

Sobre la base de esa realidad, el tema que se aborda en la presente investigación es los vacíos del marco jurídico nacional contra la pornografía infantil en Internet. El principal propósito de la investigación es analizar la pornografía infantil producida y difundida a través de Internet en la ciudad de La Paz, y determinar si la legislación nacional en esta materia establece un adecuado marco de protección de los derechos del menor ante este crimen que daña bienes jurídicos fundamentales del menor, y, en caso de que dicha legislación adoleciera de vacíos, la investigación busca elaborar una propuesta dirigida a llenar los vacíos que se identifiquen mediante el análisis.

La pornografía infantil es toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explicitas. Esta representación puede ser producida y difundida a través de publicaciones gráficas y audiovisuales, comercializadas bajo la forma de CDS y páginas de Internet. En la legislación boliviana la pornografía infantil esta penalizada por las Leyes 2033 de Protección a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, y la Ley 3325 de trata y Tráfico de personas.

“La pornografía infantil repercute de dos formas distintas que finalmente terminan solapándose. En primer lugar, es responsable de la explotación sexual de miles de niños y niñas distribuidos por todo el mundo, a los que se utiliza para confeccionar todo tipo de fotografías y vídeos que van desde la exhibición de sus cuerpos hasta la violación y la tortura. Por otro lado, repercute además sobre el conjunto de todos los niños y niñas al incitar e invitar constantemente a sus consumidores para que lleven al terreno de la realidad sus "fantasías". Los pedófilos y pederastas terminan produciendo después su propio material pornográfico con niños, niñas y/o adolescentes” ([1]).

Existe una estrecha relación a nivel mundial entre la corrupción de niños, niñas y adolescentes, y la pornografía, pues muchos de los individuos detenidos por este motivo tenían en su poder fotografías y vídeos de niños y niñas, con frecuencia realizadas por el propio detenido, y empleadas tanto para el uso personal como el comercial. el medio más utilizado por los pedófilos es el de los chats, o conversaciones entre varias personas, que pueden intercambiarse textos y todo tipo de fotografías. Existen numerosas páginas Web en las que se anuncia este tipo de material pornográfico y se vende. Las imágenes menos fuertes llegan a adquirirse por una pequeña cuota mensual, pero si se busca algo "más fuerte", algunas Web incluyen direcciones de correo electrónico a la que cualquiera puede dirigirse para solicitar más material difícil de anunciar.

La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional y nacional que se ha amplificado con la emergencia de nuevas tecnologías de la Informática que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material que afecta los derechos de la niñez y la adolescencia. La transformación de la producción y difusión de la pornografía infantil a través de los sitios de la Internet plantea una serie de interrogantes al Derecho, en general, y al Derecho Penal, en particular, como, por ejemplo, de qué manera se puede proteger los derechos del niño ante la transnacionalidad del fenómeno. El carácter trasnacional de la pornografía infantil se da cuando se difunde por la Internet desde países extranjeros sobre los cuales no tiene jurisdicción los

---

[1] . UNICEF. (2005). Contra la trata de niños, niñas y adolescentes.

órganos jurisdiccionales y encargados de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Bolivia no esta al margen de la problemática de la pornografía infantil, ya que existen muchos sitios en la Internet donde se ofrece este material supuestamente producido en el país, es decir, material que consigna la participación de menores en poses obscenas, desnudos simulando actos sexuales con personas mayores y otro tipo de situaciones que dañan la dignidad de niños, niñas y adolescentes ([2]).

La difusión de material de pornografía infantil en los llamados “cafés Internet”, locales que ofrecen este servicio y otros sitios se produce de forma abierta, libre y sin control alguno. En la ciudad de La Paz, en la zona central existen algunos locales que han dispuesto una especie de casillas herméticas donde los clientes pueden bajar las imágenes que deseen sin ser observados y en la más absoluta privacidad. La falta de mecanismos de control de la difusión de pornografía infantil también se observa en el acceso. En efecto, cualquier persona, incluida los niños, niñas y adolescentes, puede acceder de forma fácil y de forma gratuita a espacios donde se observan imágenes de menores en situaciones de pornografía.

3. PROBLEMATIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

En Bolivia se han establecido algunas normas dirigidas a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Código Penal, en su Título XI, establece los Delitos Contra la Libertad Sexual, Capitulo Delitos Contra la Moral Sexual, tipifica la Corrupción de Menores, el Tráfico de Personas. La Ley 2033 de Protección a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, la Ley 3325

[2] . La Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen hallo en la ciudad de La Paz una computadora desde donde se difundía pornografía infantil para ser enviada a España. Según fuentes de la FELC, este material era distribuido a España a través de la Internet. Noticia publicada por el Deber de fecha 25 de septiembre de 2007.

de trata y Tráfico de personas, y la Ley 2026 de Código Niño, Niña y Adolescente, hacen referencia a la pornografía infantil.

En concreto, el Articulo 281 de la Ley 3325 (Pornografía y espectáculos obscenos con niños, niñas o adolescentes) señala que “el que por si o por tercera persona, por cualquier medio, promueva, produzca, exhiba, comercialice, o distribuya material pornográfico promocione espectáculos obscenos en los que se involucren niños, niñas o adolescentes será sancionado con pena privativa de libertad de tres (3) a seis (6) años de libertad. La pena se agravará en un cuarto cuando el autor o participe sea padre, madre, tutor o quien tenga bajo su cuidado, vigilancia o autoridad al niño, niña o adolescente”. El Articulo 9 de la Ley 2033 (*Corrupción de menores) indica que “e*l que mediante actos libidinosos o por cualquier otro medio, corrompiera o contribuyera a corromper a una persona menor de dieciocho (18) años, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a cinco (5) años”. El Código Penal incluye estas mismas normas.

Como resulta evidente, ninguna de esas normas establece una protección expresa e inequívoca de niños, niñas y adolescentes frente a la pornografía infantil difundida en Internet y a la que se puede acceder por el mismo medio. Este vació de normas expresas contra la pornografía infantil en Internet también se hace evidente en la falta de una reglamentación especial que impida la difusión y el acceso de pornografía infantil en Internet. En muchos países, como Perú, por ejemplo, se ha establecido normas y tipos penales expresamente referidos a la pornografía infantil en Internet. En efecto, el Articulo 183 Pornografía Infantil del Código Penal de Perú ha sido modificado con las siguientes adiciones:

El Artículo 183-B, establece que “al que procure o facilite por cualquier medio el que uno o más menores de dieciocho años, con o sin su consentimiento, lo o los obligue o induzca a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos, o pornográficos con el objeto y fin de video grabarlos, fotografiarlos o exhibirlos mediante medios impresos, electrónicos o de un sistema de atos a través de cómputo o de cualquier otro mecanismo de archivos de datos, con o sin el fin de

obtener un lucro, se le impondrán la pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco días multa" ([3]).

"Al que fije, grabe, imprima actos de exhibicionismo corporal, lascivos o pornográficos, en que participen uno o más menores de dieciocho años, se le impondrá la pena de cinco a once años de pena privativa de la libertad y de trescientos sesenta y cinco días multa. La misma se impondrá a quien con fines de lucro o sin él, elabore, produzca, reproduzca, ofrezca, venda, arriende, exponga, publicite, haga accesible, distribuya o trasmita a través de un sistema de computo o cualquier otro mecanismo de archivo de datos, el material a que se refiere el presente artículo".

Sobre la base de esas modificaciones se han establecido mecanismos que impiden la difusión y el acceso a la pornografía infantil en Internet. Muchos países han establecido mecanismos similares. En Bolivia no se han dado pasos similares, lo que induce a formular algunas preguntas:

¿Cuál es la magnitud de la difusión de pornografía infantil a través de la Internet, y del acceso a este material, en Bolivia, en general, y en la ciudad de La Paz, en particular?

¿Cuáles son los derechos de la infancia y la adolescencia que vulneran y dañan la difusión y el acceso a la pornografía infantil?

¿La legislación penal de Bolivia establece de forma expresa la penalización de la posesión, acceso y acumulación de la pornografía infantil en Internet?

¿En la legislación penal comparada se consagra normas que protegen de forma expresa los derechos de la niñez y adolescencia frente a la difusión y acceso a la pornografía infantil en Internet?

[3] . Legislación penal actualizada. Sin editorial, 2007, pagina 35.

¿A partir de que marco legal y la regulación del correspondiente mecanismo de Software se puede proteger los derechos de la infancia y la adolescencia frente a la difusión y acceso a la pornografía infantil?

A partir de estas problematizaciones se plantea el siguiente problema de investigación:

¿Cual es la situación de la legislación nacional con respecto a la regulación de las actividades de las empresas proveedoras de servicios de Internet y a las personas que prestan este servicios, y que implica esta situación para la seguridad de la Niñez y Adolescencia?

4. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE TESIS

4.1 Delimitación Temática

La investigación ha sido delimitada temáticamente a la protección jurídica de los derechos de niños, niñas y adolescentes frente a la pornografía infantil, difundida a través de sitios de la Internet. Por ello, el estudio esta ubicado en las áreas del Derecho Penal (Código Penal), las Ley 2033 de Protección a las victimas de los delitos contra la libertad sexual, la Ley 3325 de trata y Trafico de personas, la Ley 2026 de Código Niño, Niña y Adolescente, y Convenciones y Tratados Internacionales.

4.2. Delimitación Temporal

El tema fue analizado en el periodo temporal comprendido entre enero de 2006 y julio de 2007, tiempo donde se han realizado varias denuncias sobre la difusión de pornografía infantil, y se han realizado algunas acciones contra la misma por parte de la Fuerza de Lucha Contra el Crimen.

4. 3. Delimitación Espacial

El espacio específico de la investigación ha sido la ciudad de La Paz, ya que es en los distintos y muchos locales que ofrecen servicios de Internet de esta ciudad donde se facilita la difusión y acceso a la pornografía infantil, sin ningún tipo de control.

5. FUNDAMENTACIÓN, JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS

El tema de Tesis encuentra fundamentación en el hecho de que la legislación nacional referida a la pornografía infantil no contiene normas que protejan de forma expresa los derechos de niños, niñas y adolescentes frente al fenómeno criminal de la pornografía infantil difundida a través de Internet. Ante situación de vacío legal y de una reglamentación, le corresponde al Derecho idear y diseñar los recursos necesarios para llenar esos vacíos y, de esta forma, contribuir a la actualización de la legislación nacional.

Al intentar regular una problemática tan controvertida como el efecto nocivo en los niños, niñas y adolescentes por el uso de la red se hace evidente la existencia de una asociación fuerte y en sentido positivo entre las oportunidades y los riesgos: aumentar las oportunidades, aumenta los riesgos y por tanto, limitar el uso de Internet, disminuye, no sólo los riesgos, sino también las oportunidades. Por ello, es necesario poner los riesgos del uso de Internet en perspectiva y ofrecer una valoración equilibrada de los diferentes enfoques que pueden ayudar a los padres y otros adultos a afrontar esta cuestión de forma constructiva, en lugar de tomar medidas de tipo restrictivo o limitativo.

La importancia del tema de la presente investigación consiste en abordar un fenómeno criminal como es la pornografía infantil que afecta a los derechos del niño consagrados nacional e internacionalmente, y que su proliferación puede convertirse en una grave amenaza a la integridad y la seguridad de niños, niñas y adolescentes. La difusión sin control alguno, y el fácil y libre acceso al material de pornografía infantil en todos los locales que ofrecen servicios de Internet puede contribuir a que las personas adictas a ese material incurran en delitos contra la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes, y provoquen graves daños como la violación. En consecuencia, realizar un diagnostico de este fenómeno, analizar el problema y formular algunas soluciones desde el punto de

vista jurídico, es una forma de contribuir a la seguridad de niños, niñas y adolescentes. En todo ello consiste la importancia de la presente investigación.

6. HIPÓTESIS DE TRABAJO

La legislación nacional carece de una norma que obligue a las empresas proveedoras de servicios de Internet y a las personas que prestan este servicio, a incorporar un mecanismo de Software en el sistema de red que impida el acceso a pornografía infantil en Internet, lo que determina una situación amenaza para la Niñez y Adolescencia.

6.1. VARIABLES

Independiente

La vigencia de una norma reglamentaria que consagre un mecanismo de Software que impida la difusión y acceso a pornografía infantil en Internet

Dependiente

Protección de los derechos de la Niñez y Adolescencia.

7. METODOS

La investigación se sitúa en el tipo de tesis propositiva, en tanto “propone cambios o reformas en la perspectiva de resolver los problemas”. Es propositiva porque 1) se analiza las limitaciones de la legislación nacional con relación a la penalización y control de la pornografía infantil, y 2) se formula una propuesta para contribuir a la solución de un problema.

7.1. Métodos Generales:

El método deductivo (procedimiento de lo general a lo particular) se aplico en la fase del análisis de los derechos del Niño, y método inductivo en la fase del diagnostico de la pornografía infantil en Internet y el análisis de la legislación nacional sobre la materia.

Métodos Específicos:

Método exegético y dogmático en la fase del análisis de los derechos del niño consagrados en el sistema de derecho internacional del Menor y la legislación nacional.

7.2. TECNICAS

Las técnicas utilizadas en la investigación son las siguientes:

- Técnica de análisis bibliográfico y documental (elaboración de fichas bibliográficas y documentales).

- Registro de documentos digitales sobre pornografía infantil recuperada a través de visitas en locales que ofrecen servicios de Internet en la ciudad de La Paz.
- Encuesta piloto aplicada a padres de familia y abogados especializados en Derechos de la Niñez y Adolescencia.

CAPITULO I.
MARCO HISTORICO.

La pornografía infantil en Internet afecta los derechos de la Niñez y Adolescencia, principalmente en lo que a su dignidad se refiere, también constituye una amenaza a su seguridad e integridad física, en tanto que el acceso, la obtención y la acumulación de este material puede estimular conductas como la pedofilia. El actual estatus de titular de derechos de niños y adolescentes es un avance reciente, razón por la cual su tratamiento requiere de una adecuada caracterización histórica sobre la evolución de de estos derechos. Un similar análisis de los antecedentes históricos es necesario realizar con relación a la pornografía infantil.

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

En el presente, los niños, niñas y adolescentes son sujetos o titulares de derechos propios y se benefician con el principio del interés superior. Esta situación jurídica es resultado de un proceso de evolución que superado distintas etapas históricas.

1.1.1. LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN LA ANTIGUEDAD

En las culturas primitivas, la infancia aparece intensamente socializada, envuelta en la vida colectiva, demarcada por ceremonias de iniciación que se refieren al uso de las armas o a la actividad sexual. Así, en Tiro y Sidón se sacrificaba a los niños con el objeto de calmar la ira de los dioses, en otros casos el infanticidio ejecutado por el padre se basaba en su derecho de aceptar al recién nacido o rechazarlo: así se eliminaba a la criatura si, por ejemplo, era una mujer o tenía ciertas incapacidades o malformaciones.

“En Esparta, cada recién nacido era sometido al juicio de la Asamblea de Ancianos; si se lo juzgaba útil respetaban su vida, y, en caso contrario, era enviado al monte Taigeto y lanzado desde la cima. En Roma, el llamado tollere infantum significaba que el padre tenía la prerrogativa de

acoger al niño o exponerlo en la puerta del domicilio o en algún basurero público” ([4])

En el Derecho Romano, el pater familis tenía derecho de vida y muerte sobre las personas sometidas a su potestad y, por ende, sobre sus hijos, pudiendo venderlos o abandonarlos, derecho este que más tarde se fue atenuando. Poseía, además, la facultad de castigar corporalmente a su hijo, argumentándose que *el sufrimiento físico y moral corrige los caracteres depravados*.

Con el cristianismo se da una primera ruptura respecto a la imagen de la infancia. El evangelio, además de declarar que todo ser humano, de cualquier edad y condición, es hijo único del Padre, tiene una precisa y explícita valoración de la infancia. San Bernabé condenó el infanticidio y el aborto, San Justino, San Félix, Clemente de Alejandría inspiraron a los emperadores hacia la protección de miles de niños abandonados, se fundaron hospicios, hospitales y centros de protección de menores.

A partir de los siglos XII y XIII la Iglesia condena enérgicamente el abandono de los niños, el aborto y el infanticidio. Pese a la acentuación del deber de protección de los padres respecto de sus hijos, los niños se hallaban expuestos a un maltrato llevado a sus extremos más severos: el abandono o la muerte.

El descubrimiento de la infancia comienza en el siglo XVIII, en esta época disminuye el infanticidio ([5]) aunque la práctica del abandono de los recién nacidos era todavía muy común, razón por la que se crearon instituciones encargadas de los niños abandonados.

---

[4] . JIMÉNEZ SANJINÉS, Raúl. 2006. Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor. La Paz – Bolivia: s/e, Segunda Edición, Turpo Imp., pagina 502.

[5] “Infanticidio, en sentido amplio, toda muerte dada a un niño o infante, al menor de siete años; y más especialmente, si es recién nacido o está muy próximo a nacer. Dentro de la técnica penal, por infanticidio se entiende la muerte que la madre o alguno de sus próximos parientes dan al recién nacido, con objeto de ocultar la deshonra, por no ser la criatura fruto de legítimo matrimonio” (Cabanellas, 2005:204).

En el siglo XIX, en Francia, por primera vez en la historia grupos de la aristocracia empezaron a creer que la infancia era merecedora de la atención de los adultos. En ese siglo, los poderes públicos empezaron a pensar en los niños en cuanto tales, con necesidades especiales dado su desamparo y vulnerabilidad, y no como adultos pequeños obligados a prestar servicios durante 16 horas al día o como esclavos de sus padres. Antes de que se terminara ese siglo, el cambio del modo de pensar que se inició en el seno de la familia se difundió y provocó grandes transformaciones en toda la sociedad.

1.1.2. EN LA EDAD MODERNA

Con la llegada de la edad moderna se produjo un cambio radical: la infancia fue valorizada, protegida y estudiada. Este cambio incidió sobre todo en el imaginario y las ideas sobre la infancia de los sectores con posiciones económicas más favorecidas.

En el año 1899 se sanciona en el Estado de Illinois, Estados Unidos, una ley a la que actualmente se denomina *Carta Magna de la Minoridad*, en mérito a la cual se organizó, en Chicago, la judicatura especializada para menores; y así la idea generalizada de sustraer de la justicia penal al menor de edad.

“Antes de ella, la orientación que se seguía en el tratamiento de los menores era fundamentalmente de carácter penal, es decir, punitivo y expiatorio. Dicho carácter dio origen, precisamente, al ya superado e incomprensible Derecho Penal de Menores, cuyo rasgo esencial consistía en juzgar la conducta de los menores, únicamente desde el punto de vista de la infracción de la ley o de la violación de la moral” ([6])

En 1919 se inició un proceso internacional de reconocimiento de la niñez, ante la miseria y abandono en la que quedaron miles de niños y niñas como resultado de la Primera Guerra Mundial. Fue una mujer inglesa,

[6] . VARGAS, Jorge: El Derecho Internacional del Niño. Legislación e Instrumentos. Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2002, pagina 123.

Eglantyne Jebb, quien puso en funcionamiento *Save the Children Fund*, una organización que actuó de manera inmediata en la protección de esta población.

A partir de entonces, a lo largo del siglo XX, la comunidad internacional expresó su preocupación por los derechos de los niños, resaltando la necesidad de su reconocimiento a través de sucesivas declaraciones de las Asambleas Generales de las Naciones Unidas.

1.1.3. EVOLUCION DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

En este proceso de construcción de los derechos de la niñez, dos paradigmas jurídicos han influido en la visión y construcción de leyes, reglamentos, instituciones y acciones dirigidas a los niños, niñas y adolescentes. Estos dos paradigmas, conocidos como ***la doctrina de la situación irregular*** y ***el paradigma de la protección integral*** han sido la base de la construcción del imaginario del Estado y la sociedad sobre la niñez y la adolescencia, en consecuencia el (re) conocimiento de sus derechos.

1.1.3.1. PRIMERA SITUACION: LA FALTA DE RECONOCIMIENTOS DE DERECHOS.

La denominada ***doctrina de la situación irregular***, que inspiró muchas de las políticas hacia la infancia en las décadas de los 70 y 80, tenía como base el reconocimiento de la niñez que se encontraba en estado de riesgo social, abandono material, déficit mental o físico y de todos los niños y niñas que hubieran cometido hechos antisociales. Esta visión introdujo la diferenciación entre las categorías de niños-niñas y la de menores. En consecuencia, tratándose de niños en condiciones de marginalidad social, los *menores* caían en la *situación de estado irregular* y por lo tanto debían ser tratados como parte de la *patología social* y ser enviados a centros de

observación y recuperación para que se reintegraran y fueran sujetos funcionales de la sociedad.

La situación irregular ha sido definida como aquella en la que se encuentra un menor, tanto cuanto ha incurrido en un hecho antisocial como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o padece de un déficit físico o mental.

La ***conducta antisocial*** era aquella contraria a la ley, al estilo de vida y a la escala de valores de la comunidad, que no consideraba al menor un delincuente ya que los mismos no tenían plena conciencia de las consecuencias de su obrar y no poseían capacidad de derecho. En este caso el acto antisocial solo constituye un síntoma de que el niño se encuentra en situación de peligro siendo por tanto necesario una medida de protección, asistencia, educación o reeducación.

En el entendido en que el mejor medio ambiente para el desarrollo del niño lo constituye la familia, compuesta por el padre, la madre y los hijos, ya que de ella aprende las normas y los valores que la rigen, aprende a respetar los derechos y propiedades de los otros pero, cuando se produce el ***abandono material*** del niño, entendido como el descuido del menor en la alimentación, higiene, vestuario y medicamentación por incumplimiento de los deberes asistenciales correspondientes a los padres, tutores o guardadores, así como el ***abandono moral***, como las carencias en la educación, vigilancia o corrección del menor, son suficientes para convertir al niño en un ser inadaptado para la convivencia social por lo que el Estado debe tomar los resguardos necesarios ([7]).

Los ***menores en situación de peligro*** son aquellos menores dedicados a la prostitución, la vagancia, la mendicidad, es decir los que se hallan en una posición marginal respecto de la sociedad y la cultura imperante, por lo que Estado tomaba acciones en el campo de la prevención, mediante el pronto descubrimiento y tratamiento de los menores que

[7] [7]VARGAS, Jorge: El Derecho Internacional del Niño. Legislación e Instrumentos. Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2002, pagina 143.

potencialmente infringían la ley, antes que se convierta en un problema mas grave.

