



Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Central
Sucre – Bolivia

Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal
Gestiones 2017 - 2018

PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL CIBERACOSO A
MENORES DE EDAD (GROOMING) PARA LA
INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL
BOLIVIANA

Tesis presentada para optar el
Grado Académico de Magister
en Derecho Penal y Derecho
Procesal Penal

Alumno: Fernando Rodrigo Encinas Almendras

Sucre – Bolivia
2020

DEDICATORIA

Esta investigación está dedicada a las familias bolivianas y a todas las niñas, niños y adolescentes, en especial a los que han sido víctimas de abusos, una realidad latente en la sociedad boliviana.

Es deber de todos cuidar a este sector que constituye la esencia del futuro, comprometiéndonos a garantizar su normal y feliz desarrollo.

AGRADECIMIENTOS

A mis queridos padres por todo el cariño y apoyo brindado.

A mis hermanos, mis cómplices de vida.

Y a todo aquel que ha sido fuente de inspiración para mí persona y que ha aportado en mi vida.

A todos ellos muchas gracias.

RESUMEN

El cibercrimen es un tema actual, el cual se sugiere su estudio para su mejor comprensión, con la creación del internet con fines de ayudar a compartir la información, posteriormente el surgimiento de las redes sociales como plataforma digital donde actualmente las personas utilizan para poder interactuar y relacionarse entre sí, se ha convertido en una parte importante en las vidas de las personas. Sin embargo, este mismo hecho ha significado una evolución para el delito, pues el internet ofrece ciertas ventajas que resultan ser atractivas para los delincuentes cibernéticos, destacando como víctimas potenciales a las niñas, niños y adolescentes, por ser un grupo vulnerable surgiendo la necesidad de reformar o implementar leyes para su especial protección ya que el Estado Boliviano tiene como uno de sus principales fines la protección de los derechos fundamentales, los cuales alcanzan una mayor relevancia al tratarse de las niñas, niños y adolescentes para la protección máxima de sus derechos.

A medida que el mundo y la tecnología avanza, el Derecho no puede quedar ajeno. La pedofilia es una problemática que se ha venido dando desde los inicios en cuanto al uso de las plataformas digitales y con patrones que resultan ser repetitivos en aquellos países en vía de desarrollo en relación con aquellos más avanzados, por ello sin ir lejos los diferentes Estados de nuestra región han optado por actualizar y armonizar su normativa penal, conforme a instrumentos internacionales, para poder combatir a estos delincuentes, en busca de brindar protección máxima a las niñas, niños y adolescentes, frente a hechos que afecten o puedan afectar, la normal formación de su sexualidad, como esfera íntima ya que no han alcanzado la madurez suficiente para su autodeterminación.

Se define y se clasifica los delitos informáticos en sus teorías penales para lograr un entendimiento que nos permita encontrar en esta línea el delito del “*grooming*” también conocido como “*child grooming*” caracterizado por el conjunto de actos realizados de manera voluntaria por un adulto, con el objetivo de contactar a una niña, niño o adolescente, con fines de carácter sexual a través de las nuevas tecnologías.

Por su contexto, merece un análisis por lo cual mediante este proyecto de investigación se examina los instrumentos internacionales, la doctrina, la legislación comparada y críticas sobre su regulación, así también se establece los elementos que componen a este delito para su propuesta de inclusión en el Código Penal Boliviano.

ABSTRACT

Cybercrime is a current issue, which suggests its study for better understanding, with the creation of the internet in order to help share information, then the emergence of social networks as a digital platform where people currently use to interact and interacting with each other, has become an important part in people's lives. However, this same fact has meant an evolution for crime, since the internet offers certain advantages that are attractive to cyber criminals, highlighting girls, boys and adolescents as potential victims, because they are a vulnerable group, and the need arises reform or implement laws for their special protection since the Bolivian State has as one of its main purposes the protection of fundamental rights, which reach a greater relevance when dealing with girls, boys and adolescents for the maximum protection of their rights.

As the world and technology advances, the Law cannot remain foreign. Pedophilia is a problem that has been occurring since the beginning in terms of the use of digital platforms and with patterns that turn out to be repetitive in those developing countries in relation to those more advanced, so without going far different states of Our region has chosen to update and harmonize its criminal regulations, in accordance with international instruments, in order to combat these criminal, in order to provide maximum protection for girls, boys and adolescents, against events that affect or may affect the normal formation of their sexuality, as an intimate sphere since they have not reached sufficient maturity for their self – determination.

Computer crimes are defined and classified their criminal theories to achieve an understanding that allows us to find in this line the crime of “grooming” also known as “child grooming” characterized by the set of acts performed voluntarily by an adult, with the aim of contacting a girl, boy or adolescent, for sexual purposes through new technologies.

Due to its context, it deserves an analysis for which this research project examines international instruments, doctrine, comparative legislation and criticism of its regulation, as well as establishing the elements that make up this crime for its proposal to be included in the Bolivian Criminal Code.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
1 ANTECEDENTES	3
2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
4 JUSTIFICACIÓN.....	7
5 OBJETO DE ESTUDIO	9
6 CAMPO DE ACCIÓN	9
7 OBJETIVOS	9
7.1 OBJETIVO GENERAL	9
7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	9
8 HIPÓTESIS.....	10
8.1 FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS	10
8.2 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	10
8.2.1 VARIABLE INDEPENDIENTE	10
8.2.2 VARIABLE DEPENDIENTE.....	10
8.2.3 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	10
9 DISEÑO METODOLÓGICO	12
9.1 MÉTODOS TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	12
9.2 MÉTODOS LÓGICOS	12
9.3 MÉTODOS EMPÍRICOS	13
10 POBLACIÓN Y MUESTRA	14
CAPITULO I.....	15
1 MARCO TEÓRICO.....	15
1.1 MARCO HISTÓRICO	15

1.1.1	ORIGEN DEL INTERNET.....	15
1.1.2	APARICIÓN DEL DELITO INFORMÁTICO	17
1.1.3	LAS REDES SOCIALES.....	21
1.1.4	EN BOLIVIA	23
1.2	MARCO CONCEPTUAL.....	24
1.2.1	EL DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO	24
1.2.1.1	EL DERECHO PENAL.....	24
1.2.1.2	LA TEORÍA DEL DELITO	46
1.2.2	EL ACOSO Y EL CIBERACOSO.....	57
1.2.2.1	EL ACOSO.....	57
1.2.2.2	CIBERACOSO	58
1.2.2.3	DIFERENCIA ENTRE EL ACOSO Y EL CIBERACOSO	59
1.2.2.4	TIPOS DE CIBERACOSO.....	61
1.2.3	DELITO INFORMÁTICO - CIBERACOSO CON FINALIDAD SEXUAL A MENORES DE EDAD (<i>GROOMING</i>).....	62
1.2.4	SUJETOS INTERVINIENTES.....	66
1.2.5	BIEN JURÍDICO TUTELADO EN DELITOS SEXUALES.....	67
1.2.6	LA INDEMNIDAD SEXUAL Y LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO.....	70
1.2.7	DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO.....	71
1.2.8	SOBRE SU CONSUMACIÓN Y TENTATIVA.....	72
1.2.9	POSTURAS DOCTRINALES.....	74
1.2.10	TRATAMIENTO DE LUCHA Y PREVENCIÓN CONTRA EL CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES (<i>GROOMING</i>).78	
1.2.11	PERFIL PSICOLÓGICO DEL ABUSADOR SEXUAL DE MENORES	80

1.2.12	EL DAÑO EN NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DEL <i>GROOMING</i>	82
1.2.13	LO EFECTOS DEL <i>GROOMING</i> EN LA SOCIEDAD	84
1.3	MARCO CONTEXTUAL	85
1.3.1	ANÁLISIS DEL DELITO DE CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES (<i>GROOMING</i>) EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	85
1.3.2	FALTA DE TIPIFICACIÓN DEL CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINALIDAD SEXUAL (<i>GROOMING</i>) EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA	92
1.3.2.1	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	92
1.3.2.2	LEY NRO. 548 CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE	93
1.3.2.3	LEY INTEGRAL PARA GARANTIZAR A LAS MUJERES UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. LEY NRO. 348 DE 9 DE MARZO DE 2013.	95
1.3.2.4	CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Y DELITOS DE CARÁCTER SEXUAL.	95
1.3.2.5	SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y EL ROL DE LA FISCALÍA	103
1.3.2.6	EL CIBERACOSO CON FINES DE CARÁCTER SEXUAL EN EL CONTEXTO BOLIVIANO ACTUAL	104
1.3.3	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	107
1.3.3.1	RESPUESTA JURÍDICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL ANTE LA DELINCUENCIA INFORMÁTICA	107
1.3.3.2	LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO OCDE	108
1.3.3.3	CONSEJO DE EUROPA	108
1.3.3.4	NACIONES UNIDAS	109
1.3.3.5	CONVENIO DE BUDAPEST	110
1.3.3.6	LA RED 24/7	111

1.3.3.7	CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y ABUSO SEXUAL.....	112
1.3.3.8	UNASUR.....	115
	CAPITULO II.....	117
2	DIAGNÓSTICO	117
2.1	RESULTADOS DE LA ENTREVISTA APLICADA AL DIRECTOR NACIONAL DE LA FISCALÍA ESPECIALIZADA DE DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL Y RAZÓN DE GÉNERO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.	117
2.2	RESULTADOS DE LA ENTREVISTA APLICADA A LA DIRECTORA DE LA DIVISIÓN DE TRATA Y TRÁFICO DE LA FELC-C DE LA CIUDAD DE LA PAZ, DE LA POLICÍA NACIONAL.....	120
2.3	CONCLUSIONES DEL DIAGNÓSTICO.....	123
	CAPITULO III.....	127
3	PROPUESTA.....	127
3.1	FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA.....	127
3.2	COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS	129
3.2.1	LA TIPIFICACIÓN DEL GROOMING EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO.....	129
3.2.2	CERTEZA JURÍDICA.....	130
3.3	SUSTENTO LEGAL.....	130
3.4	PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY	132
	BIBLIOGRAFÍA.....	135
	ANEXOS	139

INTRODUCCIÓN

Al hablar sobre el cambio generacional en el que nos encontramos y así poder entender el comportamiento humano, sin duda se debe tomar en cuenta la creación de las nuevas tecnologías y su implementación en diferentes ámbitos de nuestra sociedad, principalmente de las tecnologías de la información y de la comunicación. El uso de internet, ha traído consigo muchos beneficios que facilitan a las personas labores como funciones que realizan de forma cotidiana, pero sobre todo fundamentalmente en la forma de relacionarse e interactuar de las personas a través de estos medios, volviéndose ya parte indispensable de sus vidas, siendo utilizadas por todo tipo de personas y de diferentes edades, desde los más pequeños hasta personas de la tercera edad.

No obstante, es evidente que también ha significado una evolución para el delito, encontrando un nuevo campo con ventajas que el internet ofrece para delinquir, entre ellos el uso de las redes sociales, que como se mencionaba es un factor importante para la interacción entre las personas, pues se ha convertido en una forma básica para que las personas se relacionen, siendo solo algunos de los beneficios dentro de todo este **ciberespacio**, entendiendo este último como aquel “Ámbito virtual creado por medios informáticos”.¹

Debido al poco o nulo control que existe y el mal uso que se le da a estas redes sociales por parte de sus usuarios ya que permiten una participación libre, existe como se mencionaba ciertas ventajas que son atractivas para realizar acciones consideradas como delitos o ciberdelitos, considerando especialmente aquellos que afecten a sectores o grupos más vulnerables como ser personas menores de edad, por lo cual el Derecho ante ello no puede quedar ajeno debiendo adaptarse a la evolución y los cambios tecnológicos, previendo y sancionando estas conductas, permitiendo de la misma forma adoptar mecanismos más idóneos para la persecución e investigación de estos delitos.

En Bolivia en su caso, dentro de la considerada ley de leyes, erige un nuevo modelo de Estado a partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado de 2009, el cual se compromete como uno de sus fines principales a la protección y eficacia máxima de

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.2 en línea]. 2018. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=98Wdd57>

los derechos, los que conciernen para este trabajo de investigación, en el Título II, dentro del Capítulo Segundo (Derechos Fundamentales) se encuentran reconocidos los derechos a vida y a la integridad física, psicológica y **libertad sexual** de las personas.

Este deber de protección por parte del Estado Boliviano alcanza una mayor relevancia cuando se trata de grupos más vulnerables, es decir sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes, de esa forma en la Constitución Política del Estado dentro del Capítulo Quinto (Derechos Sociales y Económicos) en su Sección V (Derechos de la niñez, adolescencia y Juventud), en su Art. 60 textualmente señala:

“Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.”²

A su vez el Art. 61 de la propia norma suprema estipula:

“I. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

II. Se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil. Las actividades que realicen las niñas, niños y adolescentes en el marco familiar y social estarán orientadas a su formación integral como ciudadanas y ciudadanos, y tendrán una función formativa. Sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.”³

Mediante esta percepción el niño, niña y adolescente es sujeto activo de derechos, el propio legislador hace que el Estado tenga la obligación de proporcionar a la infancia una protección especial ya que la misma representa una etapa fundamental, debiendo garantizarse el mejor comienzo de vida posible siendo la manera de garantizar el desarrollo y el progreso de las naciones.

² Art. 60 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

³ Art. 61 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

1 ANTECEDENTES

Actualmente el internet, los medios digitales y en especial las redes sociales proporcionan importantes herramientas para el contacto humano, la gran mayoría de las personas de la sociedad boliviana utilizan o pertenecen a una red social (*Facebook, Twitter, WhatsApp, Instagram, Messenger, Snapchat, etc.*) donde van desarrollando y creando relaciones de amistad, sentimentales, laborales entre otros, pero al igual que representa un lugar virtual para relacionarse, es también una fuente delictiva, donde aparecen nuevas formas de delitos originados en la red.

Los usuarios, que llegan a ser personas de distintas edades ya que la mayoría de las redes sociales permiten una participación y acceso libre, teniendo como único requisito contar con un dispositivo con acceso a internet, muchos de ellos no llegan a imaginarse a los peligros que se exponen, ni con quien comparten su información. Estas redes sociales son un sistema o servicio que maneja multitud de datos personales, relativos a la identidad de las personas y en el que la baja seguridad de resguardo de tal información provoca que se dé mal uso de la misma por terceras personas, siendo las personas más vulnerables ante este tipo de hechos fundamentalmente las personas menores de edad, es decir las niñas, niños y adolescentes.

Se debe tener en cuenta que el internet entre los muchos de sus beneficios; ha sido sin duda una pieza clave para la expresión, organización de protestas y movilización de las personas. Dando la posibilidad a personas en el mundo de comunicar sus ideas, de esa forma lograr cambios en sus respectivas sociedades, por ello es que la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2011, decretó el internet como un derecho humano (es decir no podría verse de otra forma como una violación de derechos si se prohíbe su uso).

Posteriormente el 1 de Julio del año 2016, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ONU, aprobó por mayoría de votos, una resolución por la que declara que los derechos humanos deben ser protegidos en el ámbito digital y promovidos en la misma medida que los derechos humanos en el mundo físico.

Este tipo de hechos que tienen contornos de delito se encuentra el Ciberacoso (*grooming*) un fenómeno contemporáneo, específicamente el que se lo realiza en contra de personas menores de edad a través de ciertos medios, donde el autor ejerce una dominación sobre la víctima a nivel emocional, ya que contiene diferentes etapas en su realización mediante

estrategias con el propósito de cometer algún delito contra la integridad sexual de la persona menor de edad, distintos países han optado por tipificar este tipo de conductas delictivas dentro de su legislación penal.

La Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual de 2007 se constituye como el primer documento internacional en señalar como delitos penales las distintas formas de abuso sexual de menores, incluyendo el *grooming* y el turismo sexual, como se mencionaba actualmente existen países que han optado por la incorporación dentro de sus legislaciones el delito del *grooming* como un delito preparatorio, para otro de carácter sexual más grave que vaya en desmedro de los intereses y derechos de las personas menores de edad, entre los cuales se pueden señalar los países como Alemania, Estados Unidos, Escocia, España, en Latinoamérica países como Argentina, Chile, Ecuador, entre otros.

Al respecto, la organización mundial más antigua que reúne especialistas de las ciencias penales, estamos hablando de La Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), fundada en París – Francia el 14 de marzo de 1924, como resultado de una reorganización de la Unión Internacional de Derecho Penal (UIDP), que fue fundada en Viena en 1889 por tres de los más grandes referentes y eminencias del derecho penal siendo Franz Vonz Litz, Gérard Van Hamel y Adolphe Prins, que se disolvió a la culminación de la primera guerra mundial, sobre el tema se pronuncia el cual dentro de las recomendaciones realizadas por este ente internacional se pueden indicar las siguientes:

- Los delitos, en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y el ciberespacio, deben ser **definidos por ley**.
- La ley debe emplear términos que definan la conducta prohibida de la manera más precisa posible.
- Son legítimas las leyes que deciden penalizar actos preparatorios (de ataques a intereses relativos a las TIC y al ciberespacio) siempre que creen un riesgo de causar daño o peligro concreto a intereses protegidos de otros.
- Cuando se castiguen actos preparatorios la pena debería ser menor.
- Si un Estado debe criminalizar la conducta de hacerse pasar por personas inexistentes debe limitarse a los actos cometidos con la intención de causar daño.

- Se pone especial énfasis en conductas vinculadas a la pornografía infantil, aunque también en ese caso se establece alguna clase de límite, puntualizando el caso en que se implican niños reales.

El informe denominado “*Child Safety Online: Global challenges and strategies*”, elaborado por el Centro de Investigación Innocenti (*Innocenti Research Center*) dependiente del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, recomendaba en el año 2011, que se castigases los intentos de contacto y el abuso *online*, incluso sin mediar engaño.

En la primera parte nos centrábamos en el apartado que analizaba la situación de los menores frente a los potenciales riesgos de la Red. Donde en su apartado “*Building a protective environment*”, donde el equipo investigador lanza una propuesta de estructura internacional de protección para los menores online (en línea).

- Un marco legislativo que defina lo que son actividades delictivas en este entorno.
- La capacidad para poner freno a los abusadores potenciales y para perseguir a los delincuentes.
- Y medidas proactivas para restringir e inhibir el acceso a las imágenes de abuso a menores.

Algunos obstáculos que se pueden presentar ante este tipo de hechos, en algunos casos de *grooming*, es que el menor de edad víctima puede percibe al abusador como su novia o novio y es emocionalmente dependiente de él (o ella). Otra dificultad surge en los casos en los que el menor está aislado o carece de soporte social o familiar, con lo cual es aún más improbable que denuncie. Y por supuesto muchos ni siquiera sabrán nunca que han sido víctimas de abuso puesto que una foto suya captada en internet puede ser retocada digitalmente para hacerles aparecer desnudos o en escenas sexuales y ser distribuido por la Red sin que llegue a tomar conocimiento el menor.

Se establece que a medida que se vaya disponiendo más ampliamente de tecnológicas como ser la banda ancha y telefonía móvil de última generación, los patrones de riesgo detectados en aquellos países más industrializados se repetirán también en los países que se encuentran en desarrollo, a menos que se ponga en marcha medidas para la prevención.

2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente existe en las personas un estilo de vida **en línea (online)** “El concepto se utiliza en el ámbito de la informática para nombrar a algo que está conectado o a alguien que está haciendo uso de una red (generalmente, Internet)”⁴. Dentro de nuestra legislación no se establece una edad mínima para el uso del internet, siendo más específicos del uso de las Redes Sociales; lo que se busca es un estilo de vida online adecuado.

Los peligros que representa el uso del internet, en lo social influye en sectores que son más vulnerables como ser las personas menores de edad, siendo deber del Estado otorgar protección máxima y garantizar a no sufrir interferencias en su desarrollo.

El ciberacoso realizado en contra de menores de edad *grooming*, no está tipificado como delito en el Código Penal boliviano, por esa razón en lo jurídico ante estos hechos delictivos y las personas que se ven involucradas, pueden ser procesadas judicialmente, pero que son adaptados a otro tipo de delitos como se señala, por el de trata de personas con fines de explotación sexual inmerso en el Art. 281 bis en su inciso 6) o por el propio delito de pornografía Art. 323 bis, delitos contemplados en el Código Penal.

Ante la falta de desarrollarse una legislación especial, el derecho comparado influye en la realización de un estudio doctrinal y jurídico para la tipificación específica y precisa de este tipo de delito.

La confusión con otros tipos penales, como la pornografía, trata de personas con fines de explotación sexual, corrupción de menores, nos conducen al problema del uso de los medios de investigación que permitan una carga probatoria específica para su sanción. representa varias dificultades para la investigación del hecho para poder ser juzgado como corresponde, pues no se encuentran establecidos los límites legales, incurriendo en analogías violando de esta manera el principio de taxatividad.

También se debe destacar que al momento de la investigación de este tipo de delitos o ciberdelitos, no puede ser la misma que se realiza ante los otros tipos de delitos comunes, pues por su naturaleza exige que para la obtención de la prueba deba realizarse de manera rápida y segura, ya que el internet ofrece la posibilidad de borrar de igual forma

⁴ WIKIPEDIA: *La enciclopedia libre*, 29 de diciembre de 2012. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/En_l%C3%ADnea

rápidamente cualquier información que es de importancia para la investigación de este actuar delictivo.

3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Con la tipificación del ciberacoso contra niñas, niños y adolescentes con fines sexuales en el Código Penal Boliviano se generará una tutela del bien jurídica indemnidad sexual?

4 JUSTIFICACIÓN

Conveniencia. – Se tiene como base fundamental, el estudio académico de este ciberdelito, desde la perspectiva doctrinal, jurídica, como aporte para la tipificación del ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual (*groomig*) que en su aspecto formal, objetivo y material, vulnera de forma directa el bien jurídico de la libertad sexual o indemnidad sexual de las personas menores de edad, de esa forma poder evidenciar estas conductas realizadas por personas mayores de edad dentro de nuestra sociedad boliviana y tener una correcta adecuación de estos hechos ilícitos. Conforme lo establece la Constitución Política del Estado de brindar máxima protección a las niñas, niños y adolescentes es decir a personas menores de edad frente a estos hechos ya que resultan ser las más potenciales víctimas.

Además de aportar y optar por una correcta forma de investigación ante este tipo de delitos ya que se requiere una forma de investigación distinta a la de los delitos comunes y contar con las herramientas necesarias como con personal capacitado esto conforme a instrumentos internacionales que sin duda beneficiaran no solo a investigaciones de esta clase de delitos sino a todas aquellas que involucren y requieran recabar evidencia digital de una forma segura y rápida. Si bien la FELCC (FUERZA ESPECIAL DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN) cuenta con una división y sección especializada en la investigación de delitos informáticos en algunos Departamentos de Bolivia, la misma presenta dificultades para el esclarecimiento de estos hechos pues el ente titular de realizar las investigaciones es decir el Ministerio Público, de igual forma debe contar con una unidad específica y especializada para la investigación y esclarecimiento de este tipo de ciberdelitos.

Significación Práctica. - Frente a la manifestación de este tipo de hechos, nuestra sociedad se ve afectada por cuanto no se conocen de manera legal como también investigativa por el Ministerio Público, como por su brazo operativo como es la Policía

Nacional Boliviana, cuáles son los hechos específicos generadores que impulsan la comisión de este delito.

Tomando en cuenta las características especiales para la ejecución del delito de ciberacoso contra los menores de edad con finalidad sexual, que no se adecuan a la realidad de su accionar ilícito como ser técnicas de su ejecución, así como su vinculación a otras formas de delito, dificultan su estudio y legislación penal, que se traduzca en una normativa específica para su sanción.

La adecuación del hecho ilícito de los operadores de justicia, como ser los fiscales, que proponen su investigación y tratamiento jurídico por otros tipos penales, como ser el de trata con fin de explotación sexual o el de pornografía, dificulta para el desarrollo de la investigación y tergiversa el sentido de justicia.

Relevancia y pertinencia social. - Lo que se pretende es que mediante la tipificación del ciberacoso en contra de los menores de edad con finalidad sexual, pueda otorgarse efectivamente el derecho a promover las instancias judiciales en defensa de sus intereses.

De la misma forma poder evidenciar esta problemática dentro de nuestra sociedad, concientizar a la población en especial a los menores de edad, de los peligros a los que se exponen mediante el uso de internet y poder discernir al momento de ser víctimas de este tipo de hechos promoviendo una investigación a través de la denuncia, es en ese sentido que se propone la introducción de un nuevo tipo delictivo en que la conducta ciberacosadora en contra de menores de edad que conlleve a una evidente finalidad sexual resulte punible cuando afecte de manera directa la estabilidad de la víctima y pretenda generar una afectación grave a su normal desarrollo en especial al tratarse de sus sexualidad.

Aporte Práctico. – Se tiene que el hecho que se tipifique como delito el ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual (*grooming*), dentro de nuestra legislación penal del Estado Boliviano, constituya un gran avance en la armonización de normas penales a la par de países desarrollados en la lucha a nivel internacional contra la ciberdelincuencia, con el fin de evitar el acrecentamiento de este tipo de hechos considerados por muchos países como delictivos, como también evitar la impunidad de este tipo de casos dentro de la sociedad boliviana, dando la protección máxima requerida en el Estado Boliviano, para los sectores más vulnerables como ser de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, crear

una mayor certeza jurídica como principio rector del derecho penal. En ese sentido se aspira contribuir con la justicia, entendiendo la acepción del jurista romano Domicio Ulpiano: “vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo que le corresponde”.⁵

Actualidad del tema. – Es novedoso ya que presenta particularidades muy propias de la era de la información, estas innovaciones han ocasionado nuevas maneras de cometer ilícitos, por lo cual esta problemática llegaría a afectar la situación jurídica del Estado Boliviano, en la afectación de los bienes jurídicos tutelados en el ámbito del derecho penal.

5 OBJETO DE ESTUDIO

La sanción del ciberacoso (*grooming*), en el Código Penal Boliviano.

6 CAMPO DE ACCIÓN

Identificación del fenómeno delictivo del ciberacoso contra la indemnidad sexual de menores de edad a través de redes sociales.

7 OBJETIVOS

7.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer los fundamentos jurídicos y doctrinales para la tipificación del ciberacoso contra menores de edad con fines sexuales en el Código Penal boliviano.

7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar las dimensiones de los delitos de carácter informático y su incidencia en el campo penal.
- Analizar lo teórico doctrinal de la figura delictiva del ciberacoso contra menores de edad con fines sexuales (*grooming*).
- Diferenciar los tipos penales actuales de carácter sexual dentro de la legislación penal boliviana a través de los cuales se apertura una investigación por hechos que constituyen casos de ciberacoso contra menores de edad (*grooming*).

⁵ WIKIPEDIA: *La enciclopedia libre, Justicia*, 19 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Justicia#Concepto>

- Analizar la legislación penal comparada acerca de la regulación jurídico penal de la figura del ciberacoso contra menores de edad con fines sexuales (*grooming*).

8 HIPÓTESIS

8.1 FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Con la tipificación del delito del ciberacoso con fines sexuales contra menores de edad (*grooming*) en el Código Penal boliviano, se tutelaré el bien jurídico de la indemnidad sexual de las niñas, niños y adolescentes, permitiendo una investigación penal con un alto nivel de certeza jurídica, que repercuta en la disminución de su accionar criminal en la sociedad boliviana.

8.2 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

8.2.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

Tipificación del delito del ciberacoso contra niñas, niños y adolescentes con fines sexuales (*grooming*) en el Código Penal boliviano.

8.2.2 VARIABLE DEPENDIENTE

Tutela del bien jurídico protegido indemnidad sexual.

8.2.3 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variable Independiente	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores
Tipificación del delito de ciberacoso a niñas, niños y adolescentes (<i>grooming</i>), en el Código Penal Boliviano.	El <i>grooming</i> – traducción de la palabra “acicalamiento” en inglés– se define como la captación y manipulación de menores de edad en línea con fines	Tipificación del <i>grooming</i> en el Código Penal Boliviano.	-Sujeto Activo -Sujeto Pasivo -Conducta -Bien jurídico protegido

	<p>sexuales.</p> <p>Etimológicamente, <i>grooming</i> es una forma verbal de groom, vocablo cuyo significado alude a conductas de preparación o acicalamiento de algo, que en el ámbito de la pedofilia suele asociarse a toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral y psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual.</p>		
Variable Dependiente	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores
Tutela del bien jurídico indemnidad sexual.	El derecho a que la persona no sufra interferencia en la formación de su	-Certeza Jurídica -Bien Jurídico.	-Derecho fundamental. -Núcleo de Investigación

	propia sexualidad que se aplica principalmente a menores de edad y personas incapaces.	-Bien Jurídico, niña, niño y adolescente. -Indemnidad sexual	-Prevención especial y general del delito.
--	--	---	--

9 DISEÑO METODOLÓGICO

9.1 MÉTODOS TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

En el presente trabajo de investigación científica según el objeto de estudio constituye una investigación descriptiva y propositiva, siendo que mediante una correcta aplicación y utilización de los conocimientos frente a estos hechos delictivos a través de redes sociales, que si bien son temas que generan ciertos conflictos para el país pero conocidos en el ámbito internacional se puede aprovechar los avances logrados respecto a formas y medios de prevención como de control al uso de las redes sociales de forma que se pueda evitar o al menos reducir la cantidad de víctimas de esta clase de delitos, para así poder incorporar y a su vez aplicar ante este tipo de hechos en concreto, los conocimientos y avances para beneficio de los usuarios del país. A través de un análisis doctrinal, jurídico, social, se explicó la naturaleza, características y alcance del *grooming* en la sociedad por medio del ciberespacio; y a partir de esa explicación, se establecieron los elementos constitutivos, formales, objetivos y materiales de la tipificación del delito de *grooming* con sus propias jurídicas características.

9.2 MÉTODOS LÓGICOS

Para el caso se utiliza el tipo de método lógico dialéctico ya que nos permite conocer de mejor manera estos problemas de la realidad sobre el mal uso que se viene dando de las redes sociales, medio idóneo para hechos ilícitos por su magnitud que congloba y su difícil investigación respecto a los hechos. Para llegar a conocer las contradicciones internas como externas, como también poder lograr conocer las causas.

Asimismo, el método histórico lógico, ya que lo histórico está relacionado con el estudio de la trayectoria real de los fenómenos y acontecimientos en el transcurso de una etapa. Lo lógico se ocupa de investigar las leyes generales del funcionamiento y desarrollo del fenómeno, estudia su esencia. Lo lógico y lo histórico se complementan y vinculan

mutuamente. De igual modo lo histórico no debe limitarse sólo a la simple descripción de los hechos, sino también debe descubrir la lógica objetiva del desarrollo histórico del objeto de investigación. Aquí uno de los métodos teóricos fundamentales a utilizar es el método histórico lógico. El objetivo no es sólo describir cómo se ha comportado el uso de las redes sociales, las condiciones económicas, políticas y sociales que influyeron en los cambios, sino que hace falta también conocer la lógica de su desarrollo, qué elementos de esencia incidieron en los cambios operados en cada etapa.

También método de Derecho Comparado, siendo aquel mediante el cual se cotejan o contrastan dos o más instituciones jurídicas a fin de descubrir sus relaciones, estimar sus diferencias y resaltar sus semejanzas, lo cual posibilita percibir los rasgos esenciales, hallar explicaciones y llegar a la esencia de las variables que se han determinado. El texto se articula a su contexto o funcionamiento que permite similitudes y diferencias con otros. En la presente investigación, este método se concretó en el estudio comparado de la legislación penal latinoamericana y española, respecto a la figura del ciberacoso a niñas, niños y adolescentes con fines sexuales (*grooming*).

9.3 MÉTODOS EMPÍRICOS

A través del método de observación indirecta ya que constituye un instrumento universal. La observación permite conocer la realidad mediante la percepción en este caso indirecta del objeto y fenómeno como son los delitos realizados a través de redes sociales con gran contenido de información a nivel personal objeto de estos hechos ilícitos no regulados.

Como técnica la entrevista:

*La Entrevista, es la comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a los interrogantes planteados sobre el problema propuesto. Se considera que este método es más eficaz que el cuestionario, ya que permite obtener una información más completa.*⁶

Para tener conocimiento si dentro de nuestra sociedad, utilizan estas redes sociales los menores de edad y generalmente de qué edad son la mayoría de las víctimas, cuál es el

⁶ GALÁN AMADOR, Manuel. *La Entrevista en investigación, Metodología de la Investigación*. De 29 de mayo de 2009. Disponible en: <http://manuelgalan.blogspot.com/2009/05/la-entrevista-en-investigacion.html>.

tratamiento en la actualidad que se da a este tipo de hechos ilícitos por parte de las autoridades para su investigación y esclarecimiento, si las instituciones cuentan con las herramientas necesarias para ello y si conocen la forma de operar de estos delincuentes cibernéticos.

10 POBLACIÓN Y MUESTRA

Población.

Población Nro. 1.- Abogados expertos en materia Penal y Procesal Penal y Policías investigadores del área de trata y tráfico de personas considerando que actualmente se tipifica por este delito frente a hechos ilícitos cometidos a través de redes sociales.

Muestra. – Probabilística

Muestra Nro 1. – Director Nacional de la Fiscalía Especializada en Delitos de Violencia Sexual y Razón de Genero de la Fiscalía General del Estado.

Muestra Nro 2. – Directora de la Unidad de Trata y Tráfico de personas de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen, de la Policía Boliviana.

CAPÍTULO I

1 MARCO TEÓRICO

1.1 MARCO HISTÓRICO

1.1.1 ORIGEN DEL INTERNET

El surgimiento del Internet data de la década de los 60', ante la necesidad de que la organización Red de la Agencia para los Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos buscara mejores maneras de provecho y uso de los computadores que tenían en ese tiempo, teniendo como problema que los principales investigadores y laboratorios deseaban tener sus propios computadores, legando el trazado de una red inicial de comunicaciones de alta velocidad, posteriormente fueron integrándose otras instituciones gubernamentales como redes académicas durante la década de los 70' en provecho de este avance que trajo consigo muchos beneficios. Por lo que ante la afirmación de que el Internet empezó como un proyecto militar, como modo de asegurar la comunicación entre los distintos puntos de los Estados Unidos o para crear una red de ordenadores que uniera centros de investigación dedicadas a las labores de defensa que pudiera seguir funcionando a pesar de un hipotético caso de ataque nuclear, resulta no ser tan cierto.