Los niños que tienen ***deficiencias mentales y físicas***, según esta doctrina, son inadaptados a la sociedad. Los elementos esenciales en las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular son:

a) El niño es considerado un objeto de protección. El Estado asume el deber de su tutela y lo convierte en un sujeto pasivo de intervención por parte de la familia y la sociedad por ser considerados incapaces y no sujetos de derecho.

b) El Estado tiene potestad absoluta para resolver sobre la vida de los niños, niñas o adolescentes abandonados, mendigos y vagabundos, víctimas de abuso o de maltrato y supuestos infractores de la ley penal. Por tanto la formulación de leyes de menores se caracteriza por estar dirigida sólo a un sector, es decir a la infancia excluida de las políticas sociales básicas del Estado.

c) Se criminaliza la pobreza y se judicializa los problemas vinculados con la infancia que se encuentra en situación de riesgo, permitiéndose así la intervención, o mejor dicho privación de libertad, de los niños por motivos vinculados a la simple falta o carencia de recursos materiales, resultando las leyes tutelares aparentemente mas represivas que la de los adultos por la negación de derechos fundamentales.

d) Los derechos son interpretados y aplicados por los tribunales tutelares en forma arbitraria y de acuerdo a su propio criterio.

e) El menor sea infractor o abandonado, es internado sin juicio ni defensa en un Centro de Observación, donde se aplica el tratamiento necesario a fin de lograr su adaptación y reeducación social ([8]).

[8] . VARGAS, Jorge: El Derecho Internacional del Niño. Legislación e Instrumentos. Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2002, pagina 153.

Sintéticamente, la doctrina de la situación irregular del menor, parte de considerar a los menores calificados como irregulares, como una situación patológica, con dolencia social, por lo mismo merecedores de la aplicación de medidas terapéuticas para el tratamiento y superación de esa anomalía o patología social, para esa calificación no se consideran para nada las circunstancias y las influencias que pudieran originar esa disfunción social; se parte simplemente del concepto preconcebido de que la sociedad esta sana, es perfecta, es buena, que son los menores irregulares los malos, los enfermos que requieren tratamiento para ser sanados, en la perspectiva de que no dañen a la sociedad.

El 1966 Bolivia promulga el primer Código del Menor con un claro enfoque jurídico basado en la doctrina de la situación irregular.

1.1.3.1. SITUACION POSTERIOR: LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA COMO TITULAR DE DERECHOS

Contrario a esto, el *paradigma de la protección integral* reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Establece también la responsabilidad del estado y la sociedad en la creación de las condiciones y oportunidades necesarias para el ejercicio pleno de los derechos. Elimina el concepto de *situación irregular*, establece una nueva concepción de legislación promotora y defensora de los derechos de los niños.

Surge a partir de 1979 reconociendo que los niños y niñas son sujetos plenos de derecho, que con la aprobación diez años más tarde de la Convención Internacional de los Derechos del Niño permite acceder a una nueva concepción jurídica y social respecto a la niñez, pues transforma la percepción que hasta entonces existía de la infancia.

“Se entiende por protección integral el conjunto de medidas encaminadas a proteger a los niños individualmente considerados y los derechos

resultantes de las relaciones que mantengan entre sí y con los adultos.” ([9])

Las características principales que sirven de base para la formulación de las nuevas leyes son:

a) La protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas universales para la población infantil y adolescente, en el entendido de que todos los niños son sujetos sociales con derechos inalienables.

b) Adopta el concepto de niño, niña y adolescente como sujeto pleno de derechos y deberes, las mismas que deben ser garantizadas por el Estado.

c) El Estado es promotor del bienestar de los niños, interviniendo a través de políticas sociales, ya sean básicas (Educación y salud), asistenciales (comedores) o la protección especial, planificadas con participación de los niños y la comunidad.

d) Por su especial condición de personas en desarrollo, además de los derechos reconocidos a todas las personas, se les reconoce derechos específicos relacionados con el proceso de crecimiento.

e) La situación económica-social no da lugar a la separación del niño de su familia, sino que induce incluir a la familia en programas de salud, vivienda y educación.

f) Se reconoce a los niños todas las garantías sustantivas y procesales que le corresponde a los adultos en los juicios criminales según la Constitución Política del Estado y los Instrumentos Internacionales pertinentes. Así como el establecimiento de mecanismos y procedimientos administrativos y judiciales efectivos y eficaces para el caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado.

[9] . JIMENEZ, obra citada, pagina:516

g) La privación de libertad debe ser considerada como última instancia de carácter excepcional y de mínima duración posible en consideración a su condición de desarrollo personal y social.

h) El juez debe aplicar las medidas alternativas de acuerdo a la gravedad del delito, con revisión periódica y tiempo determinado.

i) El niño posee facultad de acción ya que puede buscar abrigo, protección y socorro por sí mismo, sin la intervención de terceras personas cuando uno o más de sus derechos son amenazados o violados.

j) Su opinión debe ser considerada en todos los asuntos que le afecten, en virtud al derecho que tiene de ser escuchado.

La aplicación de esta doctrina ha favorecido una verdadera reconstrucción social y jurídica de la niñez y adolescencia. La doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerando a éste, como sujeto de derechos.

CUADRO Nº 1
CARACTERISTICAS DE LAS SITUACIONES HISTORICAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA EVOLUCION DEL DERECHO.

CARACTERISTICAS DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	CARACTERISTICAS DE LA PROTECCION INTEGRAL
Solo contempla a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, a quienes etiqueta con el término "menor" e intenta dar una solución a la situación crítica que atraviesan mediante una respuesta estrictamente judicial.	La infancia es una sola y su protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas básicas universales para todos los niños.
El niño o "menor" al que van dirigidas estas leyes no es titular de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia.	El niño/adolescente, más allá de su realidad económico-social, es sujeto de derechos y el respeto de los mismos debe estar garantizado por el Estado.
El juez interviene cuando considera que hay "peligro material o moral", concepto que no se define y permite "disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y duración indeterminada".	El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada.
El Estado interviene frente a los problemas económicos-sociales que atraviesa el niño a través del "Patronato" ejercido por el sistema judicial como un patrón que "dispone" de su vida.	El Estado no es "patrón", sino promotor del bienestar de los niños. Interviene a través de políticas sociales, ya sean básicas (educación, salud, etc.), asistenciales (ej: subsidios directos, apoyo a la familia, etc.), planificados con participación de los niños/adolescentes y la comunidad.
El sistema judicial trata los problemas asistenciales y jurídicos, sean civiles o penales, a través de la figura del juez de menores.	El sistema judicial trata los problemas jurídicos con jueces diferentes para lo civil (adopción, guarda, etc.) y lo penal. Los temas asistenciales son tratados por órganos descentralizados a nivel local compuestos multisectorialmente con participación del Estado, las ONGs, la Iglesia, la Comunidad y los jóvenes.
Considera abandono no sólo a la falta de padres, sino también a situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, pudiendo separarse al niño del mismo.	La situación económico-social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Sin embargo, constituye un alerta que induce a apoyar a la familia en programas de salud, vivienda y educación.
El juez puede resolver el destino del niño en dificultades sin oírlo y sin tener en cuenta la voluntad de sus padres.	El niño en dificultades no es competencia de la justicia. Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño y a sus padres para incluir al grupo familiar en programas de apoyo.
Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos no sólo por la situación socioeconómica en la que se encuentra aduciendo "peligro material o moral".	Se puede privar la libertad o restringir los derechos del niño sólo si ha cometido infracción grave y reiterada a la ley penal.
El niño que cometió un delito no es oído y no tiene derecho a la defensa e incluso cuando sea declarado inocente puede ser privado de su libertad.	El juez tiene la obligación de oír al niño autor del delito, quien a su vez tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es culpable.

Fuente: Organización Internacional de la Juventud, citado en PNUD, 2006:82)

1.1.3.2. LA EVOLUCION CONTEMPORANEA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

El Derecho Internacional de Menores comprende los tratados declaraciones e instrumentos internacionales relativos a la protección de los menores, instrumentos que constituyen un material trascendente en

cuanto revelan un elevado nivel de consenso respecto de los valores e ideas que imperan en un lugar y además momento histórico pudiendo mencionar los siguientes instrumentos internacionales como antecedentes de la Convención sobre Derechos del Niño

- **LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1924 DE GINEBRA**

Impulsada por la Sociedad de Naciones la cual a la fecha se encuentra disuelta, la misma conceptualiza a la niñez en su conjunto como grupo que debe ser objeto de medidas especiales de protección que garanticen su normal desarrollo material y espiritual, transmitiendo al Estado la sensibilidad sobre la situación de los niños huérfanos víctimas de la violencia de la primera guerra mundial, admitiendo “que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.

- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948

Proclamada el 10 de diciembre de 1948 pro la Asamblea General de las Naciones Unidas, recomendando a los Estados Miembros su publicación y divulgación especialmente en los establecimientos de enseñanza, sin distinción, basada en la situación política de los países y territorios.

Art.1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 16 inc.3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Art. 25 inc.2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección.

- **DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS DE 1959**

Aprobada por la Asamblea General de la las Naciones Unidas, integrada por un Preámbulo y diez principios conocidos como el Decálogo de los Derechos del Niño. Dicha Declaración contiene derechos sociales redactados en forma de declaración y no como texto jurídico obligatorio para los Estados, cuya consecuencia fue que los derechos consignados desde su proclamación no fueron respetados ni por los gobiernos ni por las sociedades del mundo entero.

El preámbulo de la declaración hace referencia a que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial y que para gozar de un infancia feliz, los hombres, mujeres y las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales deben observar los derechos fundamentales que les son reconocidos en su calidad de personas.

- **PACTO INTERNACIONAL RELATIVO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

El Pacto comprende una serie de derechos sociales, económicos y culturales referidos unos específicamente a los menores y otros si son aplicables porque pertenecen a toda persona como tal. El art. 10 inc.39 del Pacto, establece la obligación de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razones de filiación o cualquier otra condición. El art. 12 refiere las disposiciones de reducción de mortalidad infantil y asegurar la sana evolución de los niños.

El art. 13 otorga una calidad de obligatoriedad a la Declaración Universal en cuento reconoce a toda persona el derecho a la educación, que debe orientarse, como lo indica la Declaración, hacia el pleno desarrollo de la personalidad y el fortalecimiento del respeto por los derechos Humanos

las libertades individuales, capacitándola para participar activamente en una sociedad libre.

- PACTO INTERNACIONAL RELATIVO A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto reitera el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a recibir la protección de la familia, la sociedad y el Estado (art.24). Por este instrumento los Estados partes se comprometen a garantizar a toda persona los derechos enunciados en la Declaración Universal de 1948, que rige también para los niños.

El derecho a la vida (art.6), no ser sometidos a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7); derecho a la libertad y seguridad personal (art.9 inc1); derechos ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente (art14); derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art.16).

Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art.18) , empero , los Estados partes dejan a salvo la autoridad paterna y por lo tanto, se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar la que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 18 inc.3)

- EL "PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA" DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 1969

El Pacto de San José de Costa Rica reafirma el propósito de consolidar en el continente Americano, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Estableciendo el deber de adoptar disposiciones de derecho interno si los derechos y libertades mencionadas no estuvieren ya garantizados por la legislación.

Algunos artículos relevantes a la materia establecen que la Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (art.17 inc.5). Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario (art.18).

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (art.19).

Esta Convención reafirma el propósito de consolidar en el Continente Americano, dentro de las Instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social. Consagra en el orden regional el contenido de las declaraciones y compromisos de carácter internacional destinados a proteger los derechos humanos. Por consiguiente, el niño, como persona humana, goza de tales derechos y los recursos ideados para protegerlos.

En este proceso de evolución de los derechos de la Niñez y Adolescencia se alcanza un punto de desarrollo muy importante con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta para firma, ratificada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigencia el 27 de septiembre de 1990, de conformidad con el art.49. Ratificada por Bolivia mediante Ley No. 1152 de 14 de mayo de 1990.

1. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

La pornografía infantil en Internet es recienta ya que aparece en el marco de la evolución de la tecnología informática, aunque la pornografía referida a la infancia ya existió sobre soportes como la fotografía, los dibujos y los libros, todos soportes materiales. La nueva forma de pornografía infantil se caracteriza por tener soportes informáticos, es decir, virtuales. Para una mejor comprensión

de las características de esta pornografía es necesario hace referencia a sus antecedentes históricos.

1.2.1. LOS DELITOS SEXUALES EN LA ANTIGUEDAD

La pornografía infantil en Internet es una forma de explotación sexual. Esta actividad no es nueva sino de vieja data, basta ubicarnos en otros contextos históricos para evocar que culturas milenarias como Egipto, Babilonia, Chipre, Fenicia, Grecia y Roma, practicaron este comercio sin distinción de estrato social. Es el caso de la prostitución, que irrumpió en las páginas de la historia, primero como una tradición hospitalaria hacia los extranjeros, luego como una actividad sagrada que se realizaba en los templos bajo la supervisión de la casta sacerdotal. La conjunción de los rasgos culturales de distintos grupos sociales permitió la aparición de nuevos ritos cuyo matiz predominante era el comercio religioso-sexual.

"Un ejemplo de la prostitución sagrada fue el que dejó el historiador griego Herodoto de Halicarnaso, llamado el padre de la historia, quien resaltaba una costumbre practicada en Babilonia durante mucho tiempo, que consistía en que toda mujer nativa estaba obligada, una vez en su vida, a acudir al templo de la diosa Ishtar para ofrecerse a un hombre desconocido. Las mujeres de toda condición social llegaban a suelo sagrado, tomaban asiento y no podían volver a su hogar hasta que un extranjero le hubiere arrojado alguna moneda en el regazo. Con la invocación de la diosa el rito sexual se realizaba. Como era lógico, los ingresos económicos obtenidos en tan polémico ritual eran destinados a las arcas del templo" ([10]).

Según Herodoto, quien después de un viaje por el antiguo Egipto, relató que el mismo faraón Keops se encontró en la necesidad de prostituir a su hija para contribuir con los elevados gastos de construcción de la gran

[10] . NAVARRO, Elías: DERECHO PENAL SEXUAL. Editorial Temis, Bogota , Colombia, 2001, paginas 34.

pirámide, obra monumental que según la tradición, empleó a millares de obreros.

"También en la antigua Grecia la prostitución estaba subordinada al culto religioso. Los sacerdotes eran los administradores de los templos-burdeles, y en su calidad de expertos de las finanzas estatales recogían en sus arcas el dinero que las mujeres recibían a cambio de sus servicios. El enorme templo de Afrodita Porne en Corinto alojaba en torno a mil mujeres que atendían las necesidades de los marineros que frecuentaban el segundo puerto más importante de Grecia. Los ingresos del templo sostenían las guerras que la ciudad mantenía con Atenas, contribuyendo además al establecimiento de varias colonias en las costas del Adriático"([11]).

En el último período védico se estableció la costumbre de dedicar la primera hija de cada familia al servicio del dios con el que se decía estaba casada, convirtiéndola en prostituta del templo con ese propósito. Se le pedía que mantuviera relaciones sexuales con los sacerdotes y otros funcionarios del templo, así como con los visitantes de condición religiosa, a cambio de dinero que, se suponía iba dirigido al mantenimiento del templo. Según los brahmanes que dirigían los templos: 'Tener relaciones con una prostituta sagrada es una buena obra que lava todo pecado".

"Es que la explotación sexual de menores de edad ha estado presente en otros contextos espacio-temporales, por ejemplo, cuando las mujeres supervivientes de los pueblos conquistados eran obligadas a prostituirse para satisfacer los requerimientos de los ejércitos vencedores y posteriormente ingresadas a los mercados de esclavos para su ulterior venta. No se debe olvidar el refinamiento y magnificencia de la imponente Venecia renacentista, cuyas casas de lenocinio alcanzaron gran prestigio en todo

[11] . NAVARRO, Elías: DERECHO PENAL SEXUAL. Editorial Temis, Bogota , Colombia, 2001, paginas 34.

el mundo y donde muchas madres italianas pugnaban por ofrecer a sus hijas adolescentes a ilustres caballeros de la gran ciudad” ([12]).

La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes adquirió varias formas, siendo una de ellas, la pornografía infantil. Esta forma se realizo bajo modalidades como la escritura (libros), los dibujos y en la etapa moderna, la fotografía (revistas).

El acceso a la pornografía infantil acumulada bajo esos soportes físicos fue difícil y en muchos casos, de elevado costo, lo cual determinaba que muy pocos podían acceder a este material. Esta situación a cambiado profundamente con la emergencia de la pornografía infantil en Internet.

1.2.2. DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL MATERIAL A LA VIRTUAL

En la década de los años setenta del siglo XX puede situarse el momento de máximo apogeo de la producción comercial de pornografía infantil en el mundo occidental. En aquellos años Dinamarca, Holanda y Suecia constituían los principales centros de producción. A finales de dicha década y comienzos de los años ochenta se verifica una mayor intervención gubernamental y el impulso de medidas legislativas, centradas en la prohibición de la producción, la venta y la distribución de la pornografía infantil.

“En los años noventa se ha acrecentado la adopción de medidas legislativas prohibitivas y el impulso de la represión penal sobre las actividades de producción, difusión, exhibición y distribución de material pornográfico infantil al compás de la evolución tecnológica, y no faltan además muestras de una "nueva cruzada legislativa" en la que incluso se opta por la incriminación de la mera tenencia o posesión de material pornográfico infantil”.([13]).

---

[12] . Idem.
[13] .

En la actualidad se constata una tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos, pauta de comportamiento que se ha amplificado en las nuevas autopistas de la información (Internet), donde los usuarios pueden introducir material y convertirse en difusores de dicho material. Por consiguiente, puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados *amateurs* y domésticos.

A esta evolución ha contribuido también el denominado "turismo sexual", pues se ha constatado en los últimos tiempos que una buena parte de la elaboración de material pornográfico infantil tiene su origen en filmaciones *amateurs* llevadas a cabo por turistas que entablan relaciones con menores, principalmente en países del continente asiático. En efecto, esta evolución no hubiera sido posible sin la masificación y el abaratamiento de los aparatos de vídeo doméstico.

Estas líneas evolutivas se han agudizado con la irrupción de Internet como nueva autopista de la información. Puede indicarse, pues, que la tecnología informática ha acabado por consolidar las pautas y patrones de la producción y el tráfico de pornografía infantil. Cualquier usuario de la Red tiene acceso a los servicios en línea en una autopista de información a la que se encuentran conectados más de 30 millones de personas. En este contexto, cualquier usuario puede erigirse en productor, difusor o receptor de material pornográfico infantil.

Las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se han multiplicado (escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de imágenes o vídeos). Y estas nuevas

formas de difusión y tráfico de pornografía infantil pueden ser llevados a cabo desde el anonimato que proporciona Internet.

El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el "ciberespacio" intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil. Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente pueden ser aún más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los *anonymous remailers*, que permiten el envío de correos electrónicos sin remite; los *remailers* suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente.

1.2.3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE INTERNET

INTERNET Fue concebida originalmente por la agencia ARPA (Advanced Research Projects Agency) del gobierno de los Estados Unidos en el año 1969 y fue conocida originalmente como ARPANET" ([14]). En los años 60's, cuando en los E.U. se estaba buscando una forma de mantener las comunicaciones vitales del país en el posible caso de una Guerra Nuclear. Este hecho marcó profundamente su evolución, ya que aún ahora los rasgos fundamentales del proyecto se hallan presentes en lo que hoy se conoce como Internet.

En primer lugar, el proyecto contemplaba la eliminación de cualquier "autoridad central", ya que sería el primer blanco en caso de un ataque; en este sentido, se pensó en una red descentralizada y diseñada para

[14] .SALVAT, Jaime: La información por Internet. Editorial Trillas, México, 2001, pagina 23.

operar en situaciones difíciles. Cada máquina conectada debería tener el mismo status y la misma capacidad para mandar y recibir información.

El envío de los datos debería descansar en un mecanismo que pudiera manejar la destrucción parcial de la Red. Se decidió entonces que los mensajes deberían de dividirse en pequeñas porciones de información o paquetes, los cuales contendrían la dirección de destino pero sin especificar una ruta específica para su arribo; por el contrario, cada paquete buscaría la manera de llegar al destinatario por las rutas disponibles y el destinatario reensamblaría los paquetes individuales para reconstruir el mensaje original. La ruta que siguieran los paquetes no era importante; lo importante era que llegaran a su destino.

“Fue en Inglaterra donde se experimentó primero con estos conceptos; y así en 1968, el Laboratorio Nacional de Física de la Gran Bretaña estableció la primera red experimental. Al año siguiente, el Pentágono de los E.U. decidió financiar su propio proyecto, y en 1969 se establece la primera red en la Universidad de California (UCLA) y poco después aparecen tres redes adicionales. Nacía así **ARPANET** (Advanced Research Projects Agency NETwork), antecedente de la actual Internet” ([15]).

Gracias a **ARPANET**, científicos e investigadores pudieron compartir recursos informáticos en forma remota; este era una gran ayuda ya que hay que recordar que en los años 70's el tiempo de procesamiento por computadora era un recurso realmente escaso. **ARPANET** en sí misma también creció y ya para 1972 agrupaba a 37 redes.

“El Protocolo utilizado en ese entonces por las máquinas conectadas a ARPANET se llamaba NCP (Network Control Protocol ó Protocolo de Control de Red), pero con el tiempo dio paso a un protocolo más sofisticado: TCP/IP, que de hecho está formado uno por uno, sino por varios protocolos, siendo los más importantes el protocolo TCP

[15] SALVAT, Jaime: La información por Internet. Editorial Trillas, México, 2001, pagina 31.

(Transmission Control Protocol ó Protocolo de Control de Transmisión) y el Protocolo IP (Internet Protocol ó Protocolo de Internet). TCP convierte los mensajes en paquetes en la maquina emisora, y los reensambla en la máquina destino para obtener el mensaje original, mientras que IP es el encargado de encontrar la ruta al destino" ([16]).

La naturaleza descentralizada de **ARPANET** y la disponibilidad sin costo de programas basados en TCP/IP permitió que ya en 1977, otro tipo de redes no necesariamente vinculadas al proyecto original, empezaran a conectarse. En 1983, el segmento militar de ARPANET decide separarse y formar su propia red que se conoció como MILNET.

"ARPANET, y sus "redes asociadas" empezaron a ser conocidas como Internet. En 1984, la Fundación Nacional para la Ciencia (National Science Foundation) inicia una nueva "red de redes" vinculando en una primera etapa a los centros de supercómputo en los EE.UU. (6 grandes centros de procesamiento de datos distribuidos en el territorio de los EE.UU.) a través de nuevas y más rápidas conexiones. Esta red se le conoció como NSFNET y adoptó también como protocolo de comunicación a TCP/IP.

Posteriormente a NSFNET empezaron a conectarse no solamente centros de supercómputo, sino también instituciones educativas con redes más pequeñas. El crecimiento que experimentó NSFNET así como el incremento continuo de su capacidad de transmisión de datos, determinó que la mayoría de los miembros de ARPANET terminaran conectándose a esta nueva red y en 1989, ARPANET se declara disuelta.

"Esta red en principio sólo unía a un pequeño número de computadoras y se denominó DARPANET, pero en 1972 se cambió el nombre por ARPANET, cuando ya conectaba a unos cuarenta nodos. En 1971 se creó el primer programa para enviar correo electrónico. Fue Ray Tomlinson, del BBN, y combinaba un programa interno de correo electrónico y un

[16] SALVAT, Jaime: La información por Internet. Editorial Trillas, México, 2001, pagina 23.

programa de transferencia de ficheros. También en este año un grupo de investigadores del MIT presentaron la propuesta del primer "Protocolo para la transmisión de archivos en Internet" (RFC 114). Era un protocolo muy sencillo basado en el sistema de correo electrónico pero sentó las bases para el futuro protocolo de transmisión de ficheros (FTP)" ([17]).

Durante el desarrollo del protocolo se incrementó notablemente el número de redes locales de agencias gubernamentales Fue en este momento cuando las instituciones académicas se interesaron por estas posibilidades de conexión.

La NSF (National Science Foundation) dio acceso a sus seis centros de supercomputación a cuatro universidades de los Estados Unidos que logran enlazarse entre sí a través de la ARPANET, dando origen a la RED de REDES más grande del mundo. A partir de entonces se fueron conectando otras redes, evitando la existencia de centros para preservar la flexibilidad y la escalabilidad. Así surgió y se desarrollo la Internet, el medio más importante y más utilizado para la difusión, acceso y obtención de pornografía infantil en la actualidad.

[17] . Idem.

CAPITULO II.
LA RESPONSABILIDAD POR LOS CONTENIDOS AJENOS EN MATERIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.
(MARCO TEORICO)

La pornografía infantil en Internet es una amenaza a la seguridad e integridad física, sexual y emocional de la Niñez y Adolescencia, en tanto su acceso, obtención y acumulación es libre e irrestricto. La adicción a este tipo de pornografía, puede conducir a la violación de hecho. Esta es una de las razones que inducen al establecimiento de normas que regulen el acceso a los contenidos de Internet.

El tratamiento jurídico de la pornografía infantil en Internet es complejo ya que no existe acuerdo en la aplicación de medidas ya sea de responsabilidad penal o de responsabilidad civil para quienes intervienen en el hecho como son los proveedores y prestatarios de servicios de Internet, y los usuarios. Resulta muy difícil establecer la responsabilidad penal y civil de estos participantes, en tanto que los mismos no son los que producen el material pornográfico, aunque si intervienen en su circulación.

Otro problema se deriva de las características del material pornográfico en Internet, ya que en muchos casos se trata de pseudos pornografía, pornografía artificial, que se caracterizan por la simulación, la utilización de imágenes trucadas y la participación de personas de mas de 18 años pero que fingen ser niños o adolescentes.

En el presente capitulo se aborda esta problemática con el propósito de establecer el marco conceptual que se aplico en el análisis del tema y problema de la investigación.

2. 1. LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET

A diferencia de la pornografía adulta, es decir, la pornografía donde participan personas mayores de 18 años, con libre consentimiento en el mayor de los casos, incluso con fines de lucro; la pornografía infantil esta prohibida y sancionada penalmente en cuanto a su producción y comercialización, incluso su posesión son fines de lucro.

En gran parte de la historia, la pornografía en general, es decir, la pornografía adulta y la pornografía infantil, estuvo plasmado materialmente en soportes fotográficos impresos en papel y difundida a través de revistas, una legales (pornografía adulta) y otras prohibidas (pornografía infantil).

La pornografía infantil impresa en revistas y otros medios materiales o tangibles esta siendo sustituida por la pornografía infantil digitalizada y difundida mediante Internet. Este tipo de pornografía tiene muchas características como la artificialidad, la utilización de dibujos o imágenes creadas digitalmente, la participación de personas adultas que fingen ser niños, niñas o adolescentes, todo lo cual crea un gran problema para el Derecho y la aplicación de la norma jurídica.

Para una mejor compresión de estas características de la pornografía infantil en Internet es necesario previamente establecer algunas definiciones básicas.

2.1.1. DEFINICION DE PORNOGRAFIA INFANTIL

La pornografía infantil ha sido definida de varias formas. El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo define la explotación sexual comercial como “la utilización de niños, niñas y adolescentes para

actividades sexuales, a cambio de una retribución, ya sea económica o de cualquier otro tipo” .

La pornografía infantil es un material que contiene la descripción o exhibición explícitas de órganos o, actividades sexuales en las que participan niños, o niñas. Ha sido definida como el “material que contiene la descripción o exhibición explícitas de órganos o actividades sexuales, concebido para estimular sentimientos eróticos. Esta palabra proviene de griego pornographos, que quiere decir escribir sobre prostitutas, de porne prostituta. + graphein, escribir.”

Por su lado, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía señala en el inciso c) de su artículo 2 que “por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”. Para efectos del Protocolo, el término “niño” se refiere a toda persona menor de 18 años.

La Declaración y el Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de la infancia, celebrado en la ciudad de Estocolmo en el año de 1996, define a esta forma de criminalidad como “una violación de los derechos fundamentales de los niños y niñas. Comprende el abuso sexual por parte de un adulto y su remuneración económica o en especie, tanto para el propio niño o niña, como para terceras personas. El menor es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de la infancia constituye una forma de coerción y de violencia contra ésta y representa junto con el trabajo infantil, una de las peores formas contemporáneas de esclavitud” ([18]).

[18] . VARGAS, Jorge: El Derecho Internacional del Niño. Legislación e Instrumentos. Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2002, pagina 123.

Esta pornografía ha sido definida como la producción, publicación o comercialización de imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participan niños, niñas y adolescentes.

Si se analizan estas definiciones se puede establecer la referencia a la participación de niños, niñas y adolescentes en actos sexuales registrados bajo distintas formas, (en fotografías, imágenes en movimiento, audiovisuales, etc) y destinados para la circulación, publicación y con fines de lucro.

Desde el punto de vista del Derecho Penal y la legislación penal de muchos países, la pornografía infantil es un delito, en tanto concurren los elementos como la acción, la tipicidad, la antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad. En este sentido, es delictiva la acción de filmar, grabar, reproducir, distribuir, exhibir, exponer, publicar, o realizar, cualquier acto de producción o distribución ya sea para lucrar o de manera gratuita, a través de libros, revistas, imágenes visuales y/o audibles, o por medios electrónicos, magnéticos, o por cualquier otro medio, de material pornográfico en donde intervenga uno o mas menores de edad desnudos, semidesnudos y/o que mantengan u obliguen a practicar actos sexuales u otros análogos.

Es merecedor de una pena el que filma, graba, reproduce, distribuye, exhibe, expone, publica, o realiza cualquier acto de producción o distribución ya sea para lucrar o de manera gratuita, a través de libros, revistas, imágenes visuales y/o audibles, o por medios electrónicos, magnéticos o por cualquier otro medio, de material pornográfico en donde intervenga uno o mas menores de edad desnudos, semidesnudos y/o que mantengan u obliguen a practicar actos sexuales u otros análogos, será castigado con pena privativa de libertad de cinco a diez años.

Considerando a los participantes o involucrados en la acción delictiva de pornografía infantil se tiene: a los o los sujetos activos, en este caso los que filman, comercializan y distribuyen la pornografía infantil; los sujetos pasivos, viene a ser las victimas, es decir, los niños, niñas y adolescentes que participan en la pornografía infantil, y finalmente, los bienes jurídicos dañados, que pueden ser la indemnidad sexual de estos, su dignidad.

Resulta evidente que esta penalización de la pornografía infantil hace referencia a una pornografía donde las victimas son personas identificadas, es decir, victimas de carne y hueso, o sea, niños, niñas y adolescentes que caen en las garras de los que se dedican a producir este material y lucrar con el mismo.

Sin embargo, la pornografía infantil ha tomado otras formas, caracterizadas por la ausencia de victimas identificables, ya que estas pueden ser ficticias, simuladas por la técnica de la informática, o personas adultas que fingen ser niños, niñas o adolescentes, pero involucrados en pornografía infantil.

Considerando estas nuevas formas de pornografía infantil, el artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución Infantil y la utilización de niños en la pornografía, define a la pornografía infantil como "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" ([19]).

En este mismo sentido, el artículo 9 en el apartado 2 del Convenio del Consejo Europeo sobre la Ciberdelincuencia señala que "por pornografía infantil se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

[19] . VARGAS, Jorge: El Derecho Internacional del Niño. Legislación e Instrumentos. Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2002, pagina 136.

a. Un menor comportándose de una manera sexualmente explícita;
b. Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
c. Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita” .

Dentro de esta definición, también debe identificarse a la:

- "Pornografía Infantil Técnica" , que es la alteración de imágenes de adultos que participan en actos sexuales para que parezcan menores;
- La "Pseudopornografía Infantil", la realización de fotomontajes con imágenes de menores para asemejarlas a actos sexuales, que al contener imágenes reales de menores agravan el delito; y
- "Pornografía Virtual", la exhibición de contenidos sexuales a través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales.

Finalmente, la organización no gubernamental Defensa de los Niños Internacional (DNI) que trabaja en pro de los derechos de las personas menores de edad, define la pornografía infantil como “la representación visual o auditiva de una persona menor de edad, para el placer sexual del usuario, con fines lucrativos o retributivos para el proveedor o intermediario; incluye la producción, la distribución, la tenencia y el uso del material”.

Si se analizan las definiciones citadas, se establece que cada una de ellas se refiere a los siguientes aspectos:

- El tipo de representación;
- El tipo de soporte en el que el material está reproducido;
- Si la persona menor de edad es real o no;
- Si los actos representados son reales o simulados;
- El límite de edad de la persona involucrada;

• Se debe representar un comportamiento sexual explícito de la persona menor de edad.

Estos diversos aspectos de la pornografía infantil dan lugar al análisis de sus formas y características.

2.1.2. FORMAS Y CARACTERISTICAS DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

En este marco, la pornografía infantil es definida como "toda representación, por cualquier medio de comunicación, de un niño o niña menor de 18 años de edad, o con aspecto de niño o niña, involucrado en actividades sexuales reales o simuladas, de manera explícita o sugerida, con cualquier fin. El consentimiento por parte de los niños y las niñas para participar en pornografía no es válido, de acuerdo con lo establecido en la normativa internacional" .

Según los especialistas, la pornografía infantil se deben reconocer los medios como:

- La representación visual. Con este término pretende hacerse mención a todos aquellos documentos susceptibles de ser representados. Tradicionalmente se mencionan dos medios o vías de difusión de pornografía infantil:

a) Pornografía a través de fotografías. Los lugares de obtención mas frecuentes son: kioscos de prensa donde se ofertan revistas pornográficas que contienen material filmado a menores –es muy común encontrar incluso tienen material en revistas destinadas a adultos anunciando distribuidores que funciona mediante

apartados de correo-; acudiendo a tiendas de material pornográfico, donde clandestinamente se ofrece la posibilidad de ofrecer pornografías de menores.

b) En video o DVD. Este material puede adquirirse clandestinamente, sus protagonistas son menores de zonas del tercer mundo; a través del Internet, en cuyas páginas priman mas que las fotografías los videos de jóvenes normalmente tailandesas o de algún país asiático; y en contadas ocasiones en kioscos de prensa.

Además de esos medios, se debe identificar la forma:

- La forma real. La naturaleza de las imágenes proyectadas o divulgadas debe ser verdadera, no cabiendo la posibilidad de inclinar aquellas conductas que muestren a menores de edad irreales creados a través de ordenador u otras técnicas. Llegados a este punto es necesario distinguir 3 grandes grupos que, aparentemente, pudieran reunir la consideración de pornografía infantil:

a) Pornografía infantil expresa. Representación del núcleo de figuras estudiadas; esto es, aquella conducta sexual explicita desarrollada o en la que participa directamente un menor de edad o incapaz quedando sujeta a filmación o exhibición. Un ejemplo es el infante que participa en el espectáculo pornográfico masturbando a un tercero.

b) Pornografía infantil simulada. Comprendería todo aquel supuesto de pornografía infantil descrito en el apartado anterior con la única excepción de que el hipotético menor o incapaz no reúne semejante consideración, bien por ostentar mayoría de edad, pese a que de la representación pudiera derivarse lo contrario; bien porque su creación fuera íntegramente producida por la tecnología y, en consecuencia, no se tratara de una persona real. Conforme a ello, cabria distinguir las dos hipótesis siguientes:

a) Pornografía técnica. Se define como aquella protagonizada por mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios o procedimientos (retoque de fotografías o filmaciones consistentes en eliminación de vello púbico o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes); esto es, un adulto que se hace pasar por menor. Un ejemplo podría ser del sujeto que mantiene relaciones sexuales con un tercero durante el transcurso de un espectáculo pornográfico, aparentando ser menor de edad, para lo cual utiliza vestimenta propia de infantes, aparece completamente depilado generando la impresión de que se trata de un sujeto de quince años cuando en verdad ostenta diecinueve.

b) Pornografía infantil artificial. Agruparía todo aquella representación pornográfica en la que participa un menor o incapaz creado íntegramente a partir de un patrón irreal, verbigracia un dibujo animado.

c) Pseudo pornografía o pornografía infantil virtual. Constituye un hibrido o manifestación intermedia entre los dos supuestos anteriormente referidos en tanto comprende la representación de imágenes ficticias creadas parcialmente con rasgos o características de un patrón real –el menor o incapaz- identificable.

En consideración a estas formas y características, se ha elaborado una nueva definición de pornografía infantil:

Pornografía infantil es “toda representación, por cualquier medio de comunicación, de un niño o niña menor de 18 años de edad, o con aspecto de niño o niña, involucrado en actividades sexuales reales o simuladas, de manera explícita o sugerida, con cualquier fin. El consentimiento por parte de los niños y las niñas para participar en pornografía no es válido, de acuerdo con lo establecido en la normativa internacional”

Estas referencias permiten establecer que la pornografía infantil constituye, de hecho, una modalidad de explotación sexual en la cual se

abusa sexualmente de los niños y niñas vulnerando sus derechos humanos a la dignidad, a la igualdad, a la autonomía y al bienestar físico y mental para obtener gratificación sexual, ganancias financieras o logros personales. La pornografía es una industria que suele estar relacionada con negocios basados en la violencia, la venta de sustancias ilegales, la producción y comercialización de artículos y juguetes sexuales, y otras formas de explotación sexual como la prostitución y, en el caso de los niños y niñas, el constreñimiento, inducción y estímulo a la prostitución, el turismo sexual y la trata de personas. En él participan:

• Los productores
• Los intermediarios
• Los difusores y distribuidores
• Los consumidores del producto final

En este marco, es posible clasificar la pornografía infantil de múltiples formas, siendo las más conocidas:

a) Según los materiales o contenidos

• Pornografía leve o suave: en este tipo de pornografía no hay actividad sexual explícita pero implica imágenes desnudas, “seductoras e insinuantes” de niñas, niños o personas con aspecto de niños, niñas y adolescentes. Incluye la exhibición de estos en distintas posturas eróticas, pero no su participación en ningún comportamiento explícitamente sexual.

• Pornografía dura o fuerte: consiste en la exhibición de acceso carnal, actos sexuales explícitos, o ambos, en los que participen niños, niñas, adolescentes o personas con indicios de ser menores de 18 años .

b) Según el fin:

• Pornografía comercialmente producida con fines de lucro.
• Pornografía producida para ser circulada e intercambiada.

• Pornografía utilizada con otros fines delictivos (chantaje, trata, etc.).
• Pornografía producida para consumo exclusivamente personal, entre otros.

2.1.2. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN INTERNET.

La pornografía infantil se ha diversificado y perfeccionado en la actualidad, no sólo por los avances tecnológicos en cámaras digitales y aparatos de video, sino gracias al ingenio y a la creatividad de pervertidores y pornógrafos que a través de sugestivos portales de Internet ofertan de manera gratuita u onerosa páginas electrónicas con este contenido. Así, la tecnología informática plasmada en Internet se ha convertido en un recurso muy importante para la producción, difusión, circulación, comercialización, acceso, posesión y acumulación de pornografía infantil.

Algunas de las formas utilizadas para la pornografía infantil por Internet son:

• Visual: En esta se incluyen las fotografías, vídeos, películas y tiras cómicas.

En esta última el dibujo es utilizado para representar escenas sexuales con niñas y niños, acompañados de textos cuyo argumento central es siempre el sexo y la violencia. En general, las niñas y adolescentes son diagramadas con cuerpos de mujeres adultas. Muchas de estas tiras cómicas describen abusos sexuales a niños, niñas o adolescentes o seducciones de niños, niñas o jóvenes a personas adultas o a otros menores de edad.

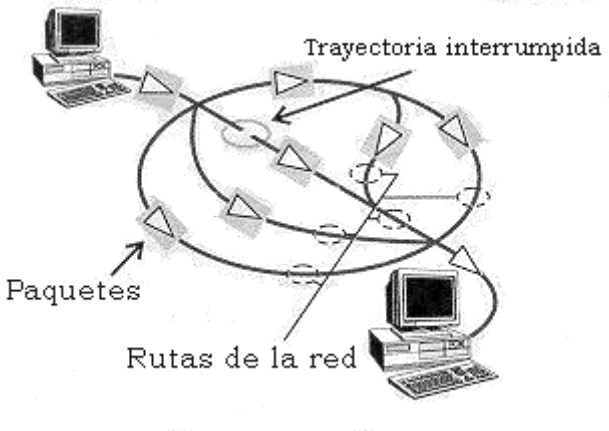
• Audio: En este tipo de pornografía se incluyen los messengers, audio-chats, y vídeo-chats, entre otros, con sonidos que sugieren actividad sexual que involucra a niños, niñas o adolescentes, o personas con voz o imágenes de niños o niñas.

• Texto: Pueden ser relatos, reportajes o testimonios. Muchos de estos se enmarcan en “Cartas de nuestros lectores” o “e-mails o correos electrónicos de nuestros visitantes”, los cuales son enviados a la página de Internet relatando experiencias propias, dando la apariencia de ser situaciones vividas Pedofilia: (Parafilia) Implica la actividad sexual con niños, niñas, o ambos” .

2.1.2.1. DEFINICION Y MECANISMOS DE INTERNET

La Internet es “un sistema mundial de redes de computadoras, por medio del cual un usuario de cualquiera de ellas puede acceder a la información brindada, a su vez, por cualquiera de las computadoras conectadas a la red. Es una "red de redes", es decir, una red que no sólo interconecta computadoras, sino que interconecta redes de computadoras entre sí. Una red de computadoras es un conjunto de máquinas que se comunican a través de algún medio (cable coaxial, fibra óptica, radiofrecuencia, líneas telefónicas, etc.) con el objeto de compartir recursos.

“De esta manera, Internet sirve de enlace entre redes más pequeñas y permite ampliar su cobertura al hacerlas parte de una "red global". Esta red global tiene la característica de que utiliza un lenguaje común que garantiza la intercomunicación de los diferentes participantes; este lenguaje común o protocolo (un protocolo es el lenguaje que utilizan las computadoras al compartir recursos) se conoce como TCP/IP” .



Los recursos o medios de Internet utilizados para la difusión de información y material virtual son los siguientes:

a) Correo electrónico (E-mail)

Aplicación que permite enviar mensajes a otros usuarios de la red sobre la que está instalada. En Internet, el correo electrónico permite que todos los usuarios conectados a ella puedan intercambiarse mensajes. Los programas cliente de correo electrónico incluyen diversas utilidades, normalmente acceso integrado a los servidores de news, y posibilidad de adjuntar todo tipo de archivos a los mensajes.

b) Canales de Chat

Sistema que permite la comunicación en tiempo real entre dos o más usuarios de Internet. “Ésta es una de las herramientas que funcionan sobre el modelo cliente/servidor, de modo que los usuarios de chat se conectan a un servidor mediante un programa cliente para establecer sus comunicaciones. Existen muchos programas para chat. En su forma básica, el chat consiste en texto que va apareciendo en las pantallas de los usuarios conectados a medida que es remitido al servidor, pero actualmente existen aplicaciones que permiten la conversación con audio y video incluidos, así como la interacción con personajes virtuales de dos o tres dimensiones” .

c) Sitio Web

Son archivos basados en el lenguaje HTML, que constituyen una unidad de información accesible a través de la World Wide Web, mediante un programa navegador alojado en la máquina del usuario. Su contenido puede incluir textos, gráficos, sonidos y material multimedia interactivo.

d) Comunidades virtuales

Son definidas como conjuntos de personas reunidas por un interés común, que mantienen su relación a lo largo del tiempo utilizando Internet

para comunicarse. Hoy en día es muy fácil crear una comunidad virtual, ya que son muchos los sitios web que proveen ese servicio en forma gratuita. Principalmente como forma de atraer usuarios y hacerles llegar su publicidad. Los usuarios de una comunidad virtual pueden dejar mensajes y o archivos a los que puede acceder cualquiera de sus integrantes. Esos archivos pueden ser imágenes, videos, animaciones, etc.

e) Programas P2P

Los programas P2P permiten el intercambio de archivos a través de Internet, directamente desde el disco rígido de los usuarios, sin intermediarios y en forma gratuita. Estos nuevos programas se conocen en general como programas P2P.

2.1.2.2. PORNOGRAFIA INFANTIL EN LA RED DE REDES.

La Internet representa un espacio ideal para el delito en tanto bienes jurídicos como la intimidad y la indemnidad sexual de la infancia pueden quedar fácilmente expuestas a un intenso menoscabo originado por conductas amparadas en el anonimato que ofrece y posibilita la red. Un sitio web puede acoger casi todo tipo de obras reproducibles como fotografías, animación, textos, música, etc, medios por los cuales se puede difundir pornografía infantil.

Con el desarrollo de Internet, las personas pueden obtener pornografía infantil con solo prender su computadora personal y conectarse a Internet. Existen varias formas de utilización de esta modalidad de pornografía, como encontrar páginas Web con contenido sexual explícito, el correo electrónico, los chats o conversaciones en línea, incluso se pueden observar y “bajar” actos sexuales en vivo, a los cuales tienen acceso cualquier persona a través de la Internet.