El director de la Oficina para las Tecnologías de Procesado de la Información (IPTO por sus siglas en inglés) Robert Taylor en 1966, tuvo una idea basada en las ideas propuestas por J.C.R. Licklider:

¿Por qué no conectar todos esos ordenadores entre sí? Al construir una serie de enlaces electrónicos entre diferentes máquinas, los investigadores que estuvieran haciendo un trabajo similar en diferentes lugares del país podrían compartir recursos y resultados más fácilmente y en lugar de gastar el dinero en media docena de caros ordenadores distribuidos por todo el país, la ARPA (Agencia para Proyectos de Investigación Avanzados, agencia de la que dependía la IPTO de Roberts; hoy en día se llama DARPA) podría concentrar sus recursos en un par de

*lugares instalando allí ordenadores muy potentes a los que todo el mundo tendría acceso mediante estos enlaces.*⁷

Con esta idea en mente es que Robert Taylor fue a ver a su jefe de nombre Charles Herzfeld, quien era director de *ARPA* que en aquel entonces era el más grande comprador de ordenadores del mundo (señalando que esta era una tarea complicada, de que todos los ordenadores pudieran comprarse al mismo fabricante) lo cual conflictuaba en el entendido de que los ordenadores de cada fabricante funcionaban de distintas formas, por lo que una de las prioridades de este Departamento era de estandarizar y optimizar la forma de trabajar con todos estos ordenadores. La idea y propuesta de Robert Taylor era de montar una red experimental con cuatro nodos (punto de intersección, conexión o unión de varios elementos), al principio y posteriormente aumentarla aproximadamente a una docena. Si la red funcionaba sería posible interconectar ordenadores de diferentes fabricantes eliminando el problema terminal y que además la red podía ser resistentes a fallos, de tal forma que si un ordenador de la red fallaba esto no perjudicaría a que los demás podrían seguir trabajando. A Charles Herzfeld le encantó la posibilidad asignando un millón de dólares al proyecto y que por supuesto constituiría una acertada inversión con el *ARPANet* (Red de la Agencia para los Proyectos de Investigación Avanzada de los Estados Unidos). Investigadores, científicos, profesores y estudiantes se beneficiaron de este importante avance, es decir de la comunicación con otras instituciones y colegas en su rama, así como de la posibilidad de consultar la información disponible en otros centros académicos y de investigación. De igual manera, disfrutaron de la nueva habilidad para publicar y hacer disponible a otros la información generada en sus actividades. Innegablemente el Gobierno de Estados Unidos ha sido el auténtico promotor del nacimiento e implantación de la red, a la vez que el impulsor inicial de la elaboración y prueba de sus reglas de funcionamiento adecuados.

Esta red se ha transformado de ser una enorme red de comunicaciones con fines gubernamentales a una cantidad incalculable de redes privadas interconectadas entre sí, la cual puede acceder cualquier persona.

⁷ *MICROSIERVOS: El verdadero origen del internet*, 2 de febrero de 2004. Disponible en: <https://www.microservos.com/archivo/internet/el-verdadero-origen-de-internet.html> (consultado en septiembre del 2019).

Se entiende como una red de computadoras como el conjunto de máquinas que se comunican a través de algún medio (fibra óptica, cable coaxial, radiofrecuencia, líneas telefónicas, entre otras).

Del acrónimo Internet, se desprende dos concepciones. Para algunos la de “Redes interconectadas (*INTERconnectedNETworks*)”⁸, para otros la de “Red Mundial (*INTERNational NET*)”⁹. Su género es ambiguo por lo que es común escuchar decir la internet o el internet.

Contiene una serie de servicios entre ellos el primer servicio web llamado *World Wide Web* (la WWW). Una de sus mayores ventajas como también inconvenientes, dependiendo de su perspectiva, es que nadie la controla, ni puede controlarse de forma global.

1.1.2 APARICIÓN DEL DELITO INFORMÁTICO

El crimen relacionado con la informática se remonta a fines de la década de los 60’; cuando aparecieron en los medios de prensa y en la literatura científica los primeros casos del llamado delito del organizador. Estos casos incluían principalmente: manipulaciones, sabotajes, espionajes y abuso ilegal de ordenadores y sistemas. No obstante, dado que la comunicación de esa época se basaba fundamentalmente en información periodística, se discutía hasta dónde el fenómeno del Delito Informático era una realidad o un producto de ficción.

Cuando se habla de delitos informáticos, este tipo de delitos presenta ciertas particularidades que escapan de la esfera de los delitos tradicionales del derecho penal, los tropiezos comenzaron con la subsunción de estos hechos ya que estas conductas no se encontraban tipificadas a los tipos penales descritos en los códigos o leyes penales en Europa y Estados Unidos, con mayor razón en América del Sur.

⁸ AGUIÑAGA RODRÍGUEZ, Efrén: *Introducción a Internet*, 2002. Disponible en: <https://sites.google.com/site/efrenar/home/Internet.pdf>. (consultado en septiembre del 2019).

⁹ CSABAI, ITSVÁN: *1/f noise in computer network traffic*, 1994. Disponible en: <http://iopscience.iop.org/article/10.1088/0305-4470/27/12/004/meta>. (consultado en septiembre de 2019).

Si se analiza la historia del derecho, así podremos encontrar que esta ha sido marcada por el hecho del avance tecnológico, es decir solía y suele presentarse como precedente en la regulación de toda normativa.

La iniciativa respecto de dar tratamiento a los delitos informáticos, surgió en el continente europeo, los países que formaban parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, Consejo de Europa y las Comunidades Europeas, fueron los primeros en plantear mejorar **el conocimiento y cooperación internacional para luchar contra los Delitos Informáticos**. Es así que en el año 2001 se llevó a cabo la **primera Convención sobre el Delito Cibernético**. Según la Convención contra el Cibercrimen celebrada en Hungría – Budapest, se procedió a realizar un listado o tipificación de varios delitos, así como herramientas para el favorecimiento y lucha contra esta clase de delitos, de la cual se puede destacar la importancia de la RED 24/7, la cual indica sobre la creación de un punto estratégico localizable las 24 horas del día y los siete días de la semana, con la finalidad de conseguir la asistencia inmediata en la investigación de Delitos Informáticos, así como la conservación recolección y preservación de datos o pruebas electrónicas, fundamental para realizar investigaciones satisfactorias ante esta clase de delitos pues así lo requiere, resaltando la importancia de esta necesidad, ya que en muchos países, incluyendo Bolivia aún no cuentan con este tipo de herramienta digital, la cual sería de mucha utilidad para el favorecimiento de las investigaciones dentro de los procesos penales para la obtención y resguardo de la prueba digital.

El Convenio sobre Cibercrimen de Consejo de Europa firmado en Budapest el 23/11/2001, establece una clasificación de cuatro tipos de delitos informáticos: **1) Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; 2) los delitos informáticos propiamente dichos; 3) los delitos relacionados con contenidos ilícitos e 4) Infracciones al derecho de autor.**

Así también este Convenio trata de luchar contra los delitos cometidos a través del Internet y otras redes informáticas, conforme a la armonización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación y el aumento de la cooperación entre las naciones. Siendo que este convenio representa el modelo que sirvió a los diferentes países del

mundo para elaborar legislaciones y mecanismos de prevención, detección, cooperación internacional contra el delito informático.

Pero bien para su entendimiento sobre qué constituye un delito informático, para poder abordar el concepto de delito informático primero se debe abordar el concepto de delito, es decir toda acción típica, antijurídica y culpable.

Enfocando al delito informático, el Dr. Julio Téllez Valdez, menciona el concepto atípico de delitos informáticos como: “actitudes ilícitas que tienen a las computadoras como instrumento o fin”¹⁰. Y como concepto típico a las: “conductas típicas, antijurídicas y culpables que tienen a las computadoras como instrumento o fin”.¹¹

Se debe señalar la existencia de las teorías penales que se manejan con relación a delitos informáticos, ya que existen autores que refieren que los delitos informáticos no existen como tal. Mientras otros estudiosos del derecho afirman e indican que los delitos informáticos si existen por sus características propias. Por lo que existe un debate sobre si: ¿Existe el delito informático? O solo se trata como señalan, sólo de delitos comunes pero que tienen una ampliación informática que claro con ello conlleva a distintas más dificultades y particularidades de los delitos como tal.

La respuesta a esto, a criterio propio, es que las dos teorías que se manejan son correctas, es decir que una gran parte de los delitos informáticos constituyen una ampliación de los delitos comunes que se dan por la vía informática haciendo que su tratamiento sea complejo y poco oportuno por parte de los investigadores. Asimismo, existen delitos informáticos que por sus especiales elementos que lo componen como por su complejidad constituyen delitos específicos o ilícitos informáticos per se.

El espectacular desarrollo de la tecnología informática abre las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia y comportamientos punibles. En ese sentido es que la informática puede ser el objeto del ataque o el medio para cometer otros delitos. Ya que la informática por sus características que la comprenden la convierten en un medio idóneo para la comisión de distintas modalidades delictivas, vulnerando distintos bienes jurídicos que pretende proteger el derecho, llegando a facilitar la comisión de ciertos delitos

¹⁰ TÉLLES VALDEZ, Julio. *Derecho Informático*, México D. F.; McGraw-Hill, 2008, pág. 188.

¹¹ *Ibíd.*

tradicionales en un grado de mayor peligrosidad por su alcance y rapidez que ocasionan daños severos a los bienes jurídicos protegidos por las leyes penales de todos los países del mundo. Asimismo, representa un conflicto respecto a la obtención de medios de prueba ya que de la misma forma por las características que comprenden a estos medios facilitan el poder borrar pruebas de la comisión de conductas ilícitas. Es ahí donde el derecho penal debe de entrar en acción.

Es importante para su entendimiento, tener en claro que los delitos informáticos se los puede calificar dentro de dos áreas, donde la primera son delitos informáticos de naturaleza y la otra es la que contempla aquellos delitos que, aunque no sean delitos informáticos como tal, se los considera delitos informáticos por hacer uso de una computadora u otro medio informático, es decir cómo se mencionaba ampliaciones de delitos comunes que se dan por la vía informática.

El especialista argentino en Derecho Informático Dr. Diego Fernando Migliorisi Parrondo, divide a estos delitos dentro de la legislación penal argentina en dos grandes grupos:

- a) Por un lado, aquellos ciberdelitos tipificados o delitos tradicionales del Código Penal que se configuran a través del internet. (en este caso se trata de delitos históricamente tipificados en el Código Penal argentino), cuya materialidad se la realiza utilizando medios informáticos e internet. Su existencia data de forma anterior a la creación del internet y la informática, solamente se incorpora un nuevo medio para configurarlos.
- b) Asimismo, el mismo autor considera los ciberdelitos propiamente informáticos como aquellos que surgieron con la tecnología, es decir con el nacimiento de la informática e internet. Este grupo también está integrado por delitos que están tipificados en el Código Penal argentino, pero que han mutado sus efectos al ciberespacio, como el fraude y el daño informático.

Considerando estas teorías penales que se manejan, Bolivia cuenta con un amplio catálogo de delitos tipificados, por lo que muchas veces se puede escuchar entre ellos a los medios de comunicación indicar que nuestro país no cuenta con una regulación de delitos informáticos suficiente, lo cual no resulta ser del todo correcto esta afirmación considerando como se mencionaba a una de las teorías penales sobre que los delitos

informáticos se los considera como tal por la extensión o ampliación de delitos comunes por vía informática, pero con sus características y dificultades que conllevan. Sin embargo, dentro del Código Penal vigente en nuestro país, en su Título XII (Delitos Contra la Propiedad) se tiene el Capítulo XI (Delitos Informáticos) incluidos por la reforma de 1997 agregando los Arts. 363 bis (Manipulación Informática) y 363ter (Alteración, Acceso y Uso Indebido de Datos Informáticos). La exposición de motivos de 1997, justifica su inclusión para evitar situaciones de impunidad por no ser susceptibles de aplicación a estos, del tipo tradicional de estafa. De la misma forma se protege datos informáticos de carácter reservado contra el uso indebido de terceros tomando en cuenta las últimas manifestaciones del progreso tecnológico que generan nuevas formas de criminalidad.

1.1.3 LAS REDES SOCIALES

Con el servicio *World Wide Web* (la WWW), la red de internet global se hizo pública entre los años 1990 y 1991, lo que empezó el internet como lo conocemos actualmente. En el año de 1997 se crea el sitio *SixDegrees.com*, considerado por muchos como la primera red social moderna, ya que permitía a los usuarios tener un perfil y agregar a otros participantes en un formato parecido a lo que conocemos hoy, se enfocaba en la teoría de los seis grados:

Lo que Andrew Weinreich creó fue una especie de "directorio electrónico" que conectaba al usuario con sus conocidos y, a su vez, a las personas que estos conocían y así sucesivamente en una progresión geométrica [...]

Lo llamó Six Degrees (Seis Grados), un nombre basado en la hipótesis que sostiene que cada persona en este planeta está conectada a otra por no más de seis vínculos de relación.¹²

El sitio pionero, que en su auge llegó a tener 3'500.000 millones de miembros, se cerró en 2001, pero ya no era el único.

¹² BBC NEWS MUNDO: *Six Degrees: como fue y quien creo la primera red social de internet, inspirada por la teoría de los "seis grados"*, 8 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48558989>. (consultado en septiembre del 2019)

Cuando hablamos de red social, lo que viene a la mente en primer lugar son sitios como *Facebook*, *Twitter* y *LinkedIn* o aplicaciones como *Snapchat* e *Instagram*, típicos de la actualidad. Pero la idea, sin embargo, es mucho más antigua: en la sociología, por ejemplo, el concepto de red social se utiliza para analizar interacciones entre individuos, grupos, organizaciones o hasta sociedades enteras desde el final del siglo XIX.

La aceptación, en masas de las redes sociales realmente empezaron cuando en el año 2005 *MySpace* (servicio de red social de propiedad de *Specific Media LLC* y Justin Timberlake), fue adquirida por 580'000.000 millones de dólares, fundada el 1 de agosto de 2003 y que llegó a tener un número de usuarios registrados de 32'000.000 en diciembre del 2011, esta consistía en que disponía de forma gratuita para sus usuarios un espacio web personalizado, que permite presentar diversas informaciones personales y hacer un **blog** entendiéndose este como: “Aquel sitio web que incluye, a modo de diario personal de su autor o autores, contenidos de su interés, actualizados con frecuencia y a menudo comentados por los lectores”.¹³

Lamentablemente al poco tiempo se acusó a la plataforma de no tener suficientes medidas de protección para menores, ya que **se acusó que una comunidad de predadores infantiles estaba aumentando en la red social.**

Lo cierto es que en la actualidad existen tantas redes sociales activas y que todo apunta que seguirán surgiendo nuevas plataformas digitales para que las personas puedan interactuar pues ese es su interés fundamental, pocas personas imaginaban que las redes sociales tendrían un impacto tan grande como lo poseen hoy. Pero el deseo de conectarse con otras personas desde cualquier lugar del mundo ha hecho que las personas y las organizaciones estén cada vez más inmersas en las redes sociales.

Las redes sociales tienen un sistema abierto, lo que posibilita interactuar con personas desconocidas. En el mundo el uso de las redes sociales ha crecido notablemente en los últimos años, según un nuevo informe publicado por *We Are Social* y *Hootsuite*, “llegando a una media de más de 3 000'000.000 tres mil millones de personas que utilizan las redes

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.2 en línea]. 2018. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=5hLUKIO>

sociales, siendo entre ellas las más utilizadas *Facebook, YouTube, WhatsApp, Facebook Messenger*”.¹⁴

En el país vecino de Argentina, para tener una idea sobre el uso de estas herramientas digitales, según él informa publicado por *We Are Social y Hootsuite* indica que:

*Cuenta con una población aproximadamente de 44.90 millones de habitantes, de los cuales son usuarios de internet 41.59 millones, es decir el 93% de la población. Usuarios activos de redes sociales 34.00 millones vale decir el 76% de habitantes. Con un promedio aproximado de tiempo diario dedicado a usar redes sociales en cualquier dispositivo de 3 hora con 18 minutos.*¹⁵

Siendo que en base y teniendo este parámetro de datos, los cuales reflejan en cierta forma su alcance y el potencial peligro que representa, sobre el uso del internet, situación tomada a consideración el cual fue uno de los motivos por el cual el país vecino de Argentina opto por actualizar y armonizar su legislación penal como una medida de prevención para su población como hacia ese sector vulnerable como ser los menores de edad.

1.1.4 EN BOLIVIA

Respecto a los datos con los que se cuenta, sobre el uso de las Redes Sociales en Bolivia, por la información difundida por *We Are Social y Hootsuite*: “Bolivia en la actualidad cuenta con una población aproximadamente de 11.30 millones de habitantes, de los cuales son usuarios de internet 08.82 millones, es decir el 78% de la población. Siendo usuarios activos de redes sociales 07.00 millones vale decir el 62% de habitantes”.¹⁶

El internet es el medio que crece seis veces más que otros medios en nuestro país, hay que estudiar a estas herramientas como causas de vulneraciones de derechos de la niñez y adolescencia, brindándoles una protección efectiva, ya que en nuestro país se conoce la incidencia de casos de antenas a la violencia sexual, se conoce que las redes sociales

¹⁴ WE ARE SOCIAL: *Digital in 2019 España*, 2019. Disponible en: <https://wearesocial.com/es/digital-2019-espana>. (consultado en septiembre del 2019)

¹⁵ SLIDESHARE: *Digital 2019 Argentina*, 03 de febrero de 2019. Disponible en: <https://es.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-argentina-january-2019-v01>. (consultado en septiembre del 2019)

¹⁶ TICS Y FORMACIÓN: *Estado del mundo digital en Bolivia 2019*, 05 de abril del 2019. Disponible en: <https://ticsyformacion.com/2019/04/05/estado-del-mundo-digital-en-bolivia-2019/>. (consultado en septiembre del 2019)

más utilizados en Bolivia son: *Facebook* que correspondería como la más utilizada con un 94% de la población internauta, seguido por *WhatsApp* con un 91% de la población internauta, seguidamente de *YouTube*, *Instagram*, *Snapchat* entre otras.