La Internet ha dado lugar a que las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se multipliquen a través de diferentes

procedimientos como el escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de imágenes o vídeos. Estas nuevas formas de difusión y tráfico de pornografía infantil pueden ser llevadas a cabo desde el anonimato que proporciona Internet. El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el "ciberespacio" intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil.

“Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente son cada vez más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los *anonymous remailers*, que permiten el envío de correos electrónicos sin remitente; los *remailers* suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente” .

El Derecho Penal ha sido utilizado para la prevención y castigo de esta actividad que daña valores y bienes jurídicos de la niñez y adolescencia reconocidos por las normas de Derecho Internacional del Niño y cada una de las normativas correspondientes a los países que han suscrito la Convención Sobre los Derechos del Niño y el Protocolo.

2.2. EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET

El tratamiento jurídico de la pornografía infantil en Internet es complejo y nada sencillo. Se ha generado un tratamiento penal que establece la responsabilidad en quienes producen, difunden y comercializan pornografía infantil mediante la Internet. Este tratamiento esta plasmado en las normas penales de muchos países.

El tratamiento de los que acceden, obtienen y acumulan pornografía infantil a través de Internet, no es claro y tiene una escasa legislación, de igual modo que el tratamiento de los que proveen y prestan servicios de Internet que hace posible que se acceda, obtenga y acumule dicho material. Para estos existe un régimen de extensión de responsabilidad civil y penal.

2.2.1. PENALIZACION DE LA PRODUCCION, DIFUSION Y COMERCIALIZACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL MEDIANTE INTERNET.

Las legislaciones de muchos países del mundo establecen la responsabilidad penal por la producción, difusión y comercialización de pornografía infantil.

En este marco, se ha establecido que una buena normativa sobre el punto debe sancionar estas conductas:

- Producción
- Divulgación
- Exhibición
- Distribución (comercial o gratuita)
- Publicidad
- Importar o exportar
- Posesión

Lo que se debe comprender a cabalidad es que detrás de una foto pornográfica con niños hay un sin número de derechos de los niños que han sido violentados, entre los muchos derechos vulnerados se pueden citar los siguientes:

- Derecho a la integridad personal
- Derecho a la imagen
- Derecho a la dignidad
- Derecho al desarrollo personal

- Derecho a un normal crecimiento y evolución

No se cita la autonomía sexual como bien jurídico protegido, porque de ser éste el bien objeto de protección o vulnerado sólo se podría prohibir la violencia ejercida o intimidación para el ejercicio de actos sexuales, pero si se quiere prohibir la realización de actos sexuales con niños/as y adolescentes, aún con el consentimiento de la víctima, la autonomía o libertad sexual es insuficiente.

Muñoz Conde señala al respecto: “El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por Ej. menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Actualmente, en nuestro ámbito de cultura existe una especia de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual.”([20])

En el caso de la pornografía infantil en Internet es necesario reafirmar la diferencia que establece el derecho Penal entre objeto material y objeto jurídico.

a) El objeto material es persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se coloco a dicha persona o cosa. Cuando se trata de una persona, esta se identifica

[20] . MORILLAS, obra citada, pagina:136

con el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica como, por ejemplo, el homicidio, las lesiones y la difamación. En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito. Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, aguas, etc.

En el caso de la pornografía infantil en Internet el objeto material pueden ser los niños, niñas y adolescentes que son victimas en la producción de material pornográfico. Cuando estos son obligados o convencidos para participan en actos obscenos que son filmados en material digital que posteriormente es depositado en soportes informáticos para ser difundidos y comercializados a través de Internet. En ese proceso, los niños, niñas y adolescentes victimas se convierten en el objeto material de la acción criminal, que puede generarles diversos daños que afectaran a su integridad física y emocional e incluso la muerte. Sin embargo, en este tipo de pornografía los niños, niñas y adolescentes no siempre son el objeto material de la acción delictiva.

En efecto, los avances de la tecnología informática permiten prescindir de la presencia material o física de las victimas ya que los productores de pornografía infantil pueden utilizar fotografías de niños, niñas y adolescentes y manipularlas digitalmente, es decir, sobreponer estas imagines en situaciones de pornografía infantil en fotografías, por ejemplo, la "pornografía infantil técnica" , que es la alteración de imágenes de adultos que participan en actos sexuales para que parezcan menores; la "Pseudopornografía Infantil", que es la realización de fotomontajes con imágenes de menores para asemejarlas a actos sexuales, que al contener imágenes reales de menores agravan el delito; y la "Pornografía Virtual" o la exhibición de contenidos sexuales a través de representaciones virtuales, como dibujos animados, que impliquen una referencia implícita o explícita a menores de edad en actos sexuales.

En ninguno de esos casos se puede identificar a la victima como objeto material ya que no existen niños, niñas o adolescentes de carne y hueso que hayan sido reducidas en victimas. Ello, sin embargo, no significa la violación de bienes jurídicos, razón por la cual es necesario hacer referencia al objeto bien jurídico.

b) **El objeto jurídico del delito** es el interés jurídicamente tutelado por la ley. El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos como la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio homicidios en razón del parentesco o relación con lo cual pretende proteger la vida humana. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. En razón a esto, el Derecho Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídico tutelado). Por eso, los códigos penales de cada país agrupan a los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado.

Este es el sentido sobre el cual se funda y debiera basarse el enfoque penal de la pornografía infantil en Internet. En efecto, la pornografía infantil difundida en Internet viola o daña bienes jurídicos correspondientes no solo a los niños, niñas y adolescentes que hayan sido obligadas o convencidas a participar en la producción de ese material, sino también, a bienes jurídicos correspondientes a la niñez y adolescencia, en general. Estos bienes son los que se describen a continuación.

1) La libertad sexual.

La libertad sexual es entendida “como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad. Cuando se encuentran ausentes de la estructura psíquica del sujeto el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para ejercer libre y espontáneamente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela el pudor sexual” .

Este bien jurídico debe ser protegido independientemente de la edad, minoridad o estado de incapacidad del sujeto pasivo, la víctima de pornografía infantil, en este caso. Considerado como bien jurídico, la libertad sexual, la pornografía infantil vendría a ser un acto de naturaleza sexual contra o sin la voluntad de la parte conformada por las víctimas, sean estos niños, niñas o adolescentes. “El principal inconveniente achacado a esta concepción gira en torno al ya comentado problema de los menores e incapaces pues difícilmente se puede proteger su libertad sexual si no la pueden ejercer efectivamente, ya sea porque carecen de los presupuestos cognitivos o volitivos para ello, ya sea porque, aunque los poseen, todavía no tienen jurídicamente reconocidos”. ([21]).

Frente a ese problema se ha establecido que la protección de la libertad sexual en el campo de la pornografía infantil debe entenderse como la “prohibición de la intromisión de los adultos en el mundo de los menores en condiciones que quepa reputar lesivas para el desarrollo de la personalidad del menor” (Morillas, 2005:138) .

En este sentido, la protección del bien jurídico libertad sexual en el caso de los menores está referida principalmente a garantizar no la libertad sexual propiamente dicha, sino, la seguridad del menor frente a las conductas que afecten su desarrollo psicológico y físico normal, de tal modo, que el bien jurídico que resulta ser protegido es el desarrollo de la personalidad del menor.

Considerando esta opinión, la libertad sexual de querer seria la posibilidad o capacidad de la persona de orientar su voluntad hacia un objetivo, es la aptitud de decidir sin ser obligado. La libertad sexual de obrar es tener la posibilidad de realizar u omitir una acción sexual que se tiene voluntad de realizarla o no hacerla, sin que interfiera un tercero no autorizado. Por eso, la pornografía infantil

[21] MORILLAS, obra citada, pagina:136

En el caso de la pornografía infantil, las niñas, niños y adolescentes no tienen la capacidad o voluntad de orientar su voluntad hacia los objetivos que implica esta acción. Tampoco tienen la posibilidad de realizar acciones de pornografía infantil, sin que interfiera un tercero, que es el promotor de la acción. Es por ello que, la pornografía infantil no es una acción propia de los menores, más bien, es una acción en la que siempre interviene un tercero.

Por eso, se ha establecido que en la pornografía infantil no es posible asumir que un niño o niña elige voluntariamente esta condición. La connotación de voluntariedad de los niños y niñas en el ejercicio de esta actividad se descarta, y se localiza la responsabilidad en el tercero que se beneficia, es decir, en quien induce, constriñe o estimula; el niño y la niña son asumidos como víctimas.

En consecuencia, en la pornografía infantil no debiera hacerse referencia a la libertad sexual, por cuanto, las niñas, niños y adolescentes carecen de libertad sexual de obrar y de voluntad. Sin embargo, el Código Penal de Bolivia incluye la pornografía infantil entre los delitos contra la libertad sexual.

2) La dignidad de niños, niñas y adolescentes como persona humana

Otro bien jurídico protegido frente a la pornografía infantil es la dignidad de la persona humana y los derechos que se derivan de esta condición. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute y protección. Tienen derecho a la libertad, a la dignidad, a la identidad en todas sus dimensiones, y al respeto como personas sujetos titulares de todos los derechos, reconocidos en la Constitución, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales, otras normas nacionales. El Derecho a la Dignidad establece que es deber de la familia, la sociedad y el Gobierno proteger la dignidad de niños, niñas y adolescentes impidiendo que sean sometidos a trato violento,

discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio, a prostitución, explotación sexual o a cualquier otra condición inhumana o degradante

La pornografía infantil lesiona el bien jurídico básico y fundamental de la dignidad en tanto implica un ataque explícito a la persona del niño, niña o adolescente, sometiéndolo a tratos humillantes o degradantes que producen ya sea placer o beneficios para los sujetos activos, hechos que tienen impactos sobre su normal desarrollo físico y psicológico.

3) La indemnidad o intangibilidad sexual.

Este bien jurídico hace referencia a la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas. Según Fuentes, “los términos de indemnidad o intangibilidad sexual hacen referencia a las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o como ocurre con los retardados mentales, nunca lo obtendrían. La protección de menores e incapacidad orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de su personalidad. En caso de los o las participantes sean adultos puedan decidir su libertad sexual y en caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusan de su situación”.

La indemnidad o intangibilidad sexual implica que existen comportamientos dentro de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de esa libertad. Las niñas, niños y adolescentes e incapaces mentales, están incluido en este tipo de victimas, razón por la cual, en el tratamiento legal y judicial de la pornografía infantil no debe hacerse referencia a la libertad sexual. El delito de pornografía infantil busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo física o psíquico normal de las personas.

2.2.2. FALTA DE TRATAMIENTO JURIDICO DEL ACCESO, OBTENCION Y ACUMULACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

El tratamiento jurídico de la producción, comercialización y difusión de pornografía infantil mediante Internet esta claro. No ocurre los mismo con el caso del acceso, obtención y acumulación de pornografía infantil a través de este mismo medio de comunicación. El Derecho Penal establece normas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia frente a la pornografía infantil difundida en Internet, considerando la defensa de los bienes jurídicos, la tipificación, culpabilidad y otros elementos del tipo penal de pornografía infantil en Internet, que se describen en este punto.

Si bien acceder a la pornografía infantil mediante Internet, e incluso la obtención de este material y su acumulación, podría ser considerado como conductas que no lesionan bienes jurídicos de personas naturales, en este caso niños y adolescentes; sin embargo, es necesario establecer alguna forma de regulación jurídica al respecto.

Permitir que las personas libremente y sin restricción alguna accedan, obtengan y acumulen pornografía infantil mediante el uso de Internet puede significar establecer un precedente o las condiciones para acciones criminales contra la niñez y adolescencia en tanto que esta situación puede estimular a la comisión de delitos contra niños y adolescentes.

Al respecto ni la legislación ni la doctrina han logrado estructurar un tratamiento jurídico compartido. Existen posturas dirigidas a penalizar la simple posición de pornografía infantil, también hay posturas que se oponen a ello alegando que se trataría de mellar la libertad de expresión.

La discusión en torno a la posesión de material pornográfico infantil estriba ante un conflicto de intereses o de derechos consagrados en un mismo cuerpo legal, lo cual; obliga al operador jurídico hacer una ponderación. Frente al conflicto de derechos o de bienes jurídico tutelados, por ejemplo

entre la libertad e intimidad de las personas adultas y la tutela de los derechos del niño, se debe estar por la primacía del interés del niño, es decir; por la tutela de los derechos del niño.

2.2.3. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS QUE HACEN POSIBLE EL ACCESO, LA OBTENCION Y ACUMULACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

La pornografía infantil en Internet tiene como su punto de partida a quienes la producen y la envían a través de este medio. Otro participante esta conformado por las empresas proveedoras y los prestatarios de servicios de Internet (los cafés y otros lugares o instalaciones que alquilan computadoras conectadas a la red). Sin estos intermediarios, no seria posible el depósito, la circulación, el acceso y la obtención de pornografía infantil. La legislación y la doctrina no establece ninguna responsabilidad para los proveedores y prestatarios de servicios de Internet en materia de pornografía infantil difundida a través de este medio. El principal argumento de esta exclusión de la esfera de responsabilidad de los proveedores y los prestatarios es que ambos no son los productores directos de la pornografía infantil, este material es un contenido ajeno a los mismos.

“Se utiliza la expresión de responsabilidad por contenidos ajenos, para referirse a situaciones donde los contenidos a los cuales se alude son ajenos a los proveedores en la medida en que estos no son los que han tomado la iniciativa de colgarlos en su servidor -esa prestación se dio a raíz de una solicitud de un cliente- que está a la disposición de cualquier usuario de Internet. Estos contenidos de terceros calificados de “ajenos” pueden ser legales o ilegales” .

La responsabilidad civil se refiere a los daños y perjuicios que los proveedores de acceso y servicios en Internet podrían haber contribuido a provocar mientras transmitieron, almacenaron o proveyeron acceso a

contenidos de terceros (ajenos) ilegales, es decir mientras actuaban como intermediarios al desempeñar sus funciones como operadores en la red de Internet.

En cuanto a la responsabilidad penal, tampoco se establece la misma para los proveedores y prestatarios de servicios de Internet, por considerar que al proveer acceso a contenidos de terceros (ajenos) ilegales, transmitirlos o almacenarlos, prestaciones que son propias de sus actividades comerciales, cometieron algún acto delictivo.

De esta forma, la doctrina y la legislación ha proporcionado a los prestadores y prestatarios de servicios de intermediación una cobertura jurídica que impide que sean declarados responsables por los contenidos ajenos que circulan por sus redes o se alojan en sus servidores como es el caso de la pornografía infantil. “Esta cobertura, que se establece en forma de exenciones de responsabilidad, alcanza determinados supuestos de hecho. Concretamente, se concede la exención –siempre que se cumplan los oportunos requisitos para los servicios de intermediación consistentes en la mera transmisión de datos o la provisión de acceso a la Red, en el almacenamiento de información o *hosting*, en la realización de copias temporales o *caching*, y en la provisión de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.”

El sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet, establece que los prestadores de *servicios de Internet* que actúan como intermediarios posibilitan que los contenidos (de terceros) circulen, se alojen y sean accesibles en la Red, de modo que hacen de puente entre quienes generan o editan tales contenidos y quienes acceden a los mismos.

El hecho de que los contenidos que se transmite o almacena mediante Internet hayan sido proporcionados por terceros, esto es, que sean contenidos ajenos, resulta esencial desde el punto de vista de la exención de responsabilidad. Así, cuando el prestador de servicios coloca en la

Red, o transmite, contenidos propios, la exención de responsabilidad pierde su razón de ser. En efecto, la exención se funda en que el prestador del servicio de intermediación no ha tenido parte ni en la creación ni en la decisión de transmitir o de hacer accesibles los concretos contenidos ilícitos y potencialmente dañinos. A ello se añade la idea de que no le es técnicamente posible, o bien le resulta excesivamente costoso, supervisar lo que circula por sus redes o se aloja en sus servidores, con lo que normalmente ni siquiera tendrá conocimiento de los contenidos específicos, y aún menos de su carácter lícito o ilícito.

“Con frecuencia se ha entendido que para imputar responsabilidad no es suficiente que la actuación del agente haya constituido un factor causal *sine qua non* en relación con la aparición del resultado dañoso. Sería necesario, además, que el daño fuera *previsible*, esto es, que el agente, a la vez de llevar a cabo su acción u omisión, pudiera prever (tuviera la posibilidad razonable de prever) los resultados dañosos –considerados en abstracto– que podrían llegar a derivarse de su actividad. Unos daños, naturalmente, que la víctima no tuviera obligación de soportar, ya que en otro caso no habría lugar a la exigencia de una reparación. Con este requisito jurisprudencial de la previsibilidad del daño, el agente no deberá responder de aquellos daños que superen los límites de lo que era razonable prever, a pesar de que su actuación haya constituido uno de los elementos necesarios del conjunto de circunstancias que hacen posible el daño, es decir, a pesar de que entre su acción u omisión y el daño exista materialmente una relación de causalidad” .

En este marco, también se establece que el agente sólo podrá ser considerado responsable cuando haya desplegado una actividad que constituya *causa adecuada* para la producción del daño, entendiendo por tal aquella acción u omisión que con gran probabilidad producirá un daño sin necesidad de particulares alteraciones inesperadas del curso causal. Así, sólo quien puso en marcha una *causa adecuada* deberá responder del daño, mientras que no deberán responder de él los agentes de las

demás concausas, que, a pesar de ser *sine qua non* en el caso concreto, no resultan abstractamente y *ex ante* adecuadas para ocasionar el daño.

En consecuencia, no toda relación de causalidad resulta idónea para cubrir el requisito de la existencia de nexo causal que nuestro sistema exige para imputar responsabilidad, ya que en cada caso deberá valorarse si la causa que se examine es adecuada o suficiente para llenar tal requisito. Por lo demás, se debe señalar que aun cuando en efecto la causa se repute adecuada, será preciso que concurran también el resto de requisitos que el ordenamiento exige para que nazca la obligación de resarcir a cargo del agente.

Estas son las razones que esgrime la doctrina para establecer un régimen de ausencia de responsabilidades ya sea civil o penal para los proveedores y prestatarios de servicios de Internet, mediante los cuales los individuos pueden acceder, obtener y acumular pornografía infantil y de este modo dañar constantemente la dignidad de la niñez y adolescencia.

El régimen de exención de responsabilidades para los proveedores y prestatarios de servicios de Internet, determina que estos no podrán ser considerados responsables de los datos transmitidos porque:

a) No han originado la transmisión de los materiales o contenidos de pornografía infantil;

b) No han seleccionado al destinatario de la transmisión, y

c) No han seleccionado ni modificado los datos transmitidos.

El primero de los requisitos exige que el prestador del servicio "no haya originado él mismo la transmisión". Es evidente que debe entenderse en el sentido de que el prestador del servicio no debe haber sido quien haya tomado la iniciativa de realizar la transmisión concreta. Esta decisión la

toma el destinatario del servicio, esto es, la persona que suministra los datos y solicita que sean transmitidos. Ciertamente, el prestador del servicio lleva a cabo la transmisión, pues no en vano presta precisamente el servicio de transmitir, pero lo hace a solicitud del destinatario de dicho servicio, y en este sentido cabe afirmar que no origina él la transmisión.

La exención de responsabilidades por los contenidos que se incorporan y circulan por Internet, a los proveedores y prestatarios de servicios de Internet es uno de los factores que determina el libre acceso a la pornografía infantil en Internet. Otro factor es la prohibición de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios de intermediación una obligación general de supervisar los contenidos.

Los proveedores y los prestatarios de servicios de Internet no tienen la obligación de controlar los contenidos que circulan por la red de redes. No están obligados por norma alguna a revisar y controlar estos contenidos. El estado no ha impuesto esta obligación, razón por la cual, nadie controla los contenidos nocivos como la pornografía infantil.
El control directo sobre los autores materiales para ser descubiertos y perseguidos como autores resulta complejo en Internet por las siguientes razones:

--El anonimato de los sujetos que depositan pornografía infantil.
-- La suplantación de identidades ajenas que hacen los mismos
--La multiplicidad y dispersión de accesos que tiene Internet.

Bajo estas dificultades se abre la posibilidad de acudir a los prestadores de servicios --como intermediarios imprescindibles y se les pide implicación, imponiéndoles ciertas obligaciones (retención de datos, bloqueo de la información, etc.)

Es así que se abre 2 posibilidades para establecer un marco regulatorio en materia de acceso a la pornografía infantil:

a) La autorregulación

De entre las medidas adoptadas hasta la fecha en nuestro entorno debemos destacar dos ámbitos que se corresponden por un lado con la propia autorregulación del sector en nuestro país y por otro la acción impulsada por las instituciones comunitarias en coordinación con los estados miembros de la Unión Europea.

En el marco de la autorregulación destacar dos códigos de autorregulación, uno para la publicidad en Internet promovido por la Asociación de Autocontrol de la Publicidad y otro para los Proveedores de servicios de Internet , mediante el Código Deontológico de los Proveedores de servicios de Internet de la Asociación Multisectorial de Empresas de Electrónica (ASIMELEC), que recientemente se ha depositado en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Ambos Códigos de asunción voluntaria para los asociados de cada una de estas entidades pero de aplicación extensiva para aquellos terceros que los asuman voluntariamente, abren por un lado el desarrollo de una serie de pautas de conducta o comportamiento y la vía de resolución de conflictos para el supuesto de presuntos incumplimientos del código y de las exigencias en él contenidas.

En el caso del Código de Autorregulación Publicitaria en Internet, el foro para la resolución de los conflictos que se pudieran suscitar, es el propio Jurado de la AAP, con dos casos vistos hasta la fecha, en menos de un año de vigencia.

El Código Deontológico de los Proveedores de servicios de Internet de ASIMELEC no sólo prevé un órgano “sui generis” creado por el propio Código para la resolución de los conflictos que en su aplicación se pudieran dar, sino que reconoce la figura del depositario del mismo, el cual vela por su aplicación, elabora informes periódicos de seguimiento del mismo. La propia ASIMELEC, solicitó de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la aceptación de que asumiera ser la depositaria

de su Código, lo cual fue resuelto favorablemente por su Consejo mediante Resolución de 6 de julio de 2000 .

La Resolución de la CMT, que recalca que dicha aceptación no es ningún caso en menoscabo de las competencias que le son propias legalmente abre nuevas vías para los casos de no resolución de los conflictos en el marco del propio Código las cuales se pudieran resolver mediante el arbitraje que por Ley se le reconoce a la CMT como regulador de este mercado de servicios, por la Ley 12/1997, de Liberalización de las telecomunicaciones.

b) La obligación administrativa de incorporar mecanismos de software para el bloque de los contenidos nocivos como la pornografía infantil.

La Unión Europea, a través de su Consejo ha impulsado una serie de medidas de cara a los Proveedores de Servicios de Internet (PSI) para el conocimiento y posterior control por las autoridades competentes sobre contenidos, en la lucha contra los contenidos ilícitos o perjudiciales para la infancia y la juventud en Internet .

La decisión del Consejo de la Unión Europea establece que los Proveedores de servicios de Internet deberán:

a) Informar a las entidades competentes acerca del material de pornografía infantil del que hayan recibido información o tengan conocimiento y que se difunda a través de ellos;

b) Retirar de la circulación el material de pornografía infantil del que tengan conocimiento y que se difunda a través de ellos, salvo que las autoridades competentes dispongan otra cosa;

c) Conservar los datos de tráfico, cuando haya lugar y sea técnicamente viable, durante todo el tiempo especificado en la ley nacional aplicable, a fin de que estos datos estén disponibles para su inspección por parte de

las autoridades policiales de conformidad con las normas de procedimiento aplicables;

d) Crear sistemas propios de control destinados a combatir la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material pornográfico infantil.

Sin menoscabo de lo anterior, la recientemente aprobada Directiva de Comercio Electrónico establece que un proveedor que se limite a facilitar la transmisión de los datos no será responsable de los contenidos transferidos siempre y cuando no haya originado él mismo la transmisión; no seleccione al destinatario de la misma; y no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

“En el caso de que el servicio prestado sea de almacenamiento de datos el prestador de servicios no será considerado responsable de los contenidos almacenados a petición del destinatario, siempre que:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que,

b) En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

Esta posición de la Unión Europea, viene a refrendar una actitud que sin llegar a volcar en los Proveedores de Servicios de Internet la responsabilidad que se derivaría de una policía delegada, si de corresponsabilidad en la vigilancia de los contenidos audiovisuales en Internet susceptible de ser considerados ilegales. Esta es la tendencia de la regulación sobre los contenidos audiovisuales en Internet en su conjunto.

c) Los mecanismos o filtros para bloquear el acceso a la pornografía infantil en Internet.

Los filtros o sistemas de filtrado de información son programas o herramientas virtuales que se instalan en el PC y restringen el acceso a según qué páginas a través del explorador de Internet. Sus principales funciones podrían ser:

• Guardar una relación de las páginas visitadas por los niños, lo cual facilita el seguimiento a los padres.

• Restringir páginas atendiendo a una relación de palabras clave configuradas, de forma que el menor no pueda acceder a las páginas que contengan esas palabras.

• Evitar el acceso a páginas web por su contenido. Portales con temática pornográfica, vinculada a las drogas o delictivas podrían ser objeto de este tipo de filtros.

Tales son los principales elementos del marco teórico referencial de la presente investigación.

CAPITULO III.
LEGISLACION SOBRE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET
(MARCO JURIDICO)

Las formas de contribuir al control del acceso, obtención y acumulación de pornografía infantil en Internet que se han establecido en el marco de la doctrina, han sido incorporadas en la legislación de muchos países en el mundo, es decir, cada vez mas Estados y las empresas que proveen servios de Internet, obligan y se auto obligan (se autorregulan), respectivamente, a establecer mecanismos

técnicos de bloque de pornografía infantil, lo cual no ocurre con la legislación nacional, como se constata en este capitulo.

3.1. LEGISLACION SOBRE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

Los datos disponibles indican que la pornografía infantil en Internet va en ascenso y adquieren diversas formas complejas. Ante esa realidad, los organismos internacionales han realizado iniciativas para la represión y el establecimiento de marco jurídicos de la pornografía infantil en Internet.

3.1.1. LEGISLACION INTERNACIONAL

Según la Organización Rainbow Phone, entidad orientada a la defensa de niños, con sede en Roma, Italia, "más de dos millones de niños y niñas en el mundo son tratados como mercancías. Aproximadamente el 35% de los consumidores de pornografía infantil en Internet termina poniendo en práctica lo que ve en estos contenidos. Se estima que en la Internet existirían unas 5 millones de páginas, las cuales promocionan o distribuyen material pornográfico infantil. De éstas, aproximadamente 2 millones son gratuitas. El resto, el 60%, son accesibles mediante el pago de cuotas (un promedio de pago mensual de 20 a70 euros)"().

Cada día son diseñadas alrededor de 500 páginas Web nuevas, las cuales contienen cientos de miles de archivos con pornografía en la que se utiliza a niños y niñas de entre 0 a 13 años. Día a día, se abren foros en todos los idiomas, por medio de los cuales se intercambian estos archivos o, como ahora sucede, tan sólo correos entre pedófilos y pederastas, para luego utilizar dichos contactos en la creación de redes de intercambio interno más fluido y de manera más impune.

Respecto a la cantidad de material pornográfico infantil en la Internet, se calcula en más de 6 millones de fotografías diferentes. "Sólo la Policía británica

especializada en la lucha contra la Pornografía infantil cuenta con una base de más de 3 millones de fotos. A esto se suman los vídeos, relatos y otros modos de pornografía infantil. Estados Unidos es el mayor productor de pornografía en Internet, le sigue Corea de Sur, y en Latinoamérica Brasil es el país más afectado" ([22]).

Los delitos relacionados con distribución, difusión y venta de pornografía infantil en Internet sobrepasan el 50% de los delitos cometidos en la Red. Así se indicó en la XVII Reunión del grupo de policía internacional, INTERPOL, especializado en dicho problema. En el año 2005 se calculó un incremento del 70 % de sitios pederastas comparado con el año anterior, según los informes policiales recopilados de todo el mundo por la organización Rainbow Phone.

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

El artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, donde se estipula que "los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo".

El Centro Internacional para Niños Perdidos y Explotados, en colaboración con la Interpol, trabaja para crear un Centro Internacional de Recursos (IRC) para tratar los asuntos relacionados con la pornografía infantil, uno de los cuales es

[22] . Rainbow Phone, 2006: pagina 3

precisamente la legislación contra la pornografía infantil. El IRC, programado para comenzar a funcionar en el año 2006, tiene su base en la Internet y contiene información pública y recursos investigativos privados para las distintas agencias de la aplicación de la ley. Entre las principales labores de este Centro esta el diseño de pautas de legislación más eficaces y adecuadas a la protección de la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes.

“El desarrollo y la promoción de “modelos de legislación” relacionados con la pornografía infantil, son fundamentales para el éxito del Centro Internacional de Recursos, así como para combatir con éxito los delitos de pornografía infantil en todo el mundo. Consecuentemente, el Centro Internacional para Niños Perdidos y Explotados llevó a cabo un proyecto de investigación con respecto a la legislación relacionada con la pornografía infantil actualmente en vigencia en los 184 países miembros de la Interpol, para lograr una mejor comprensión de las legislaciones existentes y para poder calibrar la posición de los asuntos en juego con respecto a los programas de la actividad política de cada país” ( ).

En el marco de la legislación internacional sobre la pornografía infantil, se ha elaborado un modelo base de ley que penaliza la pornografía infantil, su posesión y su distribución por cualquier medio.

En el artículo 1 de este modelo se establece que se entiende por pornografía infantil toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

El artículo 2 señala que el que filma, graba, reproduce, distribuye, exhibe, expone, publica, o realiza cualquier acto de producción o distribución ya sea para lucrar o de manera gratuita, a través de libros, revistas, imágenes visuales y/o audibles, o por medios electrónicos, magnéticos o por internet, o por cualquier otro medio, de material pornográfico en donde intervenga uno o mas menores de edad desnudos, semidesnudos y/o que mantengan u obliguen a practicar actos sexuales u otros análogos ya sean estas actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o de las partes genitales de un niño/a con fines

primordialmente sexuales, será castigado con pena privativa de libertad de cinco a diez años.

El artículo 3 indica que el que incite, induzca, comprometa, o persuada a uno o menores de edad a fin de ejecutar la conducta a que se refiere el artículo precedente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de ocho años. Cuando la víctima tenga menos de catorce años de edad la pena no será menor de cinco años ni mayor de doce años.

En su artículo 4 del modelo base se establece que se impondrá pena privativa de libertad de tres a seis años, a quien posea material pornográfico en el que se utilice la imagen de personas menores de edad en acciones o actividades pornográficas.

Finalmente el artículo 5 señala que la autoridad competente deberá proceder al decomiso de los productos y materiales de índole pornográfica para su total destrucción cuando éstas contengan como protagonistas a menores de edad.

3.1.2. LA LEGISLACION COMPARADA

El análisis de la legislación comprada reviste importancia para la presente investigación en 2 sentidos, primero, tanto las características de las legislaciones correspondientes a los países seleccionados constituyen un marco de comparación para identificar las deficiencias y limitaciones de la norma nacional, y segundo, los avances que han logrados esas legislaciones conforman una de las fuentes para la elaboración de la propuesta dirigida a mejorar la norma nacional.

La importancia del análisis de la legislación extranjera también tiene importancia por otras razones, como la tipificación de una conducta criminal que afecta a los niños, niñas y adolescentes, personas titulares de derechos propios consagrados por el Derecho Internacional del Menor. Si la incorporación de delito de pornografía infantil en las legislaciones nacionales busca proteger esos derechos comunes a todos los menores del mundo, la penalización de la

pornografía infantil debiera obedecer a un modelo legislativo único, por supuesto considerando algunas características de cada país. El crimen que implica la pornografía infantil tiende a internacionalizarse y atravesar fronteras, razón por la cual es importante analizar de qué forma los países tipifican la pornografía infantil.

a) La regulación jurídica de Internet en Estados Unidos de Norteamérica.

La *Communications Decency Act* (CDA) es un capítulo de una ley más amplia llamada la *Telecommunications Act* (1996) y constituyó el primer intento de las autoridades norteamericanas federales por regular la Internet y la televisión por cable. Internet fue sometido a una legislación incipiente para ese entonces. Desde una perspectiva histórica esta situación tenía sentido dado que no fue sino hasta la década de los años noventa que fuimos testigos del auge gradual de Internet a través de su masificación y de su apertura a usos comerciales.

Esta *Communications Decency Act* (CDA) tenía dos objetivos principales. El primero fue regular el acceso de las personas menores de edad a materiales obscenos e indecentes en Internet en un contexto marcado por el inicio de la explosión de este tipo de materiales en el ciberespacio. El segundo fue establecer una exención de responsabilidad civil para los proveedores de Internet (ISPs) por los contenidos que les eran remitidos por terceras personas (contenidos ajenos)427.

Si bien dos disposiciones de esa ley relativas al acceso de personas menores de edad a materiales indecentes fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1997, las disposiciones relativas al régimen de responsabilidad de los operadores de Internet siguen vigentes hoy en día428.

Según la sección 230 inciso (c) (1) de dicha ley, los proveedores de acceso y servicios en Internet no deben de ser considerados como editores *(publishers)*, es decir no deben ser responsables en lo civil por las faltas cometidas por terceros (personas ajenas) que usan sus servicios429. Esta sección ha sido interpretada por numerosas decisiones judiciales como que otorga una amplia

inmunidad a dichos operadores de la Red, por las faltas que cometen sus clientes cuando los usan como canales para transmitir o alojar contenidos430.

Cabe resaltar que según el inciso (e) (1) y (2) de la sección 230, tanto los delitos federales contra la propiedad intelectual como los que implican algún grado de responsabilidad penal no son cubiertos por esa exención. Lo que significa que un proveedor de acceso y servicios en Internet puede ser declarado penalmente responsable si una corte lo encontrase culpable de haber cometido un delito penal federal, que incluye los delitos relacionados con la explotación sexual de las personas menores de edad.

Adicionalmente, la legislación federal en los Estados Unidos impone a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la obligación de reportar la pedopornografía. En efecto, según dicha legislación estos operadores, cuando llegan a tener conocimiento de hechos o circunstancias que aparentemente implican una violación de las normas del Código Federal (*US Code*) relacionadas con la prohibición de la pedopornografía, deben reportarlos a la línea nacional *(hotline) Cyber Tip Line* administrada por el *National Center for Missing and Exploited Children*, el que a su vez, según el enunciado del mismo artículo, deberá remitir el caso a las autoridades.

Asimismo, en caso de no cumplir con ese deber, el proveedor podrá ser multado con una suma máxima de 50.000 dólares americanos si es la primera vez que irrespeta esta disposición y máxima de 100.000 dólares americanos en caso de que sea un comportamiento reincidente. Se debe poner de relieve que el mismo artículo en su inciso e) recalca que esta obligación de reportar no implica que los proveedores tengan una obligación general de monitoreo de las comunicaciones de sus usuarios ( ).

b) Marco jurídico de la pornografía infantil en Internet en países de América Latina.

En esta parte del mundo son muy pocos los casos de legislación que obliga a las empresas proveedoras de servicios de Internet a bloquear el acceso a la pornografía infantil en Internet.

- Argentina.

En algunas provincias del Estado Federal de Argentina, como Buenos Aires se impone a los establecimientos que ofrezcan al público el uso de Internet, la obligación de contar con filtros en sus computadoras para que impidan el acceso a sitios pornográficos de personas menores de edad. De esta forma, se impide un acceso libre a este material, a fin de proteger la dignidad humana de la Niñez y Adolescencia.

- **Colombia.**

En Colombia se establece por medio del Decreto 152, de fecha 24 de julio de 2002, reglamenta la Ley 679, cuyo objeto es la de dictar medidas de protección contra la explotación sexual, la pornografía y el turismo sexual. Así el Decreto en su artículo 1° define su objeto, como el de establecer medidas técnicas y administrativas destinadas a prevenir el acceso de menores de edad a cualquier modalidad de información pornográfica contenida en Internet o en las distintas clases de redes informáticas a las cuales se tenga acceso mediante redes globales de información.

El caso colombiano es el mas destacado de medidas de bloqueo de las paginas y sitios que contienen pornografía infantil. Este país mediante la Ley 679 del 3 de Agosto de 2001, expide un Estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores de edad.

En este marco, los proveedores de acceso a Internet (ISP''S), los proveedores de contenido de Internet(CSP''s), los proveedores de servicios de alojamiento y las demás empresas que suscriben el presente Código, suscribieron el compromiso de no incluir en su propio material, en modo de imágenes o videos, textos que contengan pornografía infantil. También se comprometen a denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto criminal en contra de los

menores de edad, incluso la difusión de material pornográfico asociado a menores de edad.

Esta ley se expidió en desarrollo del artículo 44 de la Constitución Política y su objetivo primordial es dictar medidas preventivas y sancionatorias con el propósito de proteger a los menores de edad de la explotación y el abuso sexual y propender por un desarrollo integral y sano de los mismos.

Conforme con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Ley 679 de 2001, dicha ley se aplica a las personas naturales y jurídicas de nacionalidad colombiana, o extranjeras con domicilio en el país, cuya actividad u objeto social tenga relación directa o indirecta con la comercialización de bienes y servicios a través de redes globales de información.

El artículo 6º de la Ley 679 de 2001 dispone que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, promoverá e incentivará la adopción de sistemas de autorregulación y códigos de conducta eficaces en el manejo y aprovechamiento de redes globales de información.

Estos sistemas de autorregulación y códigos de conducta se elaborarán con la participación de organismos representativos de los proveedores y usuarios de servicios de redes globales de información.

El Ministerio de Comunicaciones en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 679 de 2001 convocó, mediante comunicación escrita, a la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones -CCIT- para presentar la propuesta de autorregulación y código de conducta para los proveedores y usuarios de redes globales de información.

La CCIT es una organización gremial sin ánimo de lucro que afilia empresas del sector privado de la informática y las telecomunicaciones y tiene a su cargo la administración del NAP Colombia que es un punto de intercambio del tráfico de Internet con origen y destino nacional.

En cumplimiento de lo ordenado por la Ley 679 de 2001 y atendiendo el requerimiento hecho por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de

Comunicaciones, las empresas proveedoras de acceso a Internet y de servicios de alojamiento que conforman el NAP Colombia convienen en suscribir el presente Código de Conducta para el manejo de las redes globales de información, con el propósito de tomar todas las medidas razonables y a su alcance en procura de prevenir la divulgación de material de pornografía infantil a través de las redes y equipos de cómputo bajo su directa administración.

Para todos los efectos del presente Código de Conducta, se entiende que la aplicación de las medidas técnicas y administrativas aquí consagradas son obligaciones de medio y no de resultado.

El objeto del Código de conducta es establecer normas de conducta encaminadas a procurar un adecuado manejo y aprovechamiento de las redes globales de información, con el propósito de tomar todas las medidas razonables y a su alcance en procura de prevenir la divulgación de material de pornografía infantil a través de las redes y equipos de cómputo bajo su directa administración y prevenir el acceso de menores de edad a cualquier tipo de material pornográfico.

Su ámbito de aplicación son los Proveedores de Acceso a Internet (ISP's), a los Proveedores de Contenido de Internet (CSP's), a los proveedores de servicios de alojamiento y a las demás empresas, que suscriben el código.

Obligaciones: En virtud del presente Código los Proveedores de Acceso a Internet (ISP's), los Proveedores de Contenido de Internet (CSP's), los proveedores de servicios de alojamiento y las demás empresas, que suscriben el presente Código, se comprometen a:

1. No incluir en su sitio propio material en modo de imágenes o videos, textos, documentos o archivos audiovisuales que contengan pornografía infantil.

2. Denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto criminal contra menores de edad de que tengan conocimiento, incluso de la difusión de material pornográfico asociado a menores de edad.

3. Abstenerse de usar las redes globales de información para la divulgación de material pornográfico con menores de edad.

4. Retirar material alojado en su propia infraestructura o vínculos o links que contengan o distribuyan contenido pornográfico relativo a menores de edad, previa orden del Ministerio de Comunicaciones, como orden preventiva o una vez surtido el trámite legal y administrativo consagrado en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo, o de la orden de la autoridad judicial.

5. Implementar medios técnicos, razonables y a su alcance, que tengan como objetivo fundamental prevenir el acceso a sitios Web con contenido de pornografía infantil previamente clasificados como tales por la autoridad competente.

6. Informar a sus clientes y/o usuarios, de acuerdo con los medios y procedimientos a su alcance, sobre la existencia de herramientas de control de acceso o filtrado de contenidos, disponibles en el mercado, que éstos pueden adquirir e instalar en sus equipos con el propósito de prevenir el acceso de menores de edad a sitios que contienen o distribuyen material pornográfico

7. Incluir vínculos o links en su sitio propio con la información de las autoridades competentes de que trata la Ley 679 de 2001 con el propósito de que sus clientes y usuarios hagan las denuncias pertinentes sobre direcciones en las que se encuentre información que contenga pornografía infantil o que tengan fines de explotación sexual infantil u ofrecimiento de servicios que impliquen abuso sexual con menores de edad.

El Artículo 5º indica que los Proveedores de Acceso a Internet (ISP's), los Proveedores de Contenido de Internet (CSP's), los proveedores de servicios de alojamiento y las demás empresas, que suscriben el presente código, deberán adoptar las siguientes medidas de control, con el fin de dar cumplimiento al objeto del presente código de conducta y a lo dispuesto en la ley 679 de 2001 y sus decretos reglamentarios:

1. Incluir cláusulas en los contratos de sus clientes en las que se les advierta acerca de la obligatoriedad de cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

2. Colaborar, previo acuerdo con la autoridad competente y según sus capacidades, en la promoción de campañas para educar y prevenir a los menores de edad sobre el acceso y uso del Internet en lo relacionado con la Ley 679 de 2001.

3. Colaborar con las autoridades competentes, de acuerdo con las medidas razonables a su alcance, en las investigaciones que se adelanten en virtud del incumplimiento de lo dispuesto en la ley 679 de 2001.

4. Recomendar al Ministerio de Comunicaciones, en los casos a que haya lugar, las acciones que podrían adoptarse dentro del ámbito internacional, tendientes al cumplimiento del objeto previsto en el presente Código de Conducta.

5. La CCIT y las empresas que suscriben el presente Código de Conducta intercambiarán información relativa al cumplimiento del objeto previsto en el mismo, sin perjuicio de la información que las autoridades competentes pongan en conocimiento de ellas.

Estos ejemplos deberían ser tomados en cuenta para poder regular la proliferación de los cafés, locales comerciales o todo tipo de establecimiento que ofrece al público el servicio de Internet en Bolivia exponiendo a los niños al contacto con sitios no acordes a su desarrollo psicofísico.

3.1.3. LA LEGISLACION NACIONAL.

En Bolivia, la niñez y la adolescencia esta reconocida como sujeto de derechos propios y beneficiados por el principio del interés superior; sin embargo, la legislación nacional no establece ninguna norma que:

a) Obliguen a incorporar mecanismos de bloque a la pornografía infantil, a las empresas proveedoras de servicios de Internet y personas o

comercializadores que ofrecen servicios de Internet en cafés, comercios y otros establecimientos donde se alquilan computadoras conectadas a la red.

b) Inviten a esas empresas y comercializadoras a darse códigos de conducta para la autorregulación de la provisión y prestación de servicios de Internet.

3.2. LA PROTECCION CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

La pornografía infantil en general, y la pornografía infantil en Internet, en particular, son formas que implican la vulneración de los derechos de la niñez y adolescencia. Ambas formas de pornografía dañan los derechos fundamentales y propios de este sector de la población. Estos derechos están consignados en la Constitución Política del Estado y en el Código del Niño, Niña y Adolescente que se analizan a continuación con el propósito de establecer cuales son los derechos que son afectados por la pornografía infantil.

3.2.1. LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL

La Constitución Política del Estado fue derogada en febrero de 2009 no hace referencia expresa a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mas bien hace referencia a la familia la que debe ser protegida por el Estado. Sin embargo, no se puede afirmar que bajo la vigencia de esa Constitución los derechos de la niñez y adolescencia no tienen un carácter constitucional, ya que estos derechos fueron incorporados en el bloque de constitucionalidad mediante la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, por parte del Estado boliviano. Al suscribir ese Convención, el Estado boliviano reconoce el carácter constitucional de esos derechos.

Ahora bien, el reconocimiento y consagración de los derechos de la niñez y adolescencia por parte de la Constitución Política del Estado es un hecho reciente, en tanto que desde 1826 estos sectores de la población y partes integrantes de la familia fueron ignorados por los textos constitucionales que se sucedieron desde entonces. La Constitución Politica del Estado Plurinacional, aprobada en febrero de 2009 establece un reconocimiento expreso y pleno de los derechos de la Niñez y la Adolescencia.

Este es un avance muy importante para la plena vigencia de los derechos de la Niñez y Adolescencia. Empero, la protección de la niñez y adolescencia adquirió especificidad con la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, mediante Ley de la Republica 1152. Estas normas dieron lugar a la elaboración y sanción del Código del Niño, Niña y Adolescente, y a la ley 3325, que se analizan a continuación.