1.2 MARCO CONCEPTUAL

En este acápite se aborda en primera instancia nociones relevantes, del Derecho Penal como promotor del orden social, tales como sus antecedentes u orígenes en la historia, sus características y principios. Seguidamente, se aborda la Teoría del Delito y sus elementos que lo componen. Asimismo, se hace una diferenciación de los tipos de ciberacoso para entrar a definir y analizar el ciberacoso a menores de edad con fines sexuales *grooming*, que es de importancia para fundamentar la tipificación de este delito en el Código Penal Boliviano.

1.2.1 EL DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO

El Derecho Penal es una ciencia que estudia las conductas violentas, como también estudia las normas que establecen qué conductas deben ser consideradas delictivas por ser violentas y estudia la sanción que se impone a determinada conducta, siguiendo criterios de proporcionalidad a partir de la afectación del bien jurídico protegido. El derecho penal tiene características y principios sustentadores, que serán objeto de análisis en este acápite. La teoría del delito, estudia los elementos constitutivos del delito: la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y la punibilidad, elementos que también se pasarán a desarrollar.

1.2.1.1 EL DERECHO PENAL

ANTECEDENTES

En una época anterior a la que corresponde a la organización de los pueblos ya sea en imperios, ciudades o Estados, no se puede hablar de la existencia de un Derecho Penal propiamente, pero sí de la venganza que era algo parecido a la pena y que cumplía su función. Ya que varios autores consideran que la venganza debió ser la primera manifestación de la justicia penal.

Pero esta venganza ya sea individual o realizada por un grupo familiar contra otro, por el hecho de que el resto de la sociedad permanece indiferente, no puede considerarse como una auténtica forma de reacción propiamente penal. Solo cuando la sociedad se pronuncia

en favor del vengador o parte vengadora, reconociendo la legitimidad de su reacción, es cuando ya se puede hablar de la venganza equivalente a la pena. La primera referencia del Derecho Penal nace con el Código de Hammurabi en el que el delito era conocido como pecado. El problema era que existía un exceso de venganza, en virtud al principio talional (ojo por ojo, diente por diente), pone un límite a la venganza, no podía responderse a la ofensa con un mal superior, al inferido a la víctima.

La impronta talional que selló en escritura cuneiforme el Código de Hammurabi (1728 a.C.) (Notable recopilación de leyes sumerias se inspiró en una máxima “ojo por ojo, diente por diente”. Aunque tiene preceptos muy alejados de este concepto), inspiró el sistema penal en la Roma antigua y de allí se propagó como ideología predominante en toda Europa.

Los aportes de la antigua Grecia con Aristóteles y el constructo tomista de Medioevo fueron indispensables para la cristalización de paradigmas penales cuyo foco sería la visualización del “distinto o diferente” como enemigo en acto o en potencia.

El Código Teodosiano (Codex Theodosianus), que corresponde a una compilación de leyes vigentes durante en el Derecho Romano elaborado por iniciativa del Emperador quien que era el único legislador, iniciada por orden del mismo Teodosio II.

Este Código de Teodosio (438 d. de C.) aceptando la tortura en los hombres libres y ciudadanos (no de los nobles) y las disposiciones del “*Corpus Juris Civilis*” (529 d. de C.) en idéntico sentido (Digesto 48.18) son pruebas tangibles de la ausencia de garantías en el proceso penal de todo el Medioevo.

Ahondando el malestar represivo, durante más de mil quinientos años en la Europa occidental, la tónica escudriño lo más profundo en la Santa Inquisición (Inquisición pontificia), constituida propiamente en 1321, a través de los estatutos Excommunicamus del papa Gregorio IX, no era de extrañar pues desde antaño el delito fue identificado como un pecado, como una confrontación con Dios o con quien fuera su representante en la tierra; este Tribunal, que era una ideología en sí misma, acrecentó su vigor en el año 1486, con la creación del que se considera en el primer Código de Derecho Procesal Penal: Malleus Malleficarum (el martillo de los brujos), obra de Kramer y Sprenger, donde se establece un procedimiento para

interrogar, procesar, torturar, juzgar y sentenciar a los herejes, actuando el inquisidor de oficio en defensa del “orden sagrado”.¹⁷

Cuando este derecho llega a Europa marca una señal. La autoridad pública toma el cargo para sí, de sancionar las ofensas, ya estas no son solamente contra la víctima de la infracción, sino que como esa autoridad se presentaba en calidad de representante de la divinidad, se las estimaba dirigidas contra ella, es por eso que los actos menos graves eran considerados turbadores del orden público y religioso, por ello castigados con penas rigurosas, con suplicios para apaciguar la divinidad o la autoridad ofendida. Se colmaba no solo de dolor y sufrimiento al ofensor, sino que también de terror a los considerados herejes. Se castigaban con muerte y múltiples torturas de las formas más barbáricas, mediante el proceso inquisitorial característico del Derecho inquisitivo. La penalidad europea desde la antigüedad hasta fines del siglo XVIII se basaba en la idea de la venganza social y de la intimidación.

En la inquisición iban las personas más vulnerables, es aquí donde comienza los estereotipos del delincuente. En la Edad Media nace el primer código procesal penal el denominado “Malleus Maleficarum” o el “Martillo de las Brujas” por Kraner y Sprenger en 1486, su contenido se podría dividir en tres partes consistentes en: I) La parte primera buscaba probar que la brujería o hechicería existe, con el permiso de Dios Todopoderoso, II) La parte segunda, describe las formas de brujería con un detallado e indica como sus acciones pueden ser prevenidas o remediadas, y III) La parte tercera detalla los métodos para detectar, enjuiciar y sentenciar o destruir brujas, aquí la tortura para la detección de brujas era visto como algo natural.

Posteriormente del año 1542 como principio dando señal de humanidad aparece el filósofo y humanista Juan Luis Vives, pregonando la abolición de la tortura.

Siglos después, ya en el siglo XVIII aparecería la figura y gran opción humanista César Bonesana, marqués de Beccaría, con un gran aporte, quien en su ensayo jurídico “Dei delitti e delle pene” (De los delitos y las penas) consume el campo penal y del iluminismo

¹⁷ PARMA, Carlos – Derecho Penal *Pasado, Presente y Futuro*. Ediciones Acercándonos. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina De mayo de 2018.

(1764). Beccaría defendía la idea de que una sociedad podía ser buena, donde el derecho penal sería de ultima ratio.

El creador de la criminología positiva apuntaló el principio de legalidad, la supresión de la tortura, la prontitud, proporcionalidad y razonabilidad de las penas, viéndose estas ideas aceptadas por la llamada Escuela Clásica (Pisa) cuyo más excelso exponente fue Carrara. Beccaría fue explícitamente criticado por Kant [...] y hasta por el propio Hegel [...] Aunque los alemanes fueron esquivos a sus propuestas (entre ellos von Litz) se abre con Beccaría el camino para que posteriores autores expongan el derecho penal en forma sistemática y de acuerdo a principios. Más su relevancia inmediata está dada por la defensa del derecho natural y la proporcionalidad de las penas en tanto tiene su obra un valor excelso pues se manifiesta contra la pena de muerte y la tortura.¹⁸

Ya a mediados del siglo XIX, sería el germen del positivismo criminológico, se empieza a aplicar métodos de observación científica al crimen, con el fin de determinar cuáles serían las causas de la criminalidad. En este momento la escuela italiana entre cuyos miembros se menciona a Ezechia Marco Lombroso (1835 – 1909), intenta encontrar la causa profunda de la delincuencia en las anomalías corporales y mentales de los individuos. La teoría lombrosiana establece que la forma, las causas físicas y biológicas determinan al delincuente, es decir tendencias innatas de orden genético, observables físicamente, que serían constituyentes de un delincuente nato. Estudia a los distintos cretinos, mediante el estudio de cráneos, lo cual en su estudio indica que los delincuentes tienen protuberancia en el lóbulo frontal. Agregando otros factores criminógenos que coadyuvan a la delincuencia como ser, el grado de civilización, el clima, densidad poblacional, el alcoholismo, la alimentación, la instrucción, la posición económica, la religión. Esto lógicamente desató las críticas.

Sin embargo, su tesis fue aceptada y seguida por destacados profesores del derecho penal y sociología ente los que se puede mencionar de la Universidad de Pisa a Enrico Ferri, Raffaele Garofalo (no así por Francesco Carrara quien es considerado como el representante más destacado de la Universidad de Pisa quien no compartía las ideas

¹⁸ PARMA, Carlos – Derecho Penal *Pasado, Presente y Futuro*. Ediciones Acercándonos. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina De mayo de 2018, *pág. 10 -11*.

lombrosianas). “Su idea serviría luego para considerar el llamado “derecho penal de autor”, donde el hombre está “determinado” a cometer ciertos delitos y esa determinación surge especialmente de su conformación morfológica, especialmente en la zona del lóbulo frontal”.¹⁹

Como se ha señalado de derecho penal ha surgido como una disciplina desde tiempos remotos, en sí se puede concebir la idea de que con el surgimiento del Estado es que aparece el derecho penal, fundamentalmente por el hecho de que el ejercicio del poder coercitivo o punitivo, le corresponde única y exclusivamente al Estado. El Derecho penal es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado, para evitar y sancionar conductas delictivas, es decir aquellas que el legislador pretende evitar que se cometan por los ciudadanos. Anteriormente la forma de castigar como parte importante o componente esencial del derecho penal estaba centrada en la venganza privada, el tema de ojo por ojo y diente por diente era manejado como un concepto esencial en el caso de los hechos criminales que se ocasionaban en las sociedades.

DEFINICIÓN

Son muchas las opiniones acerca del carácter del derecho, por lo cual es preferible entenderlo como un saber. El derecho penal se ha definido desde dos puntos de vista, el primero es la facultad que tiene el Estado de imponer penas como ente soberano, así como determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes²⁴ o las medidas de seguridad en su caso, esto es desde el punto de vista subjetivo; para el segundo, es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado, esto se define desde el punto de vista objetivo.

En su libro *Introducción al Derecho (Estructura del mundo jurídico)*, el jurista e historiador alemán Werner Goldschmidt indica:

Todo el Derecho Procesal es, por ende, Derecho de protección. Sin embargo, la disciplina que tiende a amparar, con especial energía, los diversos bienes jurídicos, es el Derecho Penal el que, enlazando a los delitos como antecedente, el castigo como consecuente, espera poder evitar en un número razonable de casos la

¹⁹ PARMA, Carlos – *Derecho Penal Pasado, Presente y Futuro*. Ediciones Acercándonos. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina De mayo de 2018, *pág. 12*.

*perpetración de delitos. Derecho Procesal y Derecho Penal son, pues, ambos Derecho de amparo.*²⁰

En efecto se suele definir al Derecho Penal como el conjunto de las normas que enlazan al delito como antecedente, la pena como consecuente.

Conforme al diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, el derecho penal, lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y, sobre esos principios, variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno de ellos corresponde.

El Derecho Penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social, a través de lo que precisamente es la tutela de los bienes jurídicos, como ser la vida, la libertad sexual, el medio ambiente o la seguridad del Estado, entre otros. Sobre la función de tutela de los bienes jurídicos se puede señalar:

*El concepto de bien jurídico fue introducido en el siglo pasado (1834) por Birnbaum. Desde entonces se mantiene como punto central de las discusiones en nuestra disciplina [...] Desde entonces el concepto de bien jurídico se ha desarrollado fundamentalmente en dos direcciones, que hunden sus raíces en los planteamientos de Binding y Von Liszt. Para el primero, la determinación de qué es bien jurídico es inmanente al propio sistema penal y es, por tanto, una creación del legislador; sirve como criterio de ordenación, pero no de límite a la actuación del legislador. Para Von Liszt, por el contrario, el concepto de bien jurídico determinado socialmente es anterior al Derecho, por lo que puede desarrollar, en consecuencia, una función crítica y delimitadora, pues <este contenido material (antisocial) de lo injusto es independiente de su correcta valoración por el legislador, es metajurídico. La norma jurídica lo encuentra, no lo crea.*²¹

²⁰ GOLDSCHMIDT, Werner – *Introducción al derecho, (Estructuras Del Mundo Jurídico)*. Aguilar Editor. Buenos Aires. 27 de mayo de 1970.

²¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros – *Curso de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona – España. Primera edición. Diciembre de 2004, Pág. 7.

Se puede señalar como Bien Jurídico aquel derecho extrapatrimonial o patrimonial que es de apreciación, es decir que las personas le dan un valor.

Conforme se establece el concepto de Derecho penal, para Eugenio Cuello Calón citado por los tratadistas De León Velazco y De Mata Vela señala que: “es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece”.²²

Respecto al concepto formal del derecho penal que significa la definición de la norma jurídico penal, se refiere entonces como se señaló aquella protección de bienes jurídicos por el derecho penal que se realiza a través del instrumento que constituyen las normas jurídico penales. Estas pueden ser de dos clases: prohibitivas o mandatos. Mediante las primeras el derecho penal prohíbe las acciones dirigidas a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos. A través de las segundas ordena realizar determinadas acciones para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. En todo caso, en la medida en que van dirigidas a conseguir la omisión, objeto de prohibiciones, o la realización de acciones, objeto de mandatos, son normas de determinación, y no meras normas que valoran comportamientos. El Bien Jurídico tal como señala Claus Roxin es el fundamento del Derecho Penal y también de la sanción penal.

NATURALEZA JURÍDICA

Existen diferentes criterios que definen lo que constituye a la naturaleza jurídica del Derecho Penal. Pues, por un lado, se ha establecido que el Derecho penal es de naturaleza pública, bajo los argumentos que son:

- a) La naturaleza comunitaria de los intereses de tutela
- b) La relación que regula del individuo con la sociedad
- c) La naturaleza del Derecho penal de salvaguardar la paz pública
- d) De que solo el Estado tiene facultad de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones
- e) La acción dirigida a la persecución de delitos es pública, aun en los casos que debe ser a instancia de parte, con sus excepciones a esta posición.

²² DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal, DE MATA VELA, José Francisco – *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. F&G Editores. Décimo tercera edición. Guatemala. De 1996.

Por otro lado, se ha establecido que la naturaleza jurídica del derecho penal es que es considerado como una ciencia, otros lo consideran como una disciplina jurídica. Toda vez, que constituye una ciencia, porque contiene elementos integrantes de la misma, lo que implica un estudio científico; en cuanto a la naturaleza pública del derecho penal, que se caracteriza por el ejercicio del poder punitivo del Estado que conlleva la facultad de juzgar y sancionar, tomando como base garantizar los derechos fundamentales individuales y colectivos.

De una descripción sintética, se puede establecer que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes incurren en la comisión de estas conductas previstas como ilícitas.

CARACTERÍSTICAS

Reviste de importancia el análisis de cada una de las características del derecho penal, en virtud de ser una ciencia, lo que hace que tenga elementos particulares que rigen el campo de aplicación de la misma.

a) Es una Ciencia Social y Cultural

Entendida en el sentido de que el derecho penal forma parte de las ciencias sociales, pues el campo de conocimiento está dividido en dos partes: las ciencias sociales y las ciencias naturales, siendo objeto de estudio del derecho penal el deber ser; busca principalmente conductas sociales y no fenómenos naturales. Esto le sirve de base para la elaboración de las normas penales y la correcta aplicación de la misma al conocer la realidad de la sociedad en la que se procura la realización de un Estado de derecho. De ninguna manera se podría incluir una normativa que no esté acorde a la realidad social, ni a los factores que determinan los cambios constantes a que está inmersa una sociedad.

b) Es normativo

En el sentido de que la división ontológica, que clasifica las ciencias en las del ser y las del deber ser. Las ultimas tratando de reglamentar (normar) la conducta a través de la existencia de un conjunto de normas jurídicas que condicionen el accionar de una sociedad, o más bien de los individuos de la misma, se tiene como

resultado que el derecho penal sirve para regular la conducta humana, a los fines perseguidos por el Estado de Derecho.

c) Es positivo

Cuando el Estado ha promulgado una norma jurídica, tiene el Derecho Penal, el carácter de positivo, al ser fundamentalmente jurídico. Lo importante de esta característica del derecho penal gira en torno a que una norma, al estar acorde a la realidad social, permite que la misma sea un instrumento para que el Estado se sirva de ella en la realización de la justicia social.

d) Es de carácter público

Como se señaló ya anteriormente, al ser el Estado el único que tiene el poder de crear normativa jurídica y de impartir la misma, deviene que todos los individuos sociales, tienen la obligación de actuar en observancia de la misma. Al estar una norma acorde a la realidad social, esta vela por mantener un orden social y la infracción causada por alguno de los integrantes de la sociedad tiene como consecuencia la persecución del infractor, no importando la situación ni la condición del mismo.

e) Es valorativo

Esto va en el sentido de que la conducta para el Derecho Penal tiene una significación que consiste en un valor o en su caso un antivalor, en lo jurídico o llamado lo antijurídico. Esta característica está íntimamente relacionada con el bien jurídico tutelado, en vista de que la consecuencia de un acto delictivo, se valora tomando en cuenta el objeto sobre el cual recae la acción antijurídica.

f) Es finalista

En el sentido de que el Derecho Penal tiene un fin, por ser una ciencia que busca el deber ser, su fin es mantener un orden jurídicamente establecido, creando normativa en contra de cualquier atentado a los intereses jurídicamente tutelados y halla, en esta característica, un aspecto que permite conocer aquellos actos que quebrantan el orden social.

g) Es sancionador

Esto en razón de que el Derecho Penal es el conjunto de normas que enlazan al delito como antecedente y la pena como consecuente. Aun con el apareamiento de corrientes modernas, el derecho penal ha sido y seguirá siendo sancionador, al

imponer castigos por la comisión de un delito. Es así que aun cuando existan otras consecuencias del delito, será la aplicación de la pena lo que seguirá manteniéndose como una característica de esta ciencia.

h) Es preventivo y rehabilitador

Desde la perspectiva que conlleva la finalidad de la pena se puede señalar, lo que pretende esta característica es la reinserción del delincuente a la sociedad, además de que con la imposición de la sanción o pena, el derecho penal estudia la manera de prevenir el delito, rehabilitar, reeducar y reformar al sujeto activo de un delito. Uno de los objetivos mayormente buscados por el derecho penal, es la prevención y posterior rehabilitación, así como la readaptación del delincuente, en virtud de que al Estado le interesa mantener el orden y la paz social.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Bajo la concepción de Estado de Derecho, existen directrices de la doctrina que le han puesto barreras a la construcción del Derecho Penal. La razón de la existencia de los principios rectores del derecho penal, gira en torno al amparo de los derechos fundamentales de las personas y la seguridad de las mismas, de esta manera se evita el despotismo y las arbitrariedades, al momento de que el poder punitivo del Estado, se accione en contra de aquellos que cometen algún acto tipificado como delito, derivado de normas penales previamente establecidas, al respecto Muñoz Conde refiere:

Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más. en un trabajo de este tipo, plantearse siquiera el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado.²³

Para el citado autor los principios fundamentales se reducen a dos, el primero, el principio de intervención mínima, siendo el segundo el principio de intervención legalizada del

²³ MUÑOS CONDE, Francisco – *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de F. 2ª edición. Montevideo – Buenos Aires. De 2001, Pág. 107.

poder punitivo del Estado, aunque para la doctrina existen otros principios como lo son el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, entre otros. Principios que revisten de importancia a tal sentido que llegan a consagrarse constitucionalmente entre los derechos y libertades fundamentales. La idea principal del motivo de los principios rectores del derecho penal es que el mismo sea respetuoso con la dignidad y la libertad humana y que sirva como un modelador de la soberanía del Estado.

Existen tratadistas y estudiosos del derecho penal que han abordado esta temática desde varios puntos de vista. Generalmente los clasifican en tres grandes bloques de principios, en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista y que pueden denominarse respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad y de la sanción.

Entre los principales principios que informan al Derecho penal se tiene los siguientes:

a) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Una ley penal válida, debe ser aquella emitida por los órganos autorizados por la Constitución para construir legislación penal. La atribución exclusiva del Legislador de la facultad para establecer delitos y disponer sanciones penales a la comisión de los mismos, tiene su origen en la Revolución Francesa, principio que se ha configurado por el aforismo conocido como Nullum crimen, nullum poena sine previa lege penale, establecida por el penalista alemán Paul Johann Anselm Von Feuerbach.

Este principio importa la más grande limitación al poder punitivo del Estado, al establecer que nadie será juzgado en la vía penal si su conducta al momento de la comisión del delito no estuviera tipificada como delito dentro del Código Penal o leyes penales vigentes en el lugar de la comisión del hecho.

Al respecto sobre el origen de este principio se tiene que según Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Luis Arroyo Zapatero, Juan Carlos Ferré Olivé, Nicolás García Rivas, José Ramón Serrano Piedecabras y Juan Terradillos Basoco:

Constituye desde la Revolución Francesa la piedra angular del Derecho penal moderno. Así, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 proclamaba en su artículo 8 que “la Ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley

dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley”.²⁴

La Constitución Política del Estado Boliviano recoge este principio en su Art. 116 II al establecer que “Cualquier sanción debe fundamentarse en una ley anterior al hecho punible”.²⁵

Asimismo, concordante con lo establecido por la Constitución Política del Estado se tiene sobre este principio en el Código Penal vigente en su artículo 13 que establece: “Artículo 13. – (NO HAY PENA SIN CULPABILIDAD). No se le podrá imponer pena al agente, si su actuar no le es reprochable penalmente. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena”.²⁶

Sin este principio se estaría sometido ante una constante incertidumbre de no saber si una conducta es delictuosa o no. Teniendo como exigencia una ley anterior por lo que nadie puede ser condenado ex post facto.

b) PRINCIPIO DE RESERVA ABSOLUTA

Sobre este principio se debe destacar el hecho de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, como ser por ejemplo la del Derecho civil, donde las fuentes del Derecho son las Leyes, las disposiciones legales en su sentido más amplio, la costumbre, la analogía, la equidad, la jurisprudencia, entre otras. Para lo que atañe al Derecho Penal para la definición de delitos y el establecimiento de las penas no se admite otra fuente que la Ley formal que es aprobada en el caso de Bolivia por la Asamblea Legislativa Plurinacional, esto en conformidad del procedimiento legislativo establecido en los artículos 162 y siguientes de la Constitución Política del Estado.

Este principio que llegaría a ser un sub principio del principio de legalidad, tiene un contenido democrático y garantista en el sentido de que el órgano que establecerá que clase de conductas se considerarán como delictivas y cuál será su sanción, está legitimado en función de su origen por la representación popular. El contenido de este

²⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros – *Curso de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona – España. Primera edición. Diciembre de 2004, Pág. 47.

²⁵ Art. 116 II Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

²⁶ Art. 13 Código Penal Boliviano.

principio se encuentra en lo establecido por el artículo 109 II al señalar que “Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley”.²⁷

c) PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN, DE CERTEZA O TAXATIVIDAD

Este principio dirigido al legislador exige el mayor esfuerzo en lo que concierne en precisión de redacción, hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley, conocido por el aforismo *nullum crimen sine lege stricta*. Las leyes penales deben ser estrictas, así el autor Luis Arroyo Zapatero y otros, dentro del escrito Manuel de Derecho Penal, manifiestan que:

*Decía así Marat en su Plan de Legislación Criminal de la Francia Revolucionaria: “Es muy importante que no haya nada oscuro, incierto, arbitrario en la idea que se formule de los delitos y de las penas, porque importa que cada cual entienda perfectamente las leyes y sepa a qué se expone violándolas –aunque, reconocía- el Código Penal no será nunca suficientemente preciso”.*²⁸

Por lo que el principio de taxatividad repudia toda construcción de normas penales ambiguas, genéricas o indeterminadas, que pueden ser susceptibles de una valoración subjetiva y por ello ineludiblemente desemboquen en una analogía.

La Constitución Política del Estado Boliviano, no consagra expresamente el principio de determinación, certeza o taxatividad, ya que al parecer este se encontraría implícitamente dentro de las disposiciones constitucionales relativas al principio de legalidad. Ya que se podría indicar que este principio de taxatividad no es más que el cumplimiento del principio de legalidad en un sentido estricto. Está vinculado a la seguridad jurídica y a la igualdad en aplicación de la ley.

d) PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Este principio indica que la ley penal rige para el futuro, es decir que debe ser previa a la comisión del hecho. Los hechos que hayan sido cometidos antes de la vigencia de la ley, no pueden ser perseguidos por esta. En su caso la ley penal puede ser

²⁷ Art. 109 II Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

²⁸ ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros – *Curso de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona – España. Primera edición. Diciembre de 2004, Pág. 52.

retroactiva solo cuando sea más benigna para el autor del hecho; precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista resulta constitucionalmente legítima la retroactividad de las normas penales favorables, es decir las Leyes que despenalicen una conducta o que reduzcan su penalidad. Al respecto Luis Arroyo Zapatero y otros autores, sobre este principio manifiestan:

Una conducta no puede castigarse como delito sin que previamente a su realización estuviera establecida como tal delito. A su vez, un delito no puede castigarse más que con la pena que estuviera prevista por la Ley al tiempo de su comisión. La exigencia de una Ley previa a la conducta que la defina como delito y para ello prevea una pena es el contenido más asentado tradicionalmente al principio de legalidad, y a su consecuencia jurídica es la prohibición de dotar a las nuevas Leyes penales de efectos retroactivos.²⁹

En la Constitución Política del Estado Boliviano, sobre este principio se encuentra previsto en el artículo 123 por la cual dispone:

Artículo 123. La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo[...] en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar de delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y el resto de los casos señalados por la Constitución.³⁰

Este principio, junto a los principios de reserva de ley y el principio de determinación, certeza o taxatividad, forman el principio de legalidad penal.

e) PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM

Esta acepción latín significa que en Derecho penal está prohibido castigar más de una vez el mismo hecho. Este principio rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a

²⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros – *Curso de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona – España. Primera edición. Diciembre de 2004, Pág. 56.

³⁰ Art. 123 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

más de una pena, o a la aplicación de una agravante ya tomada en consideración en el delito básico, o a una sanción penal, acompañada de sanción administrativa.

Lo que este principio proscribe es la duplicidad de sanciones para un mismo sujeto, por un mismo hecho y por sanciones que tengan un mismo fundamento, o dicho de otro modo, que tutelen un mismo bien jurídico.

El problema con este principio se plantea en los casos que, incumpliendo esta regla de la preferencia de la jurisdicción penal, el órgano administrativo sancionador, imponga una sanción administrativa. La cuestión a dilucidar es si el mismo sujeto podrá ser juzgado y sancionado, en la vía penal, por los mismos hechos.

En la doctrina este principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad. Por lo que se vulnera este principio no solo cuando se sanciona, sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho.

Si bien en la doctrina este es considerado un principio, sin embargo, también está considerado como una garantía específica del debido proceso, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el *ne bis in ídem*, está consagrado no como un principio sino como un derecho humano que forma parte al debido proceso. Así dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8 referente a las garantías judiciales, en su numeral 4 establece: *“Artículo 8. Garantías Judiciales; 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”*.³¹ Asimismo, se encuentra consagrado dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 numeral 7 que establece: *“Artículo 14; 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*.³²

³¹ Art. 8. 4. Convención Americana Sobre Derechos Humanos

³² Art. 14. 7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En la Constitución Política del Estado Boliviano este principio se encuentra regulado dentro del artículo 117 en su párrafo segundo, que establece: “II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena”.³³

Al respecto y sobre lo referido anteriormente el Tribunal Constitucional de Bolivia se ha manifestado a través de la Sentencia Constitucional 1044/2010-R de fecha 23 de agosto de 2010, en la cual manifiesta:

De lo desarrollado se puede afirmar que el “non bis in idem”, no sólo se constituye en un principio procesal sino más bien como un derecho humano reconocido y consagrado en los Tratados y Convenios Internacionales e integrado al sistema constitucional boliviano como un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, vinculado además con el derecho a la seguridad y el principio de la presunción de inocencia. Por lo tanto, este derecho podrá invocarse en el caso de duplicidad de procesos o de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo; en efecto, si la finalidad del derecho al “non bis in idem” es evitar el doble enjuiciamiento y la aplicación de la doble sanción, se entiende que la condición para invocarlo es que se hubiese sustanciado materialmente un proceso culminando con una decisión firme en cualquiera de las formas de conclusión previstas por el Código de Procedimiento Penal, esto es: La prescindencia de la persecución penal dispuesta por el Juez (art. 21); el desistimiento o abandono de la querrela o conciliación respecto de los delitos de acción privada (arts. 27.5, 377, 380 y 381); desestimación de la querrela porque el hecho no esté tipificado como delito en los casos de delitos de acción privada (art. 376.1); por prescripción (arts. 27.8) y 29); extinción por mora judicial (art. 27.10); o cuando se dicte sentencia ya sea condenando al procesado o absolviéndolo de pena y culpa, en cuyos casos no puede intentarse un nuevo proceso sin infringir este derecho.³⁴

³³ Art. 117 II Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

³⁴ SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1044/2010-R. Tribunal Constitucional de Bolivia. De 23 de agosto 2010.

Se hace notar que el término *ne bis in idem* o *non bis in ídem*, la diferencia radica en que el “non” es más moderno, pues la negación en el latín original se hace con “ne”, algunos autores señalan que fue recogido por primera vez por la Constitución de los Atenenses (Athenaion Politeia, del siglo VI a.C.). Por lo descrito no existe violación a este principio cuando no esté presente alguna de las identidades, es decir cuando el sujeto no es el mismo o cuando se trata de hechos diferentes o cuando los fundamentos de ambas sanciones son distintos.

f) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Sobre este principio y remitiéndonos a la antigüedad, las penas revestían la característica de ser opuesta a la de proporcionalidad. A partir de la ilustración (siglo XVIII – XIX), se afirma que era necesario contener la discrecionalidad del poder punitivo del Estado y que las penas debían ser proporcionales, siendo que por estos motivos en la época moderna muchos Estados a través de sus Constituciones van suprimiendo penas excesivas como ser la pena de muerte u otras medidas crueles o degradantes.

Al respecto Luis Arroyo Zapatero y otros autores, dentro del su libro *Curso de Derecho Penal Parte General* manifiestan:

Ya desde la Ilustración y la Revolución Francesa se ha reclamado que la “ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias” (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Con anterioridad, Beccaria concluía su De los delitos y las penas con una afortunada síntesis: “Para que la pena no sea violenta de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”. [...]

Tras la II Guerra Mundial, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – artículos 10.2 y 18 del Convenio de Europa de Derechos Humanos-y el Tribunal Supremo de EE.UU. Y, ya sobre la idea de “prohibición de exceso” ya sobre la “razonabilidad” del

actuar de los poderes públicos se imputan a un principio general del Ordenamiento jurídico, que podemos denominar “de proporcionalidad”.³⁵

Este principio tiene una triple dimensión que se formula en sub-principios consistentes en que: la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada.

Las intervenciones que realice el Estado para activar el ejercicio del Ius Puniendi, requieren tres condiciones:

- 1) Necesidad de la afectación, cuando un bien jurídico tiene la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad en caso de vulnerar dicho bien jurídico.
- 2) Adecuación que se refiere a la idoneidad de la misma para conseguir su objetivo, que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan.
- 3) Proporcionalidad en sentido estricto, entre lesión de derechos que supone la intervención del Estado y el beneficio social que con ella se obtiene.

Por esta razón en el Derecho Penal, los bienes jurídicos son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad.

En la Constitución Política del Estado Boliviano, regula este principio dentro de sus artículos 15 párrafo primero, que establece: “Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte”.³⁶

Asimismo, en el Título IV, referente a las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa, en su artículo 114 párrafo primero de la misma norma suprema, establece: “Queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral. Las servidoras públicas y los servidores públicos o las autoridades públicas que las apliquen, instiguen o

³⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros – *Curso de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona – España. Primera edición. Diciembre de 2004, Pág. 69.

³⁶ Art. 15 I Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

consientan, serán destituidas y destituidos, sin perjuicio de las sanciones determinadas por ley”.³⁷

A su vez y en concordancia con lo precedente, se tiene lo establecido por el artículo 118 en sus párrafos primero y segundo, que establece: “I. Está prohibida la infamia, la muerte civil y el confinamiento. II. La máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto”.³⁸

El principio de proporcionalidad, reviste un carácter importante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Se basa en una idea de justicia, es decir quien comete un delito debe ser castigado recibiendo una pena, pero además debe hallar un equilibrio entre el daño causado y la pena que se impone. Para determinar qué tipo de sanción corresponde, se debe conocer el bien jurídico tutelado o protegido y así valorar la gravedad de la pena.

g) PRINCIPIO DE NECESIDAD (PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS)

Lo que justifica el consenso social que legitima al Estado y a su poder punitivo, es que su intervención se produzca por la necesidad de protección de intereses fundamentales de distinto carácter, denominados bienes jurídicos. Se debe tomar en cuenta que existe todo tipo de intereses sociales, pero los que interesan para su protección. Es necesario que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta, se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o interés, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho.

Que el Derecho penal deba proteger bienes jurídicos, este aspecto no significa que todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, ni tampoco todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal.

³⁷ Art. 114 I Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

³⁸ Art. 118 I, II Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

Pero si la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones.

De ahí se tiene el aforismo *nulla lex poenalis sine necessitate*, que se entiende que no puede haber ley penal sino por la necesidad de la sociedad de auto protegerse por medio del Derecho penal.

En si en cuento a este principio obliga fundamentalmente a la exclusión de meras inmoralidades del Derecho penal, es decir distinguir entre Moral y Derecho. El Estado debe ocuparse de conductas externas y no de la conciencia.

Lo que implica que el Derecho penal solo debe intervenir si amenaza un lesión o peligro para concretos bienes jurídicos tutelados por parte del Estado.

h) PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Este principio va en el sentido de que el Derecho penal, por sus características solo puede intervenir para la represión de las conductas más graves, existiendo otros medios o ramas del Derecho para conductas menos graves. Se plasma el principio, en primer lugar, en la exigencia de que el Derecho penal, intervenga sólo para la protección de los bienes jurídicos merecedores.