3.2.2. EL CODIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

La suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, por parte del Estado boliviano obligo a la transformación de la legislación nacional sobre este sector de la población nacional, que hasta entonces estuvo influida por la Doctrina de la Situación Irregular del Menor, influjo que se puede observar en el antiguo Código del Menor. Esa suscripción y posterior ratificación demandaron modificar la legislación desde nuevas bases doctrinales, siendo uno de sus principales resultados el Código del Niño, Niña y Adolescente.

El Código del Niño, Niña y Adolescente fue promulgado el 27 de octubre de l999, es decir, 10 después de la aprobación de la Declaración Sobre los Derechos del Niño según su presentación este Código “logra un enfoque integral en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, superando de esta manera los resabios que tenía el anterior Código del Menor de 1992 con relación a considerar a esta población sólo como objeto de derecho. Mejora de esta manera sus contenidos asegurando con mayor amplitud los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Este nuevo instrumento legal está instituido sobre la base de los principios del Interés Superior de Niño, principio que señala que todas las medidas a adoptarse respecto del niño, niña y adolescentes sean éstas administrativas, judiciales o domésticas, deben estar basadas en la consideración del pleno ejercicio de los derechos de esta población" ([23])

El Código establece y regula el régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño, niña o adolescente con el fin de asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia.

El Código reconoce derechos señalando que el niño, niña o adolescente tiene derecho a la libertad, al respeto y a la dignidad como persona en desarrollo. Asimismo, como sujeto de derecho, están reconocidos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados por la Constitución, las Leyes, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado Boliviano (Art. 100).

La Sección II del Código consagra el Derecho al respecto a la dignidad, indicando que el respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral del niño, niña o adolescente, abarcando, además, la preservación de la imagen, la identidad, los valores, las opiniones, los espacios y objetos personales y de trabajo. Ningún niño, niña ni adolescente debe sufrir discriminación étnica, de género, social o por razón de creencias religiosas. El Estado tiene la obligación de garantizar un trato respetuoso de igualdad y equidad a todos los niños, niñas y adolescentes que habitan en el territorio nacional (Art. 105).

El Art. 106 (Dignidad) indica que es deber de todos velar por la dignidad del niño, niña o adolescente, ampararlos y ponerlos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, deshumanizante, vejatorio o represivo, así como denunciar ante la autoridad competente los casos de sospecha o confirmación de maltrato.

---

[23] . Cámara de Diputados: Nueva legislación de la niñez. Fondo Editorial, La Paz, Bolivia, 2001, pagina 9.

El Art. 107º (Amparo protección) señala que este derecho comprende: 1. A ser el primero que reciba protección y socorro en situación de peligro; y, 2. A ser asistido y defendido en sus intereses y derechos, ante cualquier persona o autoridad y por cualquier causa o motivo.

El Código del Niño, Niña y Adolescente al reconocer a la niñez y adolescencia como sujetos de derechos propios en el marco de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Doctrina de la Protección Integral, consagra un conjunto de bienes jurídicos de este sector de la sociedad. La condición de titulares de derechos de los niños, niñas y adolescentes, demanda que las demás normas jurídicas sean orientadas hacia la promoción y protección de esos bienes jurídicos.

3.2.4. NORMAS QUE PENALIZAN LA PORNOGRAFIA INFATIL

En este marco de un nuevo tipo de delitos, los Delitos de Trata y Tráfico de Personas, la Ley 3325 incorpora el tipo de la pornografía infantil en el Código Penal. El Articulo 281 cuarter del Código Penal tipifica el delito de pornografía infantil establece "el que por sí o por tercera persona, por cualquier medio, promueva, produzca, exhiba, comercialice o distribuya material pornográfico, o promocione espectáculos obscenos en los que se involucren niños, niñas o adolescentes será sancionado con pena privativa de libertad de tres (3) a seis (6) años. La pena se agravará en un cuarto cuando el autor o partícipe sea el padre, madre, tutor o quien tenga bajo su cuidado, vigilancia o autoridad al niño, niña o adolescente"

La norma sanciona la promoción de material pornográfico, o sea aquella conducta mediante la cual un sujeto promueve, impulsa y gestiona actividades dirigidas a la generación de material pornográfico en la que participan menores. El tipo penal también hace referencia a la producción, exhibición, comercialización y distribución de este material, y a la promoción de espectáculos obscenos. Finalmente, establece determinadas penas de privación de libertad para cada caso.

Este Art. que tipifica el delito de pornografía infantil esta dirigido a penalizar la acción de quien produce o elabora, **promueva, exhiba, comercialice o distribuya material pornográfico**.

Si la producción, promoción, exhibición, comercialización o distribución de la pornografía infantil esta tipificada como delito, entonces se debe considerar a este material como contenido ilícito junto a las publicaciones obscenas a las que se refiere el Código Penal. Por ello, la pornografía infantil que esta depositada y circula en la Internet constituye un contenido ilegal, por cuanto según la norma penal es un delito.

La norma sanciona la promoción de material pornográfico, o sea aquella conducta mediante la cual un sujeto promueve, impulsa y gestiona actividades dirigidas a la generación de material pornográfico en la que participan menores. El tipo penal también hace referencia a la producción, exhibición, comercialización y distribución de este material, y a la promoción de espectáculos obscenos. Finalmente, establece determinadas penas de privación de libertad para cada caso. Pero no hace referencia expresa al acceso, posesión y acumulación de pornografía infantil obtenida de la red o Internet. Estas son omisiones o vacíos sobre la pornografía en Internet, y la posesión y el acceso a material de pornografía infantil.

El articulo comentado esta incluido como parte de los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, lo cual supone que la pornografía infantil es un daño al bien jurídico de la vida.¿Cómo podría aplicarse el tipo penal en aquellos casos de pornografía infantil en los que las victimas (niña, niño o adolescente) no han sido objeto ni de daños físicos ni han perdido la vida, como son los casos en los que aparecen acariciando órganos genitales de personas mayores o mostrándose desnudas ante las cámaras?

Las formas de pornografía infantil, como la digitalizada, por ejemplo, no necesariamente producen daños físicos y muerte de las victimas. Es mas, todos quienes acceden, acumulan y poseen pornografía infantil a través de las cabinas de Internet, no tienen ningún contacto directo o físico con las victimas y mucho

menos provocan la muerte de las mismas. Si ello es así, entonces sus acciones están fuera del tipo penal pornografía infantil, y, por lo tanto, pueden seguir accediendo, acumulando y poseyendo este material, libremente, es decir, sin que la ley penal intervenga, lo cual resulta absurdo, desde el punto de vista del Derecho, en general, y de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

3.2.5. LA LEGISLACION QUE REGULA LAS TELECOMUNICACIONES.

La Internet esta relacionada estrechamente a las telecomunicaciones, lo que permite señalar que el marco legal que debería establecer regulaciones sobre los contenidos son la Ley de Regulación Sectorial y la Ley de Telecomunicaciones, en tanto que la primera tiene como uno de sus finalidades "regular, controlar y supervisar aquellas actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores que mediante ley sean incorporados al Sistema"; y la segunda, tiene como objetivo, regular los servicios públicos y las actividades de telecomunicaciones, que comprenden la transmisión, emisión y recepción, a través de una Red Pública o Privada, de señales, símbolos, textos, imágenes fijas y en movimiento, voz, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, o aplicaciones que facilitan los mismos, por cable o línea física, radioelectricidad, ondas hertzianas, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos de cualquier índole o especie.

- La Ley de Regulación Sectorial.

La Ley de Regulación Sectorial establece que su objetivo es la creación del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), cuyo objetivo es regular, controlar y supervisar aquellas actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores que mediante ley sean incorporados al Sistema y que se encuentren sometidas a regulación conforme a las respectivas normas legales sectoriales, asegurando que:

a) Las actividades bajo su jurisdicción operen eficientemente, contribuyan al desarrollo de la economía nacional y tiendan a que todos los habitantes de la República puedan acceder a los servicios;

b) Tanto los intereses de los usuarios, las empresas y demás entidades reguladas, cualesquiera fuera su forma y lugar de organización o constitución, como los del Estado, gocen de la protección prevista por ley en forma efectiva; y

c) La potestad de regulación estatal se ejerza estrictamente de acuerdo con la ley.

En este marco general, la norma, en su Art. 7º, señala que la Superintendencia General del SIRESE tendrá las siguientes funciones:

a) Conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos contra las resoluciones de los Superintendentes Sectoriales de acuerdo a la presente ley, las normas legales sectoriales y las normas procesales aplicables;

b) Fiscalizar y emitir opinión sobre la eficiencia y eficacia de la gestión de los Superintendentes Sectoriales, y del adecuado control de las personas naturales o jurídicas que realicen actividades reguladas de acuerdo a la presente ley y las normas legales sectoriales;

c) Conocer y resolver aquellos asuntos que sean puestos en su conocimiento por los Superintendentes Sectoriales, no pudiendo conocer otros asuntos, de oficio ni a solicitud de parte interesada presentada en forma directa;

d) Adoptar las medidas administrativas y disciplinarias que sean necesarias para que los Superintendentes Sectoriales cumplan sus funciones de acuerdo con esta ley, las normas legales sectoriales y la legislación general que les sean aplicables, libres de influencias indebidas, de cualquier origen;

El Decreto Supremo nº 24505 de 21 de febrero de 1997reglamentario a la ley 1600 (SIRESE), que tiene como objeto normar, dentro el ámbito de competencia de la Superintendencia General y de las superintendencias sectoriales del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE, los procedimientos de audiencia

pública, de infracciones y sanciones, así como de recursos administrativos. El Art. 34 (Presentación de la reclamación a la empresa) señala:

I. El usuario presentará su reclamación a la empresa o entidad regulada, antes de presentarla a la Superintendencia Sectorial.
II. La reclamación será presentada en forma escrita o verbal dentro los treinta (30) días siguientes al conocimiento del hecho, acto u omisión que la motiva.

El Articulo 37.- (Presentación de la reclamación administrativa), indica que:

I. El usuario podrá plantear una reclamación administrativa a la superintendencia sectorial competente, en caso de que la empresa o entidad regulada no resuelva la reclamación directa en el plazo señalado en este reglamento o haya dispuesto su rechazo.
II. La solicitud será presentada de manera escrita o verbal, acreditando la reclamación directa, presentada en forma previa ante la empresa o entidad regulada, mediante la presentación del número asignado o expresando, en su defecto, las razones que hubieran impedido obtenerlo. La reclamación verbal se asentará en documento escrito.

Sobre la base de estas referencias se puede señalar que en Bolivia existe un marco general favorable, por cuanto los usuarios pueden presentar reclamos por los servicios prestados por las empresas reguladas.

- La Ley de Telecomunicaciones

El Articulo 1º de dicha Ley establece que "la presente ley establece las normas para regular los servicios públicos y las actividades de telecomunicaciones, que comprenden la transmisión, emisión y recepción, a través de una Red Pública o Privada, de señales, símbolos, textos, imágenes fijas y en movimiento, voz, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, o aplicaciones que facilitan los mismos, por cable o línea física, radioelectricidad, ondas hertzianas, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos de cualquier índole o especie. Están sometidas a la presente ley, las personas individuales y colectivas, nacionales y

extranjeras que realicen dichas actividades originadas o terminadas en el territorio nacional.

El Art. 2 hace referencia a las siguientes figuras:

Operador. Es la persona individual o colectiva, pública o privada que administra, controla y mantiene una Red de Telecomunicaciones de su propiedad.

Proveedor de Servicios. Es la persona individual o colectiva que presta Servicios de Telecomunicaciones al Público.

Los servicios que regula la Ley de Telecomunicaciones son las siguientes:

Servicio Celular. Es aquel que se presta a través de medios radioeléctricos en las bandas específicamente determinadas, utilizando equipo terminal móvil o fijo dentro del área de servicio del operador, que se encuentra configurada en celdas.

Servicio de Telecomunicaciones al Público. Es un servicio de telecomunicaciones conmutado, dedicado, de difusión o de distribución, que se presta a otra u otras personas individuales o colectivas ajenas al Proveedor de Servicio. Incluye también los servicios de reventa y los servicios prestados por una persona colectiva a sus socios, asociados o miembros, cuando el objeto social de la misma sea la prestación de servicios de telecomunicaciones. No incluye Servicios de Valor Agregado.

Servicio Local de Telecomunicaciones. Es aquel que se presta entre abonados conectados a la Red Pública mediante equipo terminal fijo y ubicado dentro de un área geográfica definida como tal por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Se utilizan para proveer Servicios Básicos Fijos de Telecomunicaciones utilizando línea física o frecuencias electromagnéticas específicas para este servicio.

Servicio de Larga Distancia Nacional. Es un Servicio al Público prestado entre centrales de conmutación, ubicadas en áreas de Servicio Local de Telecomunicaciones diferentes, dentro del territorio nacional.

Servicio de Larga Distancia Internacional. Es un Servicio al Público prestado entre un área situada dentro del territorio nacional y otra situada en el extranjero.

El Art. 4 señala las funciones y atribuciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, de las cuales las que mas relevancia tiene para el tema en análisis son:

b) Controlar y coordinar el uso del espectro electromagnético y controlar los medios y equipos a través de los cuales se emiten las ondas electromagnéticas. Asimismo, regular el uso de frecuencias y protegerlas contra cualquier interferencia dañina;

d) Requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones a las personas individuales y colectivas que provean servicios de telecomunicaciones. En el caso de Proveedores de Servicios de Radiodifusión o Difusión de Señales, se requerirá únicamente información técnica;

3.3. LOS VACIOS DE LA LEGISLACION NACIONAL EN MATERIA DE USO DE LA INTERNET.

Sobre la base de las normas descritas, se puede afirmar que en Bolivia, los derechos de la Niñez y Adolescencia han sido constitucionalizados, es decir, elevados al nivel de derechos consagrados y protegidos por la norma fundamental. Estos derechos también están consagrados legalmente en el Código del Niño, Niña y Adolescente. Asimismo la norma penal tipifica el delito de pornografía infantil, aunque con algunas limitaciones. Si bien todas estas normas pueden ser consideradas como avances muy importantes, todavía existen limitación o vacíos en la legislación.

La Niñez y Adolescencia deben ser protegidas por todo el sistema constitucional y legal, en este sentido donde se puede identificar algunos vacíos:

Primer vació de la norma jurídica.

En el Código Penal no se tipifica el delito de acceso y obtención de pornografía infantil en Internet. Tanto la norma penal nacional como la de muchos otros países establecen que este tipo de material pornográfico implica delito, lo cual permite decir que la pornografía infantil esta prohibida en su producción, circulación y comercialización, no es un material licito como, por ejemplo, la pornografía adulta, aquella donde participan personas adultas expresando su libre consentimiento, incluso la venta de este material ha sido prohibida y perseguida por la Policía.

Si bien se persigue la pornografía infantil, en cuanto se refiere a su producción y comercialización, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a su acceso, obtención y acumulación utilizando el recurso de la Internet. Por ello se podría decir, que en Bolivia existe una situación de libre acceso a la pornografía infantil que esta depositada y circula en la Internet.

Tal como se demostrara en el siguiente capitulo, en Bolivia, en general, y el caso de la ciudad de La Paz, en particular, cualquier persona puede acceder, obtener y acumular pornografía infantil, sin ningún tipo de control ni impedimento. El principal factor de esta situación es las limitaciones de la norma penal que no hace referencia a esta situación.

Segundo vació de la legislación.

En Bolivia no existen normas que establezcan la responsabilidad penal y civil para quienes hacen posible el acceso, la obtención y la acumulación de pornografía infantil en Internet, como son los responsables o titulares de las empresas proveedoras de estos servicios y las personas que alquilan computadoras conectadas a la red. En efecto, ni la norma penal ni ninguna otra establecen alguno tipo de responsabilidad en esta materia, lo cual indica que estas personas y los titulares de esas empresas están exentos o libres de cualquier responsabilidad.

Tercer vació de la legislación.

La legislación nacional si bien consagra un marco de regulación de las telecomunicaciones, no establece ninguna norma que obligue a incorporar mecanismos de bloqueo a la pornografía infantil, a los responsables o titulares de las empresas proveedoras de estos servicios y las personas que alquilan computadoras conectadas a la red. La legislación tampoco obliga a estas personas a conducir su conducta según códigos de ética que autorregulen su actuación como proveedores y prestatarios de servicios de Internet.

Estos vacíos de la legislación nacional en lo que se refiere a la pornografía infantil en Internet, contrasta con la legislación de algunos países, principalmente de Europa y Estados Unidos de Norteamérica y de países latinoamericanos como Colombia donde se establece la obligación de bloquear el acceso a la pornografía infantil que esta depositada y circula en la red.

Hasta aquí se han presentado los resultados de la investigación realizada sobre la base de las diversas fuentes doctrinal, legislación comparada y la normativa nacional.

CAPITULO IV

EL LIBRE ACCESO A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET EN BOLIVIA. (MARCO PRÁCTICO).

En el anterior capitulo se estableció que en Bolivia no existe un régimen de responsabilidad civil y penal para los proveedores y prestatarios de servicios de Internet que transite contenidos de pornografía infantil. También se demostró que no existen normas que obliguen a estos bloquear el acceso a ese material. Por ello, existe una situación de libre acceso, obtención y acumulación de pornografía infantil.

En este marco, primero se analiza la situación del acceso, la obtención y acumulación de pornografía infantil en Internet, segundo, se demuestra la ausencia de normas que obliguen a bloquear el acceso a este material, y, finalmente, se sintetizan las conclusiones y se presenta la propuesta de la investigación.

4.1. ACCESO, OBTENCION Y ACUMULACION DE PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

En Bolivia, en general, y en la ciudad de La Paz, en particular, el acceso y obtención de pornografía infantil es libre, razón por la cual su acumulación también es posible, como se demostrara en este punto. Una de las razones para que se de esta situación de libre acceso a la pornografía infantil en Internet es la ausencia de obligación de incorporar mecanismos técnicos de bloqueo del acceso a esos contenidos en Internet.

En efecto, acceder a pornografía infantil, obtenerlo y acumularlo en dispositivos como discos CD y DVD es fácil desde cualquier computadora que esta conectada a la red. Ni las empresas proveedoras de servicios de Internet ni los cientos de prestatarios u cafés o locales que alquilan computadoras conectadas

a Internet, han incorporado mecanismos que bloquen el acceso a la pornografía infantil. Esta situación permite ingresar a todos los sitios y páginas de pornografía infantil que están depositadas en la red o Internet, se puede obtener todo el material depositada o enviada desde todas partes del mundo. A continuación se presentan algunas evidencias de este material.

4.1.1. PORNOGRAFIA INFANTIL OBTENIDA DE LA RED, DESDE LA CIUDAD DE LA PAZ.

La organización no gubernamental sin fines de lucro, ANESVAD, recoge algunas cifras sobre la pornografía infantil, entre las que podemos señalar:

- Más de 4.000.000 de zonas de Internet contienen material de sexo con menores.
- Cada día se crean aproximadamente 500 sitios nuevos.
- Reciben más de dos mil millones de visitas anuales.
- Aproximadamente, el 60% de esos sitios son pagados.
- En torno al 30% de los adictos a la pornografía infantil termina poniendo en práctica los contenidos que observa de manera habitual.

La pornografía virtual incluye dibujos animados y animación de imágenes digitales de contenido sexual, como las que se presentan a continuación.

Fuente: Obtenida en Internet en la ciudad de La Paz

Como se puede observar, la fotografía obtenida en Internet muestra a una menor de edad en un acto sexual explicito. Esta fotografía fue bajada de un sitio donde existen otras imágenes similares.

Fuente: Obtenida en Internet en la ciudad de La Paz

La fotografía muestra la participación de niñas en un acto que da a entender sexo en grupo, se pueden observar a muchas niñas participando en la acción. Para acentuar esta condición, ser niñas o menores de 18 años, se destaca la vestimenta, la cual es la que caracteriza a las niñas.

Fuente: Obtenida en Internet en la ciudad de La Paz

En la fotografía se observa lo que podría considerarse una insinuación de una relación entre una persona adulta (desnuda o semidesnuda) y una

niña. Si bien esta fotografía podría de una escena inocente o normal entre una niña y un pariente, aunque ello es muy extraño porque la persona adulta esta desnuda, ello se descarta porque la misma esta junto a otras fotografías que muestran relaciones sexuales explicitas.

Fuente: Obtenida en Internet en la ciudad de La Paz

Las fotografías digitales bajadas de Internet muestran a niños y niñas en actos sexuales explícitos. La definición de pornografía infantil establece que este tipo de pornografía puede ser actos donde participan solo niños, niñas o adolescentes, es decir, sin la participación de una o mas personas adultas, como es el caso que se observa en las fotografías.

Al ver las fotografías que se han expuesto hasta aquí, se podría decir que las mismas han sido encontradas por casualidad en Internet o que constituyen una pequeña e insignificante muestra. Sin embargo, la

realidad es que una vez que se ingresa a uno de los sitios que contiene pornografía infantil, el usuario puede ingresar a una elevadísima cantidad de pornografía, que va cambiando en los siguientes sentidos:

- Pornografía infantil en imágenes fijas (fotos)
- Pornografía infantil en imágenes en movimiento (clips de video)
- Pornografía simulada, es decir, pornografía de personas que están vestidas como niños o niñas.

El acceso a la pornografía infantil es fácil y gratuito hasta cierto punto. Como se trata de pornografía infantil con fines de lucro, en gran parte, ya que también existe pornografía infantil sin fines de lucro, al primer nivel que se accede es a las fotografías, luego se muestran clips de video muy breves, si uno quiere ver mas, debe pagar con tarjetas de crédito, como se demuestra en el siguiente ejemplo.