La exigencia de que el Derecho penal intervenga solamente para la protección de bienes jurídicos fundamentales se une, como consecuencia del principio de proporcionalidad, el que esa intervención punitiva que restringe las esferas de la libertad y que mediante la pena priva o condiciona el ejercicio de derechos fundamentales sea el último de los recursos que el Estado tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos (el Derecho penal como *última ratio*) y a su vez, sea lo menos gravoso posible para los derechos individuales mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ambas exigencias constituyen el contenido de lo que se conoce como el principio de mínima intervención del Derecho penal.

Entonces se puede establecer que a este principio existen dos sub principios. El primero referido al carácter fragmentario del Derecho penal, que permite utilizar a este exclusivamente, para la salvaguarda de los presupuestos inequívocamente

imprescindibles para el mantenimiento del orden social y aun entonces, solo frente a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles. El segundo referido a la subsidiariedad, que entiende el Derecho penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades que le ofrecían, tanto las medidas de política social en general, como otras subsistencias de control social no jurídico o jurídicos no penales. Siendo que no vendría a ser el Derecho penal como el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico.

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de ultima ratio, entendido como una de las expresiones del principio de intervención mínima del Derecho penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas formales e informales. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina los podemos hallar en el movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista. Es así, que la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala en su Art. 8: “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias [...]”.³⁹

Cabe señalar que sobre el nivel de gravedad o peligrosidad de los ataques al bien jurídico se determina por elementos objetivos y subjetivos concurrentes en la conducta prohibida y sus resultados. Hay que distinguir entre la gravedad de los distintos resultados para el bien jurídico, que comprende desde su puesta en peligro

³⁹ Art. 8 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)

hasta su lesión efectiva. También se ha de distinguir entre la diferente gravedad que pueden representar las conductas en sí, diferenciándose entre las conductas llamadas dolosas o de las llamadas culposas o imprudentes.

i) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

Se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas consideradas como delito con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad. Ya que el principio de proporcionalidad en su sentido amplio, plasmado en los principios de protección de los bienes jurídicos y de intervención mínima, refiere fundamentalmente en la selección de la clase de conductas que han de configurarse como delito.

Sobre este principio se puede establecer dos momentos, don se proyecta primero en la fijación legislativa de la pena y dentro de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley:

- a. Sobre la previsión legislativa de la pena que corresponde al delito, el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva (ponderación). A su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva pueda presentar (por ejemplo, distinguiendo entre consumación de la lesión al bien jurídico o tentativa).
- b. Sobre su aplicación judicial, refiere sobre que el juez debe tener en cuenta las circunstancias del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, debiendo razonarlo en la sentencia, es decir los jueces pueden aplicar una pena dentro del marco establecido para el delito que estimen conveniente, tomando en cuenta si concurren o no circunstancias establecidas por las normas penales, que determinan una mayor o menor proporción de lesividad para el bien jurídico o de culpabilidad del sujeto, de todas formas el juez al seguir esas reglas, siempre le queda un margen de arbitrio que tiene que aplicar proporcionadamente a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido.

Siendo estos los dos momentos, a los que refiere el principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto del Derecho penal.

j) PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Este principio menciona que se ha marcado el paso, de una antijuricidad meramente formal, que estimaba suficiente para considerar legitimado el carácter delictivo de un comportamiento, con la correspondiente declaración del legislador positivo, a otra antijuricidad material, que se suele plasmar en la idea del daño social.

Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: ante todo, debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando, por tanto, el mero conflicto entre autor y víctima. En segundo lugar, las consecuencias negativas de esa conducta, deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su comprobación por las ciencias empírico-sociales. Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción, entre el derecho penal y la moral, y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales.

1.2.1.2 LA TEORÍA DEL DELITO

Constituye un instrumento jurídico conceptual, que sirve para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto en la ley, es decir que la teoría del delito responde a la pregunta ¿Qué es el delito?; que la misma responde frente a un hecho, por el cual se tenga un orden de interrogantes y de sucesivas respuestas para determinar si ese hecho es o no un delito.

Dicho de otro modo, la teoría del delito es un método de análisis que presenta distintos niveles, el cual cada uno de estos niveles presupone al anterior y todos tienen como finalidad ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena o en su caso comprobando positivamente si se dan las que condicionan esa aplicación.

ANTECEDENTES

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. El delito debe ser una conducta humana; para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal

conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. Recientemente, las doctrinas funcionalistas intentan constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas. Cabe destacar en esta línea Roxin en Alemania o De la Cuesta Aguado en España, entre otros.

Al respecto Enrique Bacigalupo dentro del conocido Manual de Derecho Penal, Parte General, referente al causalismo y al finalismo en la teoría del delito refiere: “Exteriormente la teoría finalista se caracterizó por un concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor a un fin por este prefijado. De esta manera se oponía el concepto final de acción al concepto causal de acción que solo tenía en cuenta la producción causal del resultado”.⁴⁰

La primera corriente, es decir la causalista considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda corriente, es decir la finalista, por el contrario, pone mayor énfasis en el desvalor de la acción. La mayoría de los países del llamado derecho continental, utilizan la teoría finalista del delito. Pero a partir de la década de los noventa, en Alemania, Italia y España, parece imponerse, en doctrina y jurisprudencia, la estructura finalista del concepto de delito, se inicia el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse poco a poco en doctrina y jurisprudencia las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias.

Quizá la aportación más significativa al concepto de delito del funcionalismo moderado, sea la denominada teoría de la imputación objetiva, que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscando la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta, la tipicidad, no puede fundamentarse en la causalidad como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, etc.

⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique – *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996. Pág. 71.

Al respecto el autor mexicano Manuel Cancio Meliá en su libro *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* manifiesta:

*Con ayuda de esta teoría se pretenden resolver muchos supuestos que desde antiguo presentan dificultades para su tratamiento jurídico – penal. Ello sucede en dos planos. Por un lado, se trata de calificar la conducta como no prohibida. Así, por ejemplo, se dice que ha de excluirse la imputación del daño – y la responsabilidad del sujeto actuante – cuando la lesión deriva de una actividad abarcada por un “riesgo permitido” [...] Por otro lado, cuando si existe una conducta típica, puede que el resultado producido no lo sea, por no existir una conexión suficiente entre la conducta y este. En tal caso tratándose de una conducta dolosa, podrá producirse una condena por tentativa, pero no por el delito consumado.*⁴¹

Por ello, la teoría general del delito, estudia al delito propiamente dicho, los elementos integrantes, tanto positivos como negativos. En la base de la teoría del delito se encuentra el comportamiento humano, por lo cual el intérprete debe comenzar preguntándose, ante todo, si lo que tiene bajo análisis es un comportamiento o conducta humana.

DEFINICIÓN DE DELITO

En cuanto a una definición de delito, no existe unanimidad entre los doctrinarios del derecho penal. Depende en gran medida del punto de vista desde el cual se pretende definir y sobre todo el concepto que se tenga del mismo.

El jurisconsulto italiano Francesco Carrara, lo define como: “Infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.⁴² Para carrara el delito no es una conducta, ni una prohibición legal; es un ente jurídico.

⁴¹ CANCIO MELIÁ, Manuel – *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo. 1ª Reimpresión. Mendoza – Argentina. 2004. Pág. 23.

⁴² FONTAN BALESTRA, Carlos – *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina. 1998. Pág. 157.

Para Reinhart Maurach existen dos maneras de conceptualizar el delito, a saber, la primera es el concepto formal y la segunda el concepto material. Con respecto a la primera el citado autor lo explica de la siguiente manera:

El delito es una acción típica, antijurídica y atribuible. Es antijurídica, puesto que lesiona el ordenamiento jurídico establecido por la comunidad; es típica porque el legislador penal la ha extraído del círculo del ilícito restante, la ha esbozado en forma precisa y la ha unido a una amenaza de pena; y, finalmente, es atribuible, debido a que como consecuencia de la inexistencia de causales de exclusión de la responsabilidad y de la culpabilidad, el derecho positivo obliga al juez a extender al autor el juicio de desvalor jurídico que caracteriza al hecho.⁴³

Por otra parte, el concepto material de delito, que se ha aludido, parte de la base de la pregunta relativa a lo que se puede prohibir, en el presente orden jurídico y social. Este concepto tiene su cimiento en la idea de los valores y los bienes que el Estado tiene como obligación y prioridad proteger. Para una comprensión clara de los conceptos anteriormente expuestos Reinhart Maurach aclara:

La importancia de la distinción entre el concepto formal y el material del delito se debe a que ambos cumplen funciones completamente diferentes. El concepto formal del delito describe la extensión concreta de la zona penal y es por ello determinante para la función de garantía de la ley penal. Por el contrario, el concepto material de delito representa la concepción de la comunidad sobre aquello que puede ser prohibido mediante una amenaza de pena, de suerte que es un importante instrumento político-criminal.⁴⁴

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. En este sentido cabe mencionar que el delito está compuesto por una serie de elementos, que deben encuadrar en una conducta, para que la misma sea considerada como delito y castigada con una pena. Para aclarar el concepto de delito se debe indagar en los elementos que lo componen, referente a este tema, es significativo referirse a la conclusión que aborda Muñoz Conde: “el concepto de delito responde a una doble

⁴³ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*. Editorial Astrea. De 1996. pág. 86.

⁴⁴ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*. Editorial Astrea. De 1996. pág. 98.

perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho”.⁴⁵

Esto se refiere a que el primer juicio de desvalor lo que procura es de calificar como injusto o antijurídico el actuar humano, desaprobando el mismo y el segundo trata sobre la culpabilidad o responsabilidad que tiene el autor de la conducta.

En términos jurídicos, la definición actual de delito es aquella conducta humana conflictiva, típica, antijurídica y culpable, es decir es un desvalor social.

ELEMENTOS DEL DELITO

Se tiene que tratar este tema con la verificación de los elementos positivos del delito, como lo son la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad, como fundamento para que exista el delito y aún más importante, la pena que se señala en la ley penal.

1. La acción y la omisión

Para el Derecho Penal, no sanciona todas las conductas, sino un número muy limitado de ellas, pero todos los comportamientos que reciben una sanción penal tienen una base en común pre jurídica que es precisamente el comportamiento humano. Ya que el delito no puede ser una característica física o una condición personal, el delito estrictamente solo puede ser una conducta humana. Cabe señalar que quedan excluidos todos los comportamientos que no son humanos, como ser fenómenos naturales o actos de animales.

De igual forma lo no exteriorizado que pueden ser disposiciones internas del ánimo, como ser los pensamientos e ideas de las personas que no llegan a trascender en el exterior. En cambio, las manifestaciones de deseos internos si pueden ser punibles.

La acción constituye la realización de un acto, ejercer una actitud externa del ser humano. La conducta humana, acción u omisión, es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. En el caso de la omisión, esta puede interpretarse como la acción en su forma pasiva. Von Liszt define por primera vez el concepto de acción: “Acción

⁴⁵ MUÑOS CONDE, Francisco – *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de F. 2ª edición. Montevideo – Buenos Aires. De 2001. Pág. 64.

como la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior. En este concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea”.

Como lo exponen los tratadistas De León Velasco y De Mata Vela, existen ciertos límites que el derecho penal debe tomar en cuanto a la acción y es que el concepto de acción, propiamente tal, es supra jurídico. La acción humana, como tal, tiene como fundamento el encaminarse hacia un fin determinado, “el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, conforme a su plan”;⁴⁶ por lo que la acción humana es una conducta dirigida a un determinado fin que incluiría elementos internos, motivaciones, intenciones, voluntad, análisis de medios, decisión, y elementos externos, los medios elegidos para encaminar la acción al fin determinado.

2. Antijuridicidad

Tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal en cualquiera de sus formas, no es contraria al derecho, por lo que vendría a ser una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico.

Según el criterio de los tratadistas De León Velasco y De Mata Vela, la antijuridicidad es: “la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido previamente por el Estado”⁴⁷. Esta contradicción ya se ha dado, aún de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo. La antijuridicidad es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho en general, por eso se ha dicho que no basta con que la conducta se encuadre en el tipo penal, puesto que es necesario que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito.

⁴⁶ DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal, DE MATA VELA, José Francisco – *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. F&G Editores. Décimo tercera edición. Guatemala. De 1996.

⁴⁷ *Ibíd.*

Por ello la primera condición que debe cumplir una conducta para que sea calificada como antijurídica es que se trate de una conducta típica, siendo esta una condición necesaria pero no suficiente, ya que algunos comportamientos se realizan en circunstancias que los justifican. La antijuridicidad sale de todo el orden jurídico y el mismo no significa que una conducta justificada no tenga sanción en alguna otra rama del derecho.

Estas causas de justificación en la ley penal para el caso de Bolivia son los establecidos en el Art. 11 1) (Legítima Defensa), 2) (Ejercicio de un Derecho, Oficio o Cargo, Cumplimiento de la Ley o de un Deber) y en el Art. 12 (Estado de Necesidad) del Código Penal

Por lo anterior, es que se considera como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

3. La Tipicidad

Se refiere al tipo, aunque la palabra tipo es una traducción convencional realizado del alemán, su traducción de la palabra originaria alemana sería supuesto de hecho ya que se habla de un supuesto de hecho fáctico (que es lo exteriorizado en el mundo es decir el hecho en sí) y un supuesto de hecho legal (que vendría a ser la fórmula prevista en los códigos penales, lo que se llama el tipo y que está en la ley). Lo que se debe ver es que el pragma conflictivo (que vendría a ser la conducta más el resultado), que lo define la ley abarque o encuadre el supuesto de hecho fáctico, es decir que el pragma conflictivo que debe existir en el mundo exterior que es el supuesto de hecho fáctico; si este corresponde con el supuesto de hecho legal o tipo penal, habrá tipicidad.

Por ello, es que la tipicidad se refiere al encuadramiento de la norma. Se denomina tipicidad a la adecuación de la conducta humana con la descripción contenida en la ley penal. En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuridicidad. Pero no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características y hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan. Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal.

Se puede entender que el tipo legal es aquella fórmula legal necesaria que cumple dos funciones, siendo la primera la de habilitar el ejercicio formal del poder punitivo y el segundo que es, contener el ejercicio del poder punitivo mediante la limitación valorativa del campo de lo prohibido.

Los tipos no es que tienen siempre el mismo alcance prohibitivo ya que hay por ejemplo circunstancias tecnológicas que van mudando con el tiempo, como hay circunstancias de carácter normativo que van mudando con el tiempo y que una misma fórmula legal puede tener una u otro alcance prohibitivo según las circunstancias.

Ahora bien, se habla de las funciones que ejerce el tipo, es decir, aquellas manifestaciones del ser humano cuales quiera que sean sus características de presentación, es decir, es todo aquello que se hace, se piensa y se siente. Siempre va encaminada a la realización de un fin y existe una voluntad consciente para la realización del acto.

A partir de la constatación de ese riesgo típicamente relevante, se debe establecer que como ejemplo que el resultado, la muerte, las lesiones, etc., es expresión de ese riesgo y no fruto de otras conductas o eventos ajenos al agente. Este último análisis no se realiza en delitos llamados de mera actividad, en los que no hace falta un resultado para que haya delito, omisión de socorro, allanamiento de morada, etc.

En este apartado también se tendría que abordar el tema del resultado que se espera por el sujeto activo. El resultado es la consecuencia externa y observable derivada de la acción, manifestación de voluntad. Los códigos penales castigan en algunos casos la acción, delitos de simple actividad, y en otros, el resultado que se deriva de ésta, delitos de resultado.

Pero también puede haber conductas de no hacer o dejar de hacer, que traen como consecuencia un resultado y puede ser formal o material. También existen causas de atipicidad que se dan en los supuestos en los que concurren determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal. Por ello, se han manejado conceptos como los siguientes:

Atipicidad objetiva: Se da cuando en los elementos objetivos del tipo, uno de ellos no encuadra en la conducta típica o simplemente no se da. Se dice que existe ausencia del tipo, cuando en la ley no se encuentra plasmada o regulada alguna prohibición de alguna conducta, acorde al principio de legalidad penal.

Error de tipo: Es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo. El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el dolo en todos los casos.

4. La Culpabilidad

Constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. Se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor, en el momento de la comisión del hecho, ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi, el Estado.

Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a derecho.

Para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de la antijuridicidad del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber, que el hecho cometido, está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia. En este tema se aborda también el error de prohibición. Se define como el déficit cognitivo del autor de una conducta típica, en relación a la antijuridicidad de la conducta. Dependiendo de su carácter de vencible o invencible, se determina la ausencia o no de culpabilidad.

De igual manera la exigibilidad se ha establecido en los códigos penales, en su mayoría, el hecho de que el Estado no puede exigir al ciudadano un comportamiento heroico. Surge así la posibilidad de excluir la imposición de la pena por la existencia de circunstancias, que sitúen al autor del delito, en una situación según la cual, adecuar su comportamiento a las exigencias normativas, hubiera supuesto una exigencia intolerable para el hombre común.

El juicio de exigibilidad, entonces, se realiza mediante la comparación de las características personales o circunstanciales del destinatario de las normas y de un modelo idealizado, construido mediante la generalización. Cuando de esta comparación se deduzca, que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal y como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad.

La mayoría de la doctrina configura dentro de la categoría de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta en sentido negativo, como causas de no exigibilidad. Recientemente se propugna desde una perspectiva dialéctica y democrática de la culpabilidad. En España, la consideración de la exigibilidad, entendida como posibilidad de reclamar e imponer, por parte del iuspuniendi un comportamiento acorde con la norma jurídico-penal como el auténtico fundamento material de la culpabilidad.

Cuando por razones excepcionales, ajenas a su persona, el sujeto destinatario de la norma no pudiera adecuar su comportamiento al mandato normativo, surgirían las causas de disculpa o exculpación basadas en la inexigibilidad de otra conducta.

También, aunque escasamente admitido por la jurisprudencia, se incluyen como supuestos de no exigibilidad el hurto o el robo famélico. Los diversos códigos penales admiten estos supuestos con diversos enunciados, pero si el juicio de exigibilidad es un juicio que debe realizar el juez y podrían surgir otros supuestos, distintos a los tradicionalmente reconocidos que deberían admitirse como causa de exculpación, aunque la mayoría podría ser considerados como supuestos de estado de necesidad, en este caso, se cae en un acto discrecional de los jueces, que pueden ser en determinado momento perjudiciales para los procesados.

5. La Punibilidad

Consiste en la posibilidad de aplicar la sanción prevista en el tipo penal en contra claro del autor del ilícito y la responsabilidad. Por regla general se sabe que una conducta será punible si se comprueba la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Esta se ocupa de resolver el sí o el no de la pena, a través de dos categorías consistentes en las excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad. Aunque actualmente se tiende a incorporar una dimensión cuantificadora de la pena también llamada determinación judicial de la pena.

La Punibilidad se puede traducir en la amenaza de una pena, que contempla la ley, para aplicarse cuando se viole una norma. Dentro del tema de punibilidad se aborda, lo que se ha dado a conocer como la condición objetiva. Esta se encuentra constituida por requisitos, que la ley señala eventualmente, para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad, simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles y para otros constituyen un auténtico elemento del delito.

Así también la ausencia de punibilidad o excusas absolutorias, estas constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal boliviana, deben darse todos los elementos positivos del delito para que este pueda ser penado o sancionado, sin embargo, también, debe considerarse que pueden suscitarse todos a excepción del último, derivado de excusas absolutorias, como por ejemplo, la legislación señala que no puede ser culpable la esposa que le roba al esposo, y otros casos más que caen en que precisamente se da una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa, no es punible.

Entonces cuando se habla de las excusas absolutorias (que son circunstancias directamente relacionados con la persona del autor) o de las condiciones objetivas de punibilidad (que son en relación al hecho), se está refiriendo a un conjunto de eximentes que el legislador se reserva en un análisis puramente de política criminal, es decir que se tratan de casos expresamente previstos en la ley en las

que por cuestiones de política criminal se determina la imposibilidad de aplicar sanción al agente.

1.2.2 EL ACOSO Y EL CIBERACOSO

1.2.2.1 EL ACOSO

Se dice que una persona está acosando cuando se hostiga, se persigue o se molesta a otra, incurriendo en alguna de las formas de acoso ya que se debe señalar que existen diferentes formas de acoso, entre las cuales podemos referir las siguientes:

- El acoso escolar, que refiere al maltrato psicológico, verbal o físico producido entre escolares a lo largo de un tiempo determinado.
- El acoso físico, que vendría a ser del termino en ingles stalking y va referido a la persecución ininterrumpida a un sujeto con el que se pretende establecer un contacto personal contra su voluntad.
- El acoso inmobiliario, que se refiere al hostigamiento a vecinos, con el fin de que abandonen su vivienda
- El acoso laboral, referido a la acción hostigadora para producir miedo, desprecio o desanimo a un trabajador.
- El acoso psicológico, que consiste al trato vejatorio y descalificador que se realiza hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente.
- El acoso sexual, que constituye a la manifestación de una serie de conductas compulsivas de solicitud de favores sexuales dirigidas a un receptor contra su consentimiento.
- **El ciberacoso**, que es el que nos interesa para la presente investigación y que va referido según su fin, al que se realiza a través del uso de medios de comunicación electrónicos.

El acoso no es un fenómeno nuevo, el acoso ha existido siempre. Define el Diccionario de la Real Academia Española como acoso la “acción y efecto de acosar”⁴⁸, entendiendo por tal: 1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona; 2. Perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos.

⁴⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.2 en línea]. 2018. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/acoso>

Lo que interesa al Derecho penal es más bien la idea de persecución sin tregua ni descanso, que en algunos sistemas comparados se tipifica como hostigamiento y/o molestia grave. La fenomenología del acoso es muy amplia: las formas de acosar son muy variadas que pueden realizarse directamente por el acosador o utilizando a otras personas.

También puede consistir en conductas delictivas tales como presentación de denuncias infundadas antes la policía o juzgado, daños materiales o incendios de cosas de la víctima, delitos contra el patrimonio, interceptación o control del correo postal, entrada sin permiso en el domicilio, amenazas contra familiares o amigos (o de llevarse a los niños), insultos, agresión /abuso sexual, detención ilegal, golpes, maltrato (incluido el maltrato de animales domésticos).

El acoso supone la realización de comportamientos amenazantes que una persona ejecuta de forma reiterada sobre otra. Es necesario en todo caso que dicha conducta transmita una amenaza creíble de empleo de la violencia contra la víctima o sus familiares y allegados. Es decir, es cualquier acto de violencia sistemático, psicológico, físico o sexual que realiza una persona o un grupo de personas, dirigido hacia otra u otras personas, que (a partir de un determinado momento) no se encuentran en posición de defenderse.

1.2.2.2 CIBERACOSO

El ser un usuario de las plataformas digitales, es decir la pertenencia y la participación en las redes sociales nos hacen fáciles blancos de un ciberacoso continuo, ya que nuestra presencia en internet es continua también. El mundo virtual y las redes sociales, concretamente, se caracterizan por que no es necesario que el acosador y acosado se hallen físicamente cerca para que se produzca el acoso. Además, el uso de internet puede hacer que el ataque sea más invasivo, ya que se puede penetrar los espacios físicos de privacidad con más facilidad e impunidad, a su vez el acosador puede realizar esta conducta a múltiples personas. Por tanto, uno de los principales peligros de las redes sociales es que, si bien no se puede ejercer por este medio una violencia física, cualquier persona puede acosar a otro hasta un nivel excesivamente grave desde cualquier lugar y a cualquier hora, día, mes y año, sin conocerlo siquiera.

El término Ciberacoso fue utilizado por primera vez por el educador canadiense Bill Belsey, creador del sitio web “*www.bullying.org*”. También en terminología anglosajona

podemos encontrar la palabra “*Cyberstalking*” para acuñar al término de “Ciberacoso o Ciberacercamiento”.

Se puede definir de forma general el “CIBERACOSO” (ciber- acoso, acoso online, ciber stalking) como el uso de información electrónica y medios de comunicación tales como e-mail, mensajería instantánea, mensajes de texto, invasión en las redes sociales, blogs, teléfonos móviles, y websites (páginas web) difamatorios para acosar a un individuo o grupo, mediante ataques personales u otros medios, que además puede constituir en muchos casos un crimen informático.⁴⁹

Es por ello que nos encontramos ante un tipo de actitudes que pueden ocasionar graves daños psicológicos, por su puesto en primer lugar a la persona que sufre de esta actividad ilícita, o en su caso para el tema que nos ocupa en desmedro de la indemnidad sexual de personas menores de edad. Pero, por otro lado, hay que señalar que el acosador no queda indemne como instigador de este tipo de situaciones y acaba viéndose afectado por este tipo de conductas tan dañinas, sobretodo en el caso de menores y adolescentes cuyas actitudes en algunas ocasiones, poco reflexionadas y mal aconsejadas pueden derivar en un problema bastante importante. Para muchas víctimas el acoso cibernético significa vivir bajo el terror durante varios meses antes de decidirse a buscar ayuda y se considera que puede llegar a ser más lesivo que el que se realiza de forma directa es decir de forma personal.

En resumen, podemos definir el Ciberacoso de manera más precisa como una agresión psicológica, sostenida y repetida en el tiempo, perpetrada por uno o varios individuos contra otros, utilizando para ello las nuevas tecnologías.

1.2.2.3 DIFERENCIA ENTRE EL ACOSO Y EL CIBERACOSO

A pesar que el ciberacoso es una forma de acoso, existen diferencias entre ambas, que se detallan a continuación:

⁴⁹ GONZALEZ GARCIA, Javier - *Ciberacoso la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*. Editores Valencia Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Valencia – España. De 2010. pág. 55.

Acoso	Ciberacoso
Se la realiza de persona a persona.	Se utilizan las nuevas tecnologías de la información y comunicación (<i>TIC's</i>).
Diferencia de poder entre la víctima y el acosador (el acosador se vale de una posición jerárquica mayor a la de la víctima o algún tipo de poder sobre ella).	Cualquiera puede ser acosador.
La víctima conoce a su acosador de forma directa.	El ciberacosador, tiene ventaja de esconderse bajo el anonimato, puede ser tanto una persona conocida como una desconocida para la víctima.
Generalmente llega a existir interacción personal y contacto físico entre el acosador y su víctima.	No es necesario la existencia de contacto físico para dañar, o que estén cerca.
El daño causado se extiende al ámbito familiar, personal o laboral de la víctima.	El daño causado puede ampliarse ya que por el uso de internet el daño puede llegar a una gran cantidad de gente o usuarios de internet, de todas partes.
El acoso es intermitente (se interrumpe y luego vuelve a empezar)	Al realizarlo mediante el internet es ininterrumpido, pudiendo realizarse las 24 horas, los 7 días de la semana.
La víctima puede escapar al acoso, cambiándose de colegio, de residencia, de ciudad, etc.	La víctima no puede escapar por que utiliza la red para dañar a su víctima donde se encuentre.
El ataque es menos invasivo	Se utiliza la información personal de la víctima subida a la red y por lo tanto el

	ataque es más invasivo porque se puede penetrar los espacios físicos de privacidad con más facilidad e impunidad
Se puede cuantificar el daño	Al difundirse tan rápidamente, resulta imposible a la víctima cuantificar el daño de la agresión y cuantas personas están participando de ella.
El daño termina cuando se deja de acosar	Resulta muy difícilmente eliminar la información (fotos, videos, etc.) y puede perdurar en el tiempo aun después de que haya desaparecido la intención de acosar por parte del ciberacosador.
El acosador se ve limitado a realizar su actuar contra las personas de su entorno en un plano personal.	El ciberacosador puede realizar múltiples acciones contra una cantidad mucho mayor de víctimas paralelamente.

Fuente: Carmen J. Arce. La necesidad de tipificar el delito de ciberacoso en el Código Penal. La Paz Bolivia 2016.

1.2.2.4 TIPOS DE CIBERACOSO

Existen diferentes formas o tipos de ciberacoso, en cuanto a las personas partícipes de este tipo de hechos, de las cuales se puede señalar:

- El *Ciberstalking*. – Cuando el acoso se lo realiza de una persona adulta o mayor de edad en contra de otra persona adulta o mayor de edad.
- El *Ciberbullying*. - Cuando el acoso se lo realiza de una persona menor de edad en contra de otra persona menor de edad.
- **El Grooming.** - Cuando el acoso se lo realiza de una persona adulta o mayor de edad en contra de una persona menor de edad **con finalidad sexual.**

1.2.3 DELITO INFORMÁTICO - CIBERACOSO CON FINALIDAD SEXUAL A MENORES DE EDAD (*GROOMING*)

Como se determinó anteriormente sobre los delitos informáticos, se los puede clasificar o dividir en dos grupos: uno referido a los delitos informáticos de naturaleza y el otro aquellos delitos informáticos considerados como tal por utilizar medios informáticos para su fin.

Los entornos virtuales permiten que los usuarios que interactúan en ellos lo hagan mediante la creación de identidades falsas o ficticias. La posibilidad de que personas adultas se relacionen con menores de edad haciéndose pasar por pares pone en riesgo a los niños y a los adolescentes que se conectan a las redes sociales, los chats, los foros de discusión o los juegos en línea. En este caso, el objetivo del delincuente es ganarse la confianza del menor y acosarlo sexualmente.

Tal como señalan son tres las formas que el internet es utilizado para el abuso sexual infantil:

- 1) La diseminación de imágenes sexualmente abusivas de niños por razones personales y/o comerciales.
- 2) La comunicación con otros individuos con un interés sexual en niños.
- 3) El mantenimiento y desarrollo de redes de pedofilia en línea.

Etimológicamente, *grooming* es una forma verbal de groom, vocablo cuyo significado alude a conductas de preparación o acicalamiento de algo, que en el ámbito de la pedofilia suele asociarse a toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral y psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual, pues en este delito se caracteriza por tener una manipulación, es decir existe una operación por parte de una persona adulta de forma voluntaria de manipulación psicológica muy fuerte hacia niñas, niños o adolescentes.

Está vinculada con la última forma de empleo de la red es decir la señalada en el numeral tres, ya que se trata de una práctica que se caracteriza por el uso de medios tecnológicos para entablar comunicaciones de contenido sexual inapropiadas con niños y así hallar menores de edad en perjuicio y para realizar delitos sexuales más graves.

Este delito recibe el nombre de “*grooming*” y se lo define como:

La acción deliberada de un adulto de acosar sexualmente a un niño o niña mediante el uso de Internet. Siempre es un adulto quien ejerce el *grooming* [...] El mecanismo del *grooming* suele incluir un pedido de foto o video de índole sexual o erótica (pedido por un adulto, utilizando el perfil falso). Cuando consigue la foto o video, comienza un período de chantaje en el que se amenaza a la víctima con hacer público ese material si no entrega nuevos videos o fotos o sino accede a un encuentro personal.⁵⁰

La guía sobre el ciberacoso para profesionales en salud de la sociedad española de medicina para adolescentes explica que el *grooming* consta, en la mayoría de los casos, de las siguientes tres fases:

1.- Contacto y acercamiento: el acosador se vale de herramientas para mentir sobre su edad al entrar en contacto con el chico/a menor de edad: mostrar fotos o videos modificados por programas web. En esta etapa se busca generar confianza y empatía.

Se da generalmente por medio de las redes sociales cuando la persona adulta a través de un perfil falso creado oculta su identidad, con el fin de crear el de otra persona para poder tener un acercamiento y entablar una relación a nivel emocional con la niña, niño o adolescente.

2.- Componente sexual: el acosador consigue que el chico/a menor de edad, le envíe alguna fotografía o video con componentes sexuales o eróticos.

En este delito siempre va encaminado o involucra un fin sexual, para la satisfacción del adulto que realiza los actos del anterior punto de manera voluntaria y con consentimiento.

3.- Ciberacoso: si el menor no accede a sus pretensiones sexuales (más material, videos o encuentro sexual), el ciberacosador lo amenaza con difundir la imagen que haya capturado con mayor carga sexual a través de Internet (plataformas de intercambio de videos, redes sociales, foros u otros) o enviarla a los contactos personales del menor.

⁵⁰ UNICEF, Argentina – *Grooming, Guía práctica para adultos*. Abril. 2014. Disponible en: https://www.intramed.net/userfiles/2014/file/guiagrooming_2014.pdf (consultado en octubre del 2019)

Esto se refiere que una vez entablada la relación a nivel emocional con la persona menor de edad, comienza con amenazas u hostigamiento intentando o llegando a concretar la realización de un delito de carácter sexual más grave como un abuso sexual o violación.

También se lo denomina como *childgrooming* o acoso sexual infantil, definiéndolo también como “el ciberacoso ejercido deliberadamente por un adulto para establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para su abuso sexual”.⁵¹

Haciendo un análisis de este delito se puede establecer como elementos o fases que lo componen:

- 1) Inicio de la fase de amistad. Se trata de la primera toma de contacto con el menor de edad para conocer aspectos personales, creando una relación a nivel emocional con el objetivo de alcanzar la confianza del menor.
- 2) Inicio de la fase de relación. Se trata de la formación de relación que incluye con frecuencia confesiones personales e íntimas entre el menor y el ciberacosador. Consolidando de esta forma la confianza obtenida por el menor de edad y se profundiza en información sobre su vida.
- 3) Contenido sexual. Con frecuencia se incluye la descripción de términos específicamente sexuales y la petición a los menores de su participación en actos de naturaleza sexual, grabación sexual o toma de fotografías.

Tal como se desarrolla se trata de un tipo de acoso progresivo, que guarda relación con la guía sobre el ciberacoso para profesionales en salud de la sociedad española de medicina para adolescentes.

Simplemente se puede decir que el *grooming*, constituye un acto cobarde que pueda cometer un ser humano, al igual que todos los delitos que se configuran contra la inocencia de menores y adolescentes. “Si bien la palabra *grooming* es de origen inglés en Latinoamérica se adaptó directamente al delito de seducción o captación a través de

⁵¹ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DEL ADOLESCENTE - *Guía sobre el Ciberacoso para profesionales en salud*. Madrid, España. De 2015, pág. 17. Disponible en: https://www.adolescenciasema.org/usuario/documentos/Guia_Ciberacoso_Profesionales_Salud_FBlanco.pdf. (consultado en septiembre de 2019)

medios informáticos de un mayor a un menor de edad con el objetivo de programar un encuentro de contenido sexual con la víctima”.⁵²

Pero más allá del avance que significa la tipificación, de este aberrante delito tiene una amplia variante de ramificaciones. Se llama al *grooming*, al proceso de seducción y captación del menor a través de plataformas informáticas o redes sociales como Facebook, Twitter, WhatsApp, video juegos on line en donde se le permite chatear entre los participantes entre otras herramientas tecnológicas de interconexión, motivado por un interés de satisfacción sexual.