Fuente: Obtenida en Internet en la ciudad de La Paz

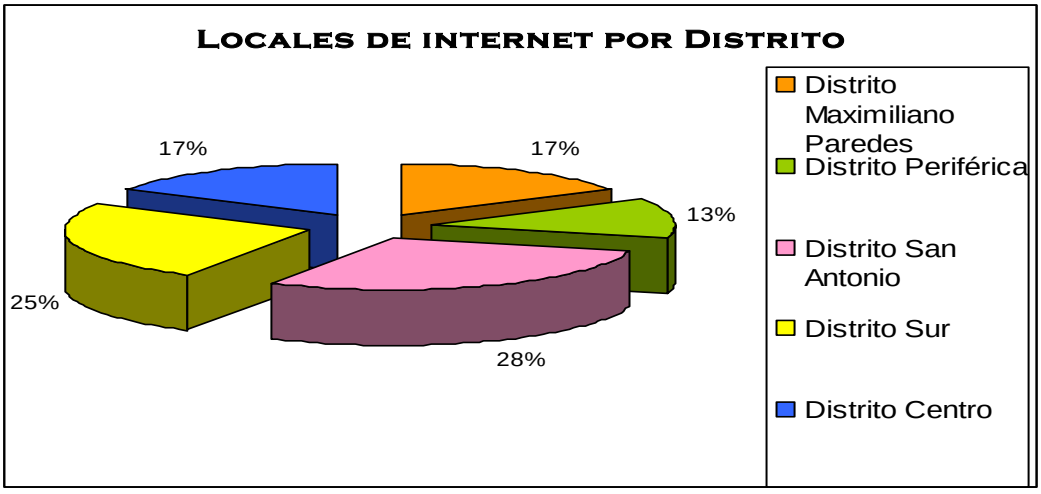
En la fotografía se observa una dirección de Internet, o sea, el material pornográfico donde participan niños, niñas y adolescentes, que se ofrece no es anónimo del todo ya que se identifica la dirección. En la investigación de campo se ha establecido que existe sitio que ofrece pornografía infantil de forma expresa y clara como es el caso que se presenta en Anexos.

4.1.1. ACCESO LIBRE A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET.

Se ha señalado que el acceso a la pornografía infantil en Internet es libre y sin ningún tipo de restricciones, esto quiere decir que se puede acceder a este material desde cualquier computadora conectada a Internet, ya sea una computadora de uso familiar o personal como de las computadoras que se alquilan en las decenas de cafés y locales que prestan este servicio en la ciudad de La Paz.

En la investigación de campo realizada en esta ciudad se ha podido constatar que los locales, cafés y otras instalaciones que alquilan computadoras conectadas a Internet, no establecen controles o mecanismos que bloquen el acceso a la pornografía infantil, es decir, el acceso y la obtención de este material es posible, como se demuestra a continuación.

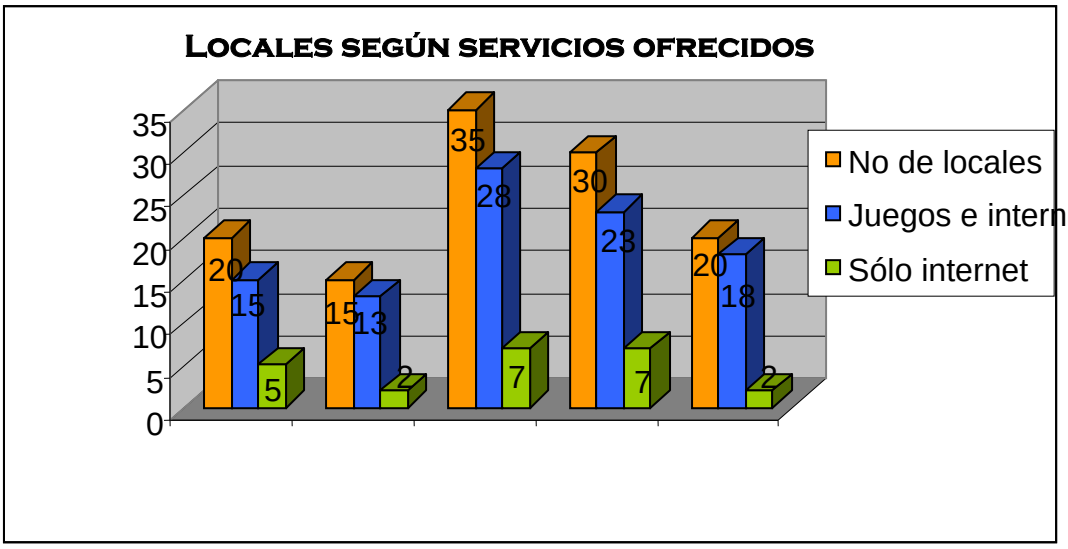
Grafica 1. Locales de Internet, por Distritos Municipales.



Como se observa en la grafica, en la investigación de campo se seleccionaron al azar solo 5 de los 7 Distritos Municipales que existen en el Municipio de la ciudad de La Paz. Al interior de cada uno de los Distritos seleccionados se visitaron locales, cafés y otras instalaciones que ofrecen en alquiler computadoras conectadas a Internet. La visita o utilización de estas computadoras fue realizada en diferentes tiempos, en

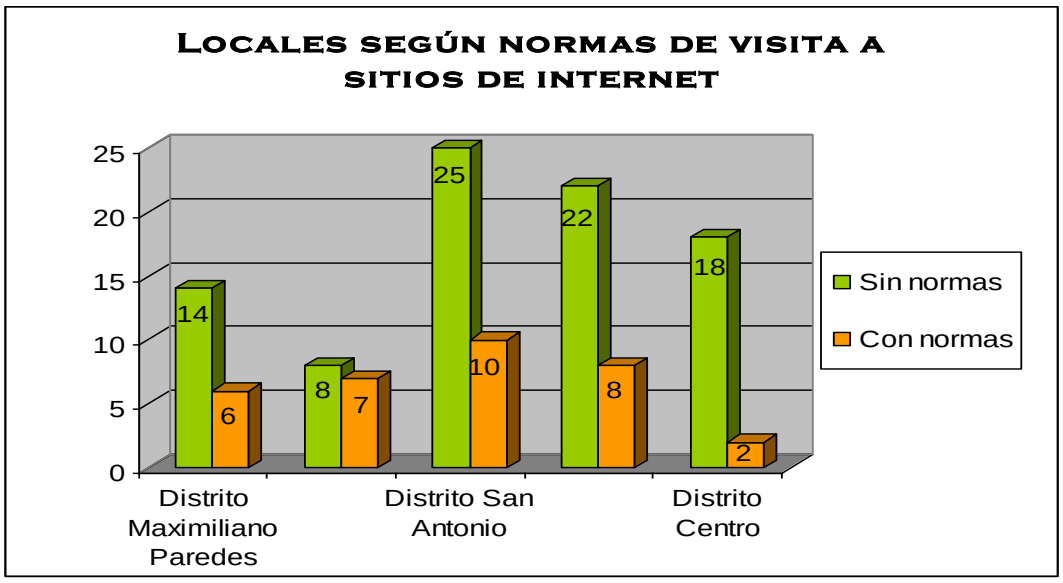
más de 2 meses (mayo y junio del presente año). La cantidad de locales que ofrecen servicios de Internet es mucho mas amplia, del mismo modo que las computadoras ofrecidas, ya que en cada local se tiene mas de 15 maquinas.

Grafica 2. Locales, según servicios ofrecidos.



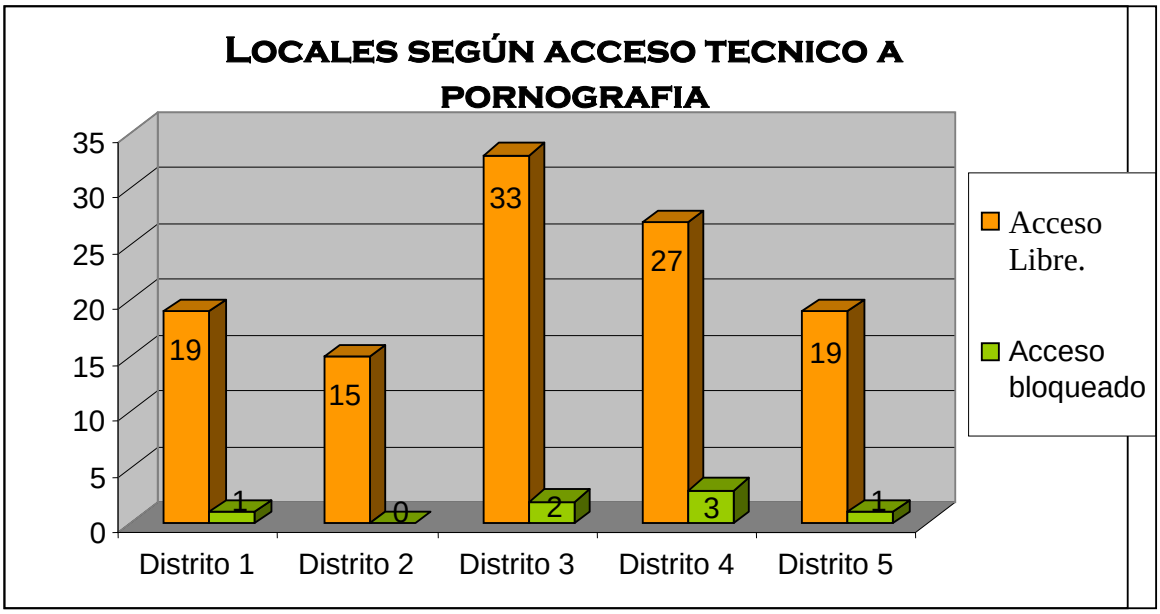
En la grafica se puede observar que en todos los locales visitados se ofrecen el servicio de Internet, en algunos este servicio es ofrecido junto a los juegos en red. Establecer esta diferenciación es importante por cuanto que los locales que solo ofrecen servicios de Internet es visitado únicamente por personas mayores que solo tienen interés de navegar por Internet, en cambio, los locales que también ofrecen juegos, son visitados por niños y adolescentes. En este marco, se puede suponer que los locales que solo ofrecen servicios de Internet son potencialmente los lugares donde mas fácilmente se puede acceder a la pornografía en general.

Grafica 3. Locales, según normas de visita a sitios de Internet



En la grafica se observa que la mayoría de los locales que ofrecen servicios de Internet funcionan sin normas, es decir, sin ningún tipo de regulación sobre el uso de la Internet o la navegación en la red a través de las computadoras que se alquilan. En los locales que se establecen normas de navegación, las mismas por lo general están referidas a temas ajenos a la pornografía como se la prohibición de bajar música, videos y otros contenidos cuya obtención puede perjudicar la navegación en Internet a las demás computadoras. Así, por ejemplo, “bajar música” en una computadora hace que la navegación en las demás sea lenta. Es por tal razón que se prohíbe bajar este tipo de material, y que las normas están referidas a estos temas.

Grafica 4. Locales, según tipo de normas



En la grafica se observa que en la mayoría de los locales que ofrecen servicios de Internet de los 5 distritos municipales, el acceso a la pornografía es libre, sin ningún tipo de restricción o control, solo en algunos locales el acceso a este material esta bloqueado. El bloqueo de acceso a la pornografía es realizado por la persona encargada de controlar el uso de las computadoras, la cual tiene una computadora desde la cual controla el tiempo de uso de las maquinas y logra ver los sitios que están siendo visitados por los clientes.

Por ello, cuando un cliente ingresa a páginas o sitios de Internet que tienen contenidos de pornografía, el encargado del local corta el acceso desde su computadora, toda vez que el cliente intenta ingresar a esos sitios. Este tipo de control o de bloqueo del acceso a la pornografía en Internet depende de la persona encargada del local, no es un bloqueo automático, de tal forma que si el encargado del local, se descuida o esta ocupado, los clientes pueden ingresar a la pornografía.

4.2. LOS RIESGOS DEL ACCESO A PORNOGRAFIA INFANTIL

El libre acceso a la pornografía infantil no implica únicamente el daño a la dignidad de la Niñez y Adolescencia, sino también, una amenaza a la seguridad de los mismos por parte de quienes acceden, obtiene y acumulan este material.

Los especialistas señalan que los que buscan este material son, por lo general, los pedofilos, quienes luego de consumir dicho material podrían incurrir en abusos de hecho, es decir, atacar a los niños, niñas y adolescentes, una vez que ha observado pornografía infantil con frecuencia y en abundancia.

“La materialización del comportamiento pedófilo siempre implicará en sí mismo la existencia de un abuso sexual, consistente en la comisión de un acto sexual directo o indirecto sobre el niño, acción tendente a estimular y satisfacer sexualmente al adulto. El abanico de comportamientos sexuales abusadores se extiende desde las caricias o manoseos, hasta la penetración bucal, vaginal o anal. El abuso sexual contempla insito otras variantes como las prácticas pornográficas caracterizadas por fotografías y filmaciones en solitario o con interacciones sexuales entre infantes, aún cuando dichas prácticas no impliquen un contacto físico con el adulto abusador. La ocurrencia del acto abusivo se puede manifestar en contextos diferentes y en interrelaciones sociales muy diversas” .

El acceso a Internet esta abierto a todos, es decir, a todo tipo de personalidad. Entre los posibles grupos de usuarios de internet, están los siguientes:

- Profesionales. Aquellos que dedican largos períodos de su tiempo de trabajo al uso y manejo del ordenador (y de internet) para conseguir información, crear contenidos, programas. Aunque ello puede crear adicción, lo más común es que con el tiempo ese trabajo se puede convertir en algo pesado y causar cierto hastío, tedio y desencanto.

- Aficionados. Hace referencia a muchos sujetos que están interesados en la red (bien por algunos aspectos de su trabajo, estudio,.. o bien por afición y gusto por internet) para recoger información, obtener nuevos programas, lograr ciertos propósitos, hacer intercambios, socializarse, relacionarse. Pero todo ello en un marco de normalidad y sin establecer demasiados lazos con él, ni creándoles demasiadas interferencias en el desarrollo normal de sus actividades y obligaciones.

Dentro de este grupo tan amplio y variado existe un subgrupo llamado "perfil de personas con problemas" que se referiría a sujetos relativamente solitarios,

tímidos, con problemas sentimentales, al menos circunstancialmente, que buscan en el ordenador y la red un lugar de liberación de sus problemas y limitaciones.

- Perturbadores. Se trata de ciertos sujetos (que por muy diferentes motivos) entran en la red para perturbar, perjudicar, molestar, aprovecharse, causar daños y problemas,… a otros usuarios. Se puede incluir en este grupo tan heterogéneo (y sin mezclarlos): a los hackers, crackers, samuarais, gamberros, groseros,..

- Adictos. Se refiere a individuos que dependen demasiado de internet, piensan demasiado en el, les cree interferencias en el desarrollo normal de su vida, de sus actividades y obligaciones, sienten la necesidad de incrementar el tiempo de estar conectados al ordenador, tienen cierto síndrome de abstinencia, disminuyen el tiempo de actividad física, cambian los patrones del sueño,.. y buscan compensaciones que no encuentran fácilmente en su vida cotidiana (estimulación social, afiliaciones, reconocimiento,..

- Dentro de este grupo hay una serie de sujetos que podrían denominarse como “patológicos”, y que se trataría de individuos que, aún manifestando diferencias claras diferencias entre ellos, se caracterizarían por presentar una serie de rasgos de personalidad problemáticos, tales como ansiedad, timidez, inestabilidad, vulnerabilidad, introversión, por tener posibles problemas sentimentales y grandes dificultades de relación social en el medio cotidiano normal, que estarían constantemente conectados y obsesionados por lo que pasa en internet, que vivirían pensando en casi todo lo momento en el, (manifestando así un síndrome de abstinencia), y a los que su dependencia de internet les podría interferir significativamente en sus actividades y obligaciones habituales (tales como son las relaciones sociales, profesionales, de familia, de pareja).

Los pedófilos y los que consumen frecuentemente pornografía infantil se encuentran en este grupo.

Hasta aquí se ha demostrado que los locales, cafés y otras instalaciones que alquilan computadoras conectadas a Internet no establecen ningún tipo de control o bloque de acceso a la pornografía infantil en Internet, en el mayor de los casos. También se demostró los riesgos o amenazas a la seguridad de la niñez y adolescencia que ello implica.

Esta situación es una consecuencia de la ausencia de normas que obliguen a las empresas proveedoras y a los prestatarios de estos servicios a incorporar mecanismos que impidan el libre y fácil acceso a este material. En consecuencia, el problema se sitúa en el campo de la legislación.

4.3. NECESIDAD DE NORMAS QUE OBLIGUEN EL BLOQUEO A LA PORNOGRAFIA INFANTIL.

Ante al ausencia de legislación sobre el control y bloqueo a la pornografía infantil en Internet, surge la necesidad de establecer una normativa que obligue la incorporación de mecanismos de software en las computadora conectadas a Internet que se alquilan al publico, y en el sistema de Internet manejado por las empresas que proveen este servicio. Al respecto, se ha realizado una encuesta piloto entre padres de familia de establecimientos educativos, siendo los resultados los siguientes.

Cuadro 1. Opiniones sobre la pornografía infantil en Bolivia.

Pregunta	Respuestas (Ocho especialistas en Derecho Penal)
En su opinión, ¿la pornografía infantil es una problemática grave en Bolivia?	1. No, aun no. 2. No es un gran problema todavía. 3. No creo. 4. No pero no hay que cruzar los brazos. 5. No es muy grave. 6. Es un problema grave, 7. No pero se debe prever. 8. Si.

En el cuadro se observa que la mayoría de las personas entrevistadas opinan que la pornografía infantil no reviste un grave problema en Bolivia, aunque algunas opiniones afirman lo contrario, y otras consideran que se debe prever la

agudización del problema. En criterio de la autora de la presente investigación, la pornografía infantil ya es un grave problema en lo que a consumidores y personas que acceden a este material, especialmente a través de la Internet. Con ello se quiere señalar que la gravedad del problema no consiste únicamente en que la producción sea nacional, sino también, en su consumo y acceso aunque la pornografía infantil no sea producida en el país. La existencia de consumidores y el libre acceso que existe a este material en Bolivia debe ser considerado la agudización del problema por cuanto se esta estimulando a quienes pueden atacar a menores y adolescentes para satisfacer sus desviaciones sexuales.

Uno de los factores para una adecuada protección de la indemnidad sexual del menor es la buena calidad de la norma o tipo penal. La opinión de los especialistas sobre la calidad del tipo pornografía infantil consagrado por el Código Penal se muestra en el cuadro.

Cuadro 2 Calidad de la legislación sobre pornografía infantil.

Pregunta	Respuestas Ocho especialistas en Derecho Penal)
En su criterio, ¿la legislación nacional sobre pornografía infantil es adecuada para una eficaz lucha contra este mal?	1. No, no es adecuada. 2. No, es imperfecta. 3. No. 4. No 5. Creo que es adecuada. 6. Esta bien 7. No. 8. No.

Según el cuadro, la mayoría de las personas opinan que la legislación nacional sobre la pornografía infantil no es adecuada para encarar una eficaz lucha contra este mal, aunque también se presenta opiniones que aseguran lo contrario. Al profundizar, a través de las preguntas, en el carácter de la norma se obtuvieron las siguientes opiniones, consignadas en el punto que sigue.

En los anteriores puntos se han identificado algunas deficiencias del tipo penal pornografía infantil, las mismas pueden generar inaplicabilidad de la norma en algunos casos. Si la norma no hace referencia expresa a la posesión de material pornográfico infantil, si no se refiere al acceso a este material, son que estas conductas busquen fines de lucro, entonces es posible que los sujetos de esas

acciones queden fuera del tipo penal, es decir, no reciban pena alguna, con lo cual al daño a la indemnidad sexual del menor queda impune, y se permite el libre acceso a la pornografía infantil como un factor de estimulación para cometer crímenes contra los menores. Considerando estos criterios se consulto a los especialistas sobre los efectos de las deficiencias de la norma

Cuadro 3. Efecto de las deficiencias de la norma sobre su aplicabilidad

Pregunta	Respuestas Ocho especialistas en Derecho Penal)
En su opinión, ¿las deficiencias del tipo penal pornografía infantil afectan a su aplicabilidad?	1. Creo que si 2. Si. 3. Claro que si. 4. Si. 5. Si. 6. Si 7. Depende de cada caso. 8. Si.

La mayoría de los profesionales entrevistados opina que las deficiencias de la norma penal pornografía infantil afecta a su aplicabilidad, solo una persona sostiene que depende del caso. Si bien estas opiniones pueden ser discutidas, lo evidente es que la vigencia del tipo penal con las deficiencias que se han identificado en este capitulo, no ha establecido un marco legal a partir del cual sean reprimidas las personas que poseen material pornográfico infantil obtenido de la Internet, ya se a través de un ordenador privado o una maquina disponible en cualquier lugar publico, como ocurren en la ciudad de La Paz ([24])

Otro aspecto importante del tipo penal pornografía infantil es su inclusión entre los delitos que protegen el bien jurídico en cuestión, en el caso nacional, el tipo esta incluido entre los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal. Al respecto, las opiniones de los especialistas en la materia son las que están en el cuadro siguiente.

Cuadro 4. Opiniones sobre la inclusión de la pornografía infantil entre los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal.

Pregunta	Respuestas Ocho especialistas en Derecho Penal)
Según su parecer, es correcto que el delito de pornografía infantil sea incluido entre los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, como sucede en el Código Penal de Bolivia, en virtud a la Ley 3325?	1. No es correcto 2. No. 3. No 4. No. 5. Me parece correcto. 6. Si 7. No. 8. No

[24] . En algunos locales de servido de Internet es frecuente que el cliente se encuentre con paginas de pornografía infantil abiertas por anteriores clientes. En gran parte de estos locales no existen dispositivos informáticos que bloqueen el acceso a este material, por cuanto no existe norma legal que prohíba de forma expresa este acceso.

La mayoría de las opiniones correspondientes a los profesionales entrevistados sostiene que no es correcta la inclusión de la pornografía infantil entre los Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, razón por la cual consideran que la legislación nacional no es adecuada para combatir eficazmente a este mal, si bien otros sostienen que esta inclusión si es correcta.

En la entrevista no estructurada se consulto a los especialistas su opinión sobre la propuesta de incluir el tipo penal pornografía infantil bajo la incorporación de un nuevo tipo de delitos que esta conformado por los Delitos Contra la Indemnidad Sexual del Menor, las respuestas fueron las siguientes:

Cuadro 5. Opiniones sobre la inclusión de la pornografía infantil entre los Delitos Contra la Indemnidad Sexual del Menor.

Pregunta	Respuestas Ocho especialistas en Derecho Penal)
Esta UD de acuerdo en incluir el delito de pornografía infantil entre los Delitos Contra la Indemnidad sexual infantil?	1 .Si, esta mejor. 2. Si 3. Si, es adecuada 4. Si 5. Si 6. Si es correcta 7. Si 8.Si, es una buena propuesta

El cuadro muestra la unanimidad de opiniones en relación a la propuesta de incluir a la pornografía infantil entre los Delitos Contra la Indemnidad Sexual del Menor, tipo de delitos que no existe en el Código Penal Boliviano. En consecuencia, la modificación del tipo pornografía infantil exige también la creación de ese nuevo tipo de delitos, lo cual amerita una fundamentacion de carácter doctrinal sobre este tipo de delitos.

Tales son los refutados de la aplicación de la entrevista no estructurada efectiva en el marco de la presente investigación.

Si bien en Bolivia, en general, y la ciudad de La Paz, no se produce pornografía infantil para ser comercializada o descargada en los sitios y paginas de Internet, no se puede afirmar que no se produce la violación de los derechos de la niñez y adolescencia. El acceso libre y sin restricciones a pornografía infantil en Internet que se ha constatado en Bolivia y la ciudad de La Paz es una situación

que muestra la falta de protección de la niñez y adolescencia ante el fenómeno de la pornografía infantil. Esta falta supone la vulneración de los derechos de la niñez y adolescencia.

Esta situación tiene que ver con la ausencia de una adecuada legislación, ya que se constata que en el país:

Primero, No pesa sobre los proveedores de acceso y servicios en Internet una obligación general de supervisión de los contenidos que transmiten o almacenan.

Segundo, Se establece una exención de responsabilidad civil y penal para los proveedores de servicios de acceso y de mera transmisión de datos.

Tercer, No pesa ninguna responsabilidad sobre el proveedor por almacenamiento de datos ilegales como la pornografía infantil en memoria temporal.

En resumen, sobre el tema de la responsabilidad de los prestadores de acceso y de servicios en Internet en Bolivia, en caso de pornografía infantil alojados en sus servidores o transmitidos por ellos, basándonos en la legislación vigente se puede afirmar que:

• La legislación nacional no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen o no una obligación general de supervisión de los datos que alojan, transmiten o a los cuales permiten acceso;

• La legislación de Bolivia no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen o no una obligación de vigilancia en casos específicos si llegaran a tener conocimiento de la ilegalidad de ciertos contenidos alojados en sus servidores o son transmitidos por ellos;

• La legislación nacional no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen la obligación de reportar a las autoridades tales contenidos ilegales en caso de llegar a tener conocimiento de que están alojados en sus servidores o son transmitidos por ellos;

• La legislación no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen o no la obligación de suspender el acceso a un contenido ilegal o eliminarlo, en caso de que lleguen a tener conocimiento de que tales contenidos se están alojando en sus servidores o son transmitidos por ellos;

• Los proveedores de acceso y servicios en Internet, como empresas, no pueden ser declarados responsables en lo penal en caso de haber alojado, transmitido o permitido el acceso a pornografía infantil.

4.3. CONCLUSIONES.

La investigación presentada en los capítulos de la presente Tesis permite puntualizar algunas conclusiones, considerando centralmente la hipótesis formulada en la Introducción. Dicha hipótesis señala que los principales factores que permiten la libre difusión-acceso de pornografía infantil a través de la Internet es la ausencia de una norma reglamentaria que consagre un mecanismo de Software que impida la difusión y acceso a ese material que vulnera los derechos del Niño y amenaza su seguridad.

Primera conclusión, la investigación realizada ha posibilitado constatar la ausencia de mecanismos de control de acceso al material de pornografía infantil que esta depositada en Internet, razón por la cual este material circula libremente, es decir, sin control alguno, y puede ser bajado de la red, acumulado e intercambiado. El trabajo de campo realizado en la ciudad de La Paz, ha demostrado este hecho que puede comprobarse en muchos de los sitios publico-comerciales que ofrecen servicio de Internet. De este modo se ha constatado la constante violación de los derechos de la niñez y adolescencia, cuyo principal factor es la ausencia de un mecanismo de Software que establezca el bloque del acceso a ese material que implica esta vulneración de derechos.

Segunda conclusión, sin bien es cierto que la existencia de pornografía infantil en la red es cada vez mas mayor y adquiere diversas modalidades, también es cierto que se han desarrollado mecanismos de software que pueden controlar el acceso a este material. Algunos de estos mecanismos pueden ser aplicados o utilizados por los propios servidores de Red o las compañías de teléfono, se trata de mecanismos que pueden impedir acceso a determinadas páginas, dependiendo de su contenido.

Tercera conclusiones, entre esos mecanismos están el **reconocimiento de palabras clave** que es un mecanismo informático que evita el acceso a las páginas que contengan la palabra clave elegida como, en este caso, pornografía infantil. Otro mecanismo es la **confección de listas negras** que ayuda a suprimir la visita a determinadas páginas de contenido inadecuado: pornografía, racismo, violencia, etc. Finalmente esta el **mecanismos de tecnología PICS (Plataforma para la Selección del Contenido en Internet)** que también impide el acceso a pornografía infantil

Cuarta conclusión, en muchos países de Europa y de América Latina, en donde la pornografía en Internet ha adquirido gravedad y amplia difusión en Internet, se aplican estos y otros mecanismos con el propósito de establecer mecanismos de control y bloque de acceso a las páginas donde se ofrecen pornografía infantil. De este modo se ha utilizado los avances de la tecnología para proteger los derechos de la infancia y la adolescencia. La aplicación de estos mecanismos no ha erradicado la pornografía infantil de la Internet, pero lo controlan.

Quinta conclusión, en algunos de los casos analizados de los países seleccionados, la aplicación de mecanismos de Software para controlar el acceso a pornografía infantil en Internet, se basa en la norma penal sustantiva, lo cual quiere decir que la penalización de la pornografía infantil referida a Internet esta acompañada por la aplicación de la tecnología. Ello significa que cualquier norma legal sobre pornografía

infantil en Internet es insuficiente si no esta acompañada de un reglamento que establezca la aplicación de alguno de estos mecanismos técnicos.

Sexta conclusión, sobre esta referencia emergente del análisis comparado de los países seleccionados, se concluye que Bolivia es uno de los países que si bien tiene una legislación que penaliza la pornografía infantil en Internet (aunque de manera implícita) , no dispone de un reglamento que determine la aplicación de un mecanismo de Software para el control y bloqueo de acceso a los sitios de Internet que ofrecen pornografía infantil, razón por la cual se puede decir que la legislación penal nacional es insuficiente para una eficaz lucha contra la pornografía infantil en Internet.

Séptima conclusión, si bien Bolivia todavía no es uno de los principales productores de pornografía infantil en Internet, es un país donde no existen mecanismos de control del acceso, difusión, comercialización e intercambio de este material. En este sentido, se puede decir que Bolivia es un país de libre e irrestricto acceso, difusión, comercialización e intercambio de pornografía infantil, situación que pone en riesgo los derechos de la niñez y adolescencia y obliga a tomar medidas dirigidas a establecer un marco de protección eficaz de estos derechos frente a la proliferación de la pornografía infantil.

Octava conclusión, en atención a esa necesidad urgente, siguiendo uno de los objetivos de la presente investigación y atendiendo el carácter propositivo de la misma, se formula una propuesta. Se propone un marco reglamentario que consagre obligación de incorporar y utilizar mecanismos de Software para el control y bloqueo de acceso a sitios de pornografía infantil, a fin de evitar el ingreso discriminado y sin restricción alguna a la pornografía infantil, a su circulación, comercialización, intercambio y posesión, protegiendo de esta manera los derechos de la niñez y adolescencia, en el marco de la normativa penal vigente y de la Convención Sobre los Derechos del Niño, suscrito por el Estado boliviano.

Novena conclusión, esa obligación deberá ser observada y seguida por las empresas servidoras de Internet y los locales que ofrecen este servicio al publico en general, con lo que se busca evitar y bloquear el acceso a la pornografía infantil, ya sea desde computadoras personales y familiares de carácter privado, y computadoras puestas al servicio de los clientes y utilizadas en las instituciones publicas y privadas.

4.4. RECOMENDACIONES

Primera, la lucha contra la pornografía infantil en Internet debe ser una actividad asumida por todas las instituciones de la sociedad civil comprometidas con la defensa de los derechos de la niñez y adolescencia. En consecuencia, se recomienda a las defensorias de la niñez y adolescencia asumir su responsabilidad institucional en esta materia, a fin de impulsar una eficaz lucha contra este crimen desde los ámbitos municipales, prefactúrales y nacional.

Segunda, las instituciones de defensa de la niñez y adolescencia deben desarrollar actividades y campañas de prevención contra la pornografía infantil, en coordinación con las empresas que ofrecen servicios de Internet y las autoridades de la Policía Nacional. Estas actividades y campañas deben estar dirigidas no solo a la producción de pornografía infantil para ser depositada y comercializada en Internet, sino también, al acceso, acumulación y posesión de este material en sitios y locales de Internet, ya sean privados o abiertos a los clientes.

Tercera, mejorar la legislación penal sobre pornografía infantil adecuándola a los avances de la legislación de los países que han logrado una plena penalización de la pornografía infantil desde su producción hasta su acceso, acumulación y posesión, sin fines de lucro o para uso personal. La legislación nacional debe hacer una referencia expresa a la pornografía infantil en Internet en lo que se refiere al acceso, intercambio, comercialización y posesión en soportes informáticos de este material.

Cuarta, ejercer control sobre las empresas que ofrecen servicios de Internet en la ciudad de La Paz, en particular, y en todas las ciudades de Bolivia, en general. El afán de lucro y de obtención de mayor numero de clientes es un factor que mueve a la vulneración de las obligaciones, razón por la cual es necesario establecer un control permanente de las empresas que ofrecen servicios de Internet y de los locales que comercializan este servicio.

Quinta, sugerir al Estado boliviano la suscripción de Tratados y Convenios que están dirigidos al control y la erradicación de la pornografía infantil. 1) Fomentar la creación de cuerpos de investigación policial y judicial especializados, a fin de poder seguir con eficacia y eficiencia, los resultados de las denuncias y los seguimientos efectuados por las figuras creadas en la presente Ley. 2) Celebrar Acuerdos con organizaciones internacionales y en el marco de los acuerdos regionales y subregionales como la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado del Sur (MERCOSUR) con el fin de armonizar legislación, intercambiar información, crear registros, y aunar esfuerzos en la lucha contra este tipo de delito.

4.5. ANTEPROYECTO DE DECRETO SUPREMO.

Como resultado de la investigación expuesta en los capítulos anteriores, y atendiendo al carácter propositito de la presente Tesis, se formula una Propuesta que busca responder a las necesidades identificadas en el estudio.

Propuesta:

Establecer un Reglamento de Protección de la Infancia y la Adolescencia ante la Pornografía Infantil en Internet, que deberá ser observada y seguida obligatoriamente por las empresas proveedoras de servicios de Internet, los cafés o locales públicos y los usuarios, en general. El principal objetivo de este reglamento es hacer operativa la norma sustantiva penal propuesta y de esta forma impedir el acceso a la pornografía infantil que

circula y esta acumulada en Internet. Esta propuesta utiliza los recursos de la Informática, es decir, un Software para bloquear el acceso a ese material, con lo cual se luchara mas eficazmente contra los que producen, difunden y comercializan pornografía infantil utilizando Internet.

El principal objetivo del presente Reglamento es la protección de la niñez y adolescencia frente a la pornografía infantil difundida, comercializada, depositada, intercambiada en Internet, situación que determina un acceso libre e irrestricto a este material, lo cual conduce necesariamente al daño de bienes jurídicos de este segmento de la población nacional, como el bien de la libertad sexual, la indemnidad sexual y la dignidad humana.

El libre e irrestricto acceso a pornografía infantil, si bien no constituye un daño material o físico a los niños y adolescentes, es una situación que no solo daña a esos bienes jurídicos, sino también, coloca a los niños y adolescentes en un estado de riesgo y amenaza. En efecto, este libre e irrestricto acceso a la pornografía infantil hace que muchas personas afectadas por anormalidades sexuales acumulen este material libremente o sin que intervenga la justicia, lo cual puede conducir a los consumidores de pornografía infantil al impulso de practicar relaciones sexuales con menores de edad, forzándolos a ello.

Los estudios han demostrado que los consumidores de pornografía infantil son personas que previamente fueron consumidores de pornografía adulta, que al aburrirse de este material han buscado emociones más fuertes lo que los ha llevado a la pornografía infantil. Por ello, no se puede descartar que los consumidores de pornografía infantil tiendan al abuso sexual de menores y adolescentes, razón por la cual se hace necesario bloquear e impedir todo acceso a la pornografía infantil.

Sobre la base de estas constataciones, el presente reglamento tiene como objetivo la protección de los derechos y los bienes jurídicos de la libertad sexual, la indemnidad sexual y la dignidad de niños y adolescentes, que se vulneran impunemente toda vez que son visitadas las paginas y los sitios de pornografía infantil en Internet. Se busca alcanzar este objetivo estableciendo la

incorporación de mecanismos de Software en el uso privado y comercial de Internet.

El Reglamento se justifica en tanto que el acceso a la pornografía infantil en Internet no ha sido objeto de un tratamiento jurídico y técnico en Bolivia, en general, y la ciudad de La Paz, en particular. Este vació se puede constatar en el hecho de que es posible ingresar a sitios y paginas de pornografía infantil a través de computadoras de uso personal y familiar, y computadoras de los locales comerciales que ofrecen este servicio.

En consecuencia, la incorporación de un mecanismo de Software que impida y bloquee el libre e irrestricto acceso a esos sitios y paginas de Internet se justifica porque es una forma de proteger los derechos de la niñez y adolescencia, y una modalidad de proteger la integridad física y psicológica de niños, niñas y adolescentes frente a los consumidores de pornografía infantil en Internet.

2. Marco jurídico

El marco jurídico del presente Reglamento esta constituido por la Constitución Política del Estado, que consagra la, protección de la familia, en general, y de los niños, en particular. También se basa en Código del Niño, Niña y Adolescente que consagra los derechos de la niñez y adolescencia, el Código Penal, en su Artículo 282 (Articulo propuesto) que penaliza el acceso, posesión y acumulación de pornografía infantil mediante Internet.

Finalmente, el marco legal de este Reglamento también esta conformado por la Convención Sobre los Derechos del Niño, que consagra la protección integral del menor, y el Protocolo de esa Convención que consagra la defensa de los niños, niñas y adolescentes contra la pornografía infantil.

3. Marco técnico

En tanto el principal objetivo del presente Reglamento es evitar el acceso, difusión, comercialización, intercambio y posesión de pornografía infantil, a través de Internet, se recomienda la utilización de los siguientes mecanismos de Software:

- El **reconocimiento de palabras clave** que es un mecanismo informático que evita el acceso a las páginas que contengan la palabra clave elegida como, en este caso, pornografía infantil

- La **confección de listas negras** que ayuda a suprimir la visita a los sitios y páginas de pornografía infantil.

- El **mecanismo de tecnología PICS (Plataforma para la Selección del Contenido en Internet)** que también impide el acceso a pornografía infantil

En este marco se propone el siguiente:

ANTEPROYECTO DE DECRETO SUPREMO

REGLAMENTO DE USO DE INTERNET PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN INTERNET

Por cuanto el Consejo de Ministros del Gobierno de Bolivia ha aprobado el siguiente Decreto Supremo:

VISTOS Y CONSIDERANDO:

QUE la Constitución Política del Estado Plurinacional reconoce de forma expresa los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la protección de la familia, en general, y de los niños, en particular.

QUE el Estado boliviano ha suscrito la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el Protocolo, orientado a la protección de la Niñez y Adolescencia frente a cualquier tipo de actos que denigren su dignidad humana, su integridad física y emocional.

QUE el Código del Niño, Niña y Adolescente establece la obligación del estado de proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a las situaciones y hechos que constituyen amenazas expresadas y manifiestas a su derechos, a su seguridad física y mental, que alternen su normal desarrollo de su personalidad.

QUE en Bolivia existe un acceso libre e irrestricto a pornografía infantil, ya sea desde las computadoras personales o las computadoras conectadas a Internet, que son alquiladas en cafés, locales comerciales que ofrecen el servicio de Internet.

QUE el acceso y la libre exposición de este material daña a la dignidad humana de la Niñez y Adolescencia, y pone en riesgo la seguridad de este sector de la población frente a las personas adictas a la pornografía infantil que son proclives de pasar del consumo de esta pornografía a la realización de acciones como el ataque a niños, niñas y adolescentes en busca de satisfacer sus inclinaciones sexuales, con la violación y la utilización en pornografía.

QUE el acceso a la pornografía infantil, u obtención y acumulación por parte de personas que sufren patología sexuales como la pedofilia, puede constituirse en una amenaza a la seguridad de la Niñez y Adolescencia, situación frente a la cual las autoridades encargadas del bienestar de este sector de la población no debiera asumir un actitud pasiva o de indiferencia.

QUE en el ámbito de la tecnología informática se han desarrollado mecanismos que pueden bloquear el acceso y la obtención de pornografía infantil, como bloqueos de reconocimiento de palabras, de confección de listas negras y las plataformas para la Selección del Contenido en Internet) que también impide

QUE en el ámbito de la legislación comparada se establece la incorporación de estos recursos o mecanismos informáticos de bloqueo, a través de la obligación de realizar el bloqueo o de asumir normas de autorregulación por parte de las empresas proveedoras y que prestan servicios de Internet.

POR TANTO:

El Consejo de Ministros, en ejercicio de las facultades que el confiere la Constitución Politica del Estado Plurinacional.

RESUELVE

Articulo 1. (Objeto). El objeto del presente Reglamento es establecer normas reglamentarias dirigidas a regular el acceso a sitios de la red, con el único propósito de evitar y bloquear el acceso y la divulgación de material de pornografía infantil. Su fin es establecer medidas técnicas y administrativas destinadas a prevenir el acceso, la obtención y acumulación, aunque sea sin fines de lucro, a cualquier modalidad de pornografía infantil en Intenet.

Articulo 2 (Ámbito de aplicación). El ámbito de aplicación del presente Reglamento son los Proveedores de Acceso a Internet, los Proveedores de Contenido de Internet, los proveedores de servicios de alojamiento y a las demás empresas que ofrecen servicios de Internet en computadoras instaladas en lugares públicos y comerciales.

Articulo 3 (De las Obligaciones) En virtud del presente Reglamento, los Proveedores de Acceso a Internet, los Proveedores de Contenido de Internet, los proveedores de servicios de alojamiento y a las demás empresas que ofrecen servicios de Internet en computadoras instaladas en lugares públicos y comerciales, están deberán seguir y cumplir las obligaciones que se detallan en los siguientes Artículos.

Articulo 4 (Obligaciones de los Proveedores de Acceso a Internet). Los Proveedores de Acceso a Internet deberán seguir las siguientes obligaciones:

1. No incluir en su sitio propio material en modo de imágenes o videos, textos, documentos o archivos audiovisuales que contengan pornografía infantil.

Articulo 5 (Obligaciones de los Proveedores de Contenido de Internet). Las obligaciones de los Proveedores de Contenidos de Internet son las siguientes:

1. No incluir en sus contenidos de pornografía infantil y denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto criminal contra menores de edad de que tengan conocimiento, incluso de la difusión de material pornográfico asociado a menores de edad.

3. Abstenerse de usar las redes globales de información para la divulgación de material pornográfico con menores de edad.

4. Retirar material alojado en su propia infraestructura o vínculos o links que contengan o distribuyan contenido pornográfico relativo a menores de edad.

5. Implementar medios técnicos o de Software que tengan como objetivo fundamental prevenir el acceso a sitios Web con contenido de pornografía infantil bajo la forma de de imágenes o videos, textos, documentos o archivos audiovisuales.

6. Informar a sus clientes y/o usuarios, de acuerdo con los medios y procedimientos a su alcance, sobre la existencia de herramientas de control de acceso o filtrado de contenidos, disponibles en el mercado, que éstos pueden

adquirir e instalar en sus equipos con el propósito de prevenir el acceso de menores de edad a sitios que contienen o distribuyen material pornográfico

7. Incluir vínculos o links en su sitio propio con la información de las autoridades competentes con el propósito de que sus clientes y usuarios hagan las denuncias pertinentes sobre direcciones en las que se encuentre información que contenga pornografía infantil.

8. Colocar carteles en un lugar visible, con la finalidad de dar a conocer de forma clara la total y absoluta prohibición de ingreso a las paginas y sitios de pornografía infantil, previendo la posibilidad de que sean vulnerados los controles o mecanismo de Software instalados.

Articulo 5 (DE LAS SANCIONES). Se establecen las siguientes sanciones:

Proveedores de servicios de Internet. Las empresas telefónicas que ofrecen servicios de Internet que incumplan el presente Reglamento serán sancionadas con una multa de 50.000 bolivianos, recursos que serán destinadas a campañas comunicacionales de prevención contra la pornografía infantil en Internet.

Propietarios y responsables de locales que ofrecen servicios de Internet. Los propietarios y responsables de locales que ofrecen servicios de Internet que incumplan el presente Reglamento serán sancionados con una multa de 10.000 bolivianos y la clausura de 30 días del local.

Usuarios de Internet. A los usuarios que accedieren, obtuvieren, poseyeren y acumularen pornografía infantil se aplican las sanciones penales establecidas en el Articulo 282 (Articulo propuesto) del Código Penal.

Articulo 6. (Entidades encargadas de la aplicación del Reglamento). Las entidades encargadas de la aplicación del presente Reglamento son la Superintendencia de Comunicaciones, el Ministerio Publico y las Defensorias de la Niñez y Adolescencia municipales, cada una en el ámbito de sus competencias y atribuciones.

Firmado por

Por tanto la promulgo para que se tenga en cuenta y se cumpla, a los dos días del mes de noviembre del año dos mil nueve.

Evo Morales Ayma
Presidente Constitucional del Estado Plurinacional

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Cámara de Diputados: Nueva legislación de la niñez. Fondo Editorial, La Paz, Bolivia, 2001,

Defensa de la Niñez. Evolución de los Derechos del Niño. Editorial del Gobierno. Buenos Aires Argentina, 1999.

HARB, Benjamín Miguel: Código Penal Boliviano. Comentado. Editorial Los Amigos del Libro, La Paz, Bolivia, 1983

JORDAN, Marco: Instrumentos del Derecho Internacional del Niño. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 2001.

MARTINEZ, Julio: Recursos para el bloqueo de contenidos en Internet. Manuales, Nueva Cork, 2003.

MUÑOZ, Eduardo: La Doctrina de la Protección Integral. Editorial Norma, México, 2001.

SAMPER, Ramiro: Los Derechos del Niño. Editorial Jurídica, Quito, Ecuador, 2002.

ROBLES, Julio: Los contenidos nocivos en la Internet, publicado en la Revista Derecho Informático, Buenos Aires, Argentina, 2003.

.SALVAT, Jaime: La información por Internet. Editorial Trillas, México, 2001.

WITKER, Jorge: Como elaborar una Tesis en Derecho. Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1998.

EN LA WEB:

www.asociacion-acpi.org;

www.protegeles.com;

www.pedofilia-no.org