El *grooming* no es solo una invitación lisa y llana por parte de un mayor a un menor a realizar prácticas sexuales, esta detestable acción tiene consigo los trasfondos más oscuros del ser humano y por ende de la sociedad criminal. Es decir, la conexidad con todos tipos de delitos sexuales como violación, abuso, secuestro, pornografía infantil y trata de personas.

En realidad, el *grooming* jurídicamente debería ser tratado como un proceso preparatorio doloso con el objeto de desarrollar otras acciones penales más graves de carácter sexual. El argentino Diego Fernando Migliorisi, en su libro El abuso silencioso manifiesta que:

*En resumidas cuentas, el autor de este delito comienza un proceso de seducción del menor que devenga en una amistad online. Este proceso puede llevar, días, meses o años dependiendo la finalidad delictiva del delincuente que tiene como base mínima la solicitud –mediante el mencionado proceso de captación de la confianza- de imágenes íntimas del menor que pueden ser utilizadas por el delincuente para consumo personal (es delito en Argentina desde 2018), con fines de distribución en redes de pedofilia, hasta llegar al abuso sexual, secuestro para incorporarlo a redes de trata entre otros fines delictivos.*⁵³

El especialista en cibercrimes, Diego Fernando Migliorisi, hace referencia a que constituye un calvario este enemigo silencioso que hace de la tentativa de abuso a través

⁵² MUY INTERESANTE, ¿Que es el “grooming”?; Disponible en: <https://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/i-que-es-el-grooming>.(consultado en septiembre del 2019)

⁵³ MIGLIORISI, Diego Fernando, *GROOMING, El abuso silencioso*. Libro Digital. Edición multilingüe Buenos Aires – Argentina. 2019, pág. 15. Disponible en: <http://elacososilencioso.com/descarga-ebook/>.

de medios informáticos, se debe combatirlo con información, prevención y acción inmediata, indicando que el silencio siempre será en favor del victimario.

Primariamente debemos comprender que quien comete este tipo de delitos en la mayoría de los casos no es improvisado ya que tiene un objetivo propio y determinado que como mencionaba no termina en una sola interacción on line o una invitación a encontrarse, sino que poder ir mucho más allá. Son personas que aplican un modus operandi preciso y paulatino sobre el menor para lograr sus objetivos criminales. Utilizan inteligentemente la psicología -como veremos en el capítulo – para ocultar esta relación virtual a la familia utilizando la amenaza, la extorsión (delitos más graves que el propio grooming tal como está tipificado actualmente) o bien implementando códigos de amistad para solidificar esa relación de confianza lograda con el correr del tiempo.⁵⁴

Las identidades falsas, las afinidades con los gustos de las víctimas, la utilización de los tiempos específicos son las herramientas comúnmente utilizadas por los criminales en este tipo de delitos.

1.2.4 SUJETOS INTERVINIENTES

Para este delito por lo anteriormente manifestado se puede establecer como sujeto activo entendiendo que es quien realiza el tipo, también llamado agente, correspondería a una persona mayor de edad, sin embargo, en merito a la legislación penal de otros países como se desarrolla más adelante, el cual tipifican este delito se puede observar que en la mayoría para el sujeto activo la normativa no establece ningún requisito o parámetro de lo que se podría inferir que puede ser cualquier persona también un menor podría realizar este tipo de delito. Cabe señalar que una primera instancia en el caso de Argentina por ejemplo se establecía a una persona mayor de edad que posteriormente modifico este extremo. Por lo tanto, es un delito común y no así un delito especial o determinado que exija existencia de características especiales en el agente.

Respecto al sujeto pasivo, entendiéndose como el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, en este tipo de delito se determina que debe ser una

⁵⁴ MIGLIORISI, Diego Fernando, GROOMING, El abuso silencioso. Libro Digital. Edición multilingüe Buenos Aires – Argentina. 2019, pág. 15. Disponible en: <http://elacososilencioso.com/descarga-ebook/>.

persona menor de edad, es decir una niña, niño o adolescente, que dependerá respecto a la regulación propia de cada país sobre el parámetro para ser considerado menor de edad o la que determina la edad de madurez sexual. Algunos países establecen expresamente el parámetro de edad en el tipo penal como ser el caso de Chile. Por lo tanto, es especial al tratarse de un elemento normativo jurídico requerido del presupuesto lógico de una norma.

1.2.5 BIEN JURÍDICO TUTELADO EN DELITOS SEXUALES

Sobre este punto se debe destacar que no ha sido un tema sencillo para la doctrina toda vez que se trata de un tema tan privado como es el de la sexualidad de las personas que esta no solo vinculada con actos para la procreación sino una serie de actitudes insertas en los planos afectivos y comunicacional del individuo, mereciendo el calificativo de actos sexuales aquellos que la persona realiza bajo la motivación de impulso sexual. Cabe entonces hacer un análisis sobre el bien jurídico que se protege en delitos sexuales para posteriormente tener un mejor entendimiento respecto al delito de ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*).

Para ello se debe tener en cuenta que la existencia o el manejo de algunas teorías según la doctrina para determinar de qué forma se lesiona un bien jurídico de carácter sexual, cuando no existe contacto físico entre victimario y víctima.

- Una de las primeras doctrinas conocidas por ser la más antigua sostenía que lo que protege los delitos que atentan contra la sexualidad era la moral, entendiéndose como aquella que tiene base en el orden interno de las personas y que se orienta a distinguir, lo bueno de lo malo, buscando siempre lo bueno. La sexualidad para esta doctrina es un instrumento de procreación y no expresión de la libertad individual. Los inconvenientes de esta teoría, corresponde a la relación principalmente con que la moral no es un concepto absoluto y que no rige para todas las personas igual, sino que, por el contrario, es un concepto de carácter personal que cambia de persona a persona más aun tomando en cuenta la coyuntura actual y las comunidades sociales que se ve en el mundo, teniendo cada cual una apreciación distinta que lo que la moral significa.
- La otra doctrina es la que señalaba que el bien jurídico protegido en los ilícitos sexuales era la Honestidad y el Pudor, conceptos que están íntimamente ligados,

ya que, la honestidad desde un punto de vista subjetivo, según algunos autores, sería sinónimo de pudor. El inconveniente resultaría a raíz de que la honestidad, es un valor moral, por lo tanto, depende de cada persona según sus condiciones y pensamientos, teniendo como inconveniente que no es posible que alguien deje de ser honesto por las acciones que terceros realicen en su contra, se entiende que la honestidad debe concurrir en el sujeto pasivo. Respecto al pudor al igual que la honestidad es sentimiento de carácter personal que varía en las personas.

- Una tercera doctrina es la que postula como bien jurídico la libertad sexual para los delitos de carácter sexual, siendo que en la doctrina contemporánea llega a ser el bien jurídico dominante, en la cual se elimina todo elemento moralizante. La libertad sexual se manifiesta en dos formas, siendo la primera que cada persona elija según sus deseos, la forma de vinculación, el compañero y tipo de contacto sexual y el según aspecto relacionado con la facultad de cada persona de oponerse o negarse a verse envuelto en una situación sexual que no desee. La crítica a esta doctrina, son respecto a determinar qué es lo que protegen en aquellas personas a quienes no se le reconoce la libertad sexual como en el caso de los menores de edad e incapaces, donde surge la teoría de la intangibilidad o indemnidad sexual entendiéndose como el derecho que corresponde a personas menores de edad e incapaces de no experimentar perturbaciones o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales como resultado de un involucramiento en un contexto sexual, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones, debido a la potencialidad lesiva que el sometimiento a una actividad sexual puede significar a una persona que no está capacitada para consentir o la aptitud traumatizante que va en cualquier forma de ejercicio prematura de la sexualidad.

Se puede manifestar lo expresado por Raúl Carnevali Rodríguez respecto de los menores, que indica:

“Lo que se procura es la preservación de las condiciones fundamentales que permitan a éstos ejercer en el futuro sus facultades sexuales, esto es, impidiéndoles la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo

*sexual posterior, afirmando como objeto de tutela, la libertad sexual potencial o indemnidad sexual, tutelando así su libertad futura”.*⁵⁵

De estas doctrinas señaladas brevemente, la mayoría de los autores considera que el bien jurídico protegido en delitos sexuales es la libertad sexual y en caso de menores e incapaces la indemnidad sexual.

BIEN JURÍDICO TUTELADO DEL CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES

Respecto del bien jurídico que se tutela para este delito del ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual conocido como *grooming* o *child grooming* se debe señalar que existen diferentes posturas que ha sido analizado por la doctrina de formas diferentes.

Específicamente constituyen tres posturas distintas para determinar el bien jurídico siendo las siguientes:

- 1) Aquella postura que indica que este delito se lo encuadra como pluriofensivo ya que afecta o compromete no solo la indemnidad sexual individual de los menores de edad, sino que también ataca la seguridad de la minoridad en el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación TICs.
- 2) Otra postura es aquella que indica que este delito vulnera solo un bien jurídico, correspondiente a la dignidad o la integridad moral de los menores de edad.
- 3) Por último, se tiene aquella postura que corresponde a la mayoritaria, la cual indica y afirma que es solo uno el bien jurídico protegido y constituye la indemnidad sexual de los menores de edad.

Se puede señalar lo manifestado por el estudioso del Derecho Francisco Muñoz Conde que conceptualiza al respecto al manifestar que:

Actualmente, en nuestro ámbito cultural existe una especie 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 de la persona con

⁵⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Departamento de estudios, *Informe en Derecho, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y obtención de servicios sexuales*. Nro. 2 / 2012 / Agosto. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6670-2.pdf>

*discapacidad, 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.*⁵⁶

Entonces se tiene establecido como bien jurídico tutelado, la indemnidad sexual de los menores de edad, en el caso de Argentina por ejemplo se ha determinado por el legislador proteger la indemnidad sexual de los menores de edad, entendiendo esto como la libertad sexual, el derecho que tiene toda persona que no ha cumplido la mayoría de edad, de ejercer libremente su autodeterminación sexual.

1.2.6 LA INDEMNIDAD SEXUAL Y LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO

Como se establece según las corrientes mayoritarias, el bien jurídico establecido para el ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual (*grooming*), constituye el de la indemnidad sexual que tiene relación con los delitos sexuales a menores de edad.

Se determina como aquel derecho a que la persona no sufra interferencia en la formación de su propia sexualidad, que es aplicada principalmente en las personas menores de edad e incapaces. Para el delito que nos ocupa corresponde en lo lógico a las personas menores de edad.

Se lo puede definir técnicamente como, “manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida”⁵⁷.

El ataque a este tipo de bien jurídico hace que afecte de forma psíquica al desarrollo del menor y tomen como correctos, actos que no lo son. La protección de la indemnidad sexual está íntimamente relacionada con la necesidad de proteger y garantizar el normal desarrollo en el ámbito sexual de aquellos que todavía no han alcanzado el grado de

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. 20ª edición, 2015. España, pág. 188.

⁵⁷ DUDAS LEGISLATIVAS, *¿Qué es la indemnidad sexual?*, Disponible en: <https://dudaslegislativas.com/que-es-la-indemnidad-sexual/>

madurez suficiente, por ello es que sucede para el caso de los menores, así como para los incapaces. Ya que se debe tomar en cuenta que, a diferencia de los adultos, los menores de edad no tienen la capacidad física, psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, es decir de autodeterminación es en tal sentido que la doctrina señala que la indemnidad sexual es el objeto fundamental de tutela respecto a los referidos menores de edad, y para el delito que se estudia.

La libertad sexual en cambio está dirigida o tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de su sexualidad, configurándose como una concreción de la libertad personal, en consecuencia está integrado a la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento con su consentimiento como de rechazar proposiciones no deseadas y la de repeler eventuales ataques, se pretende que ninguna persona sea forzada o inducida por otra a un ejercicio de sexualidad no aceptado de manera libre y consiente.

El término de libertad sexual se acondiciona más a los delitos sexuales contra personas mayores de edad o contra los que se considera que han llegado al pleno desarrollo de su personalidad sexual.

Los autores Bramont Arias y Garcia Cantizano, respecto y sobre el bien jurídico señalan que hay comportamientos dentro de los delitos sexuales, en los que no puede afirmarse que se protege la libertad sexual, en la medida que la víctima carece de esa libertad. Se busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas.

En el caso de Bolivia en materia de delitos sexuales se encuentra regulado dentro del Título XI Delitos Contra la Libertad Sexual, no existiendo actualmente una diferenciación en cuanto a la libertad sexual y la indemnidad sexual. Además, señalar que dentro del mismo título se encuentran capítulos respecto a delitos contra la moral sexual y ultrajes al pudor público.

1.2.7 DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

El ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual, conocido como el *grooming* o *child grooming* es un delito de resultado material, pero de peligro abstracto, ya que al realizar la acción esta debe contener elementos idóneos para demostrar el objetivo de ataque o finalidad contra la integridad sexual del menor de edad.

Cuando la conducta tiene dichos rasgos, pero no se realizan en el resultado “contactarse con la niña, niño o adolescente”, no habrá hecho delictivo, es decir que no alcanza con solo el contacto sin indicios que eleven el riesgo por encima de lo tolerado en una comunicación entre ciudadanos, puesto que este delito no admite tentativa precisamente por ser un delito de peligro abstracto.

Se puede señalar lo manifestado por el profesor Dr. Mir Puig, que indica que no hay razón para no extender la imputación objetiva a delitos de mera actividad.

1.2.8 SOBRE SU CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Como se manifestaba según la doctrina el hecho delictivo en este delito se consuma cuando se entabla la comunicación con la niña, niño o adolescente con la finalidad exigida, es decir para la comisión de cualquier delito contra la integridad sexual de los menores. En caso de que aparezca de manera posterior dicha intención, en ese momento quedara consumado.

Sobre la tentativa como también señala la doctrina, si bien existe posibilidad fáctica de tentativas inacabadas como también acabadas, normativamente es imposible la tentativa ya que se violaría el principio de lesividad por excederse el límite de peligro abstracto a través de la construcción de un delito de peligro, respecto del peligro abstracto.

Sobre este punto es decir sobre su consumación, se debe tener en claro que el delito no se configura solo por el hecho de tomar contacto o contactar con una persona menor de edad, sino que debe estar acompañado por actos materiales que demuestren su intención, vale decir la de la finalidad sexual que busca el sujeto activo del delito.

Un caso, que denote o refleje este aspecto se tiene, por ejemplo, la resolución o el Auto Nro. 347 recabado dentro de la justicia penal del país de Argentina, de la ciudad de Goya, iniciada a denuncia policial por parte de la denunciante con iniciales M.F. quien expresa ser madre de una menor X.X. de 15 años quien recibió un WhatsApp en fecha 16/12/17 a horas 05:29, de un desconocido que le pedía mantener una relación de noviazgo y fotos hasta pedirle tener un encuentro, haciéndose pasar por otra persona de nombre Gastón Santoro, escribiéndose durante todo el día, hasta que le dijo que tenía más de treinta años; posteriormente descubren que dicha persona resultaría ser un amigo de la familia de la víctima, quien se negó de los hechos argumentando que le hubiera prestado su celular a otra persona.

De la investigación se puede extraer las conversaciones que mantuvieron, de los cuales se puede leer mensajes como: “mira esos labios; deben besar muy rico [...] ayer eras tan pequeña, [...] y ahora eres toda una mujer [...] me volvés loco”⁵⁸. Aumentando paulatinamente la intensidad de tono del intercambio de mensajes ya que hace insinuaciones y observaciones impropias por parte de un desconocido mayor de edad, que denota el propósito evidente que tenía de atentar contra la integridad sexual de la niña, de la fundamentación, se puede señalar:

El contenido de los chats es más que sugestivo ya que utiliza frases como ‘sabes guardar secretos, me pareces re linda, nos podemos encontrar y ver, te llevo al río a andar en moto de agua’ y, por si no fuese suficiente las imágenes que mandó despejan cualquier duda al respecto dado que responden a su miembro viril [...] en este tipo de delitos, dificultar la conexión del autor con el hecho, no obstante, la seguridad con que la damnificada lo identificó permite superar el punto [...] pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito [...] La palabra grooming, que proviene del término inglés groom, significa preparar o entrenar para un objetivo específico o actividad concreta. Constituyen la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológicas, facilitando su propósito sexual [...] Esta conducta tiene una intención determinada que podemos dividirlas en etapas o fases (...) una inicial o de relación donde se trata de acercarse al menor generalmente suplantando identidad (...) una intermedia o de amistad (...) pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil (...)’; estando en la conducta del prevenido que se describe, sintetizados los elementos del tipo objetivo y la ultra intención que también exige el tipo, el propósito de cometer un delito sexual en perjuicio del menor, no pudiendo tener otra interpretación el hecho que el encausado mayor de edad haya contactado a la niña de 15 años de edad proponiéndole noviazgo, haciéndole insinuaciones de contenido erótico y un

⁵⁸ AUTO NRO. 347. “F.M. Su denuncia – Goya”. EXPTE. Nro. 28.834. Provincia de Corrientes – Argentina. De fecha 27 de marzo de 2019.

*encuentro; habiéndose vulnerado así el bien jurídico protegido que es la integridad sexual y psicológico de los menores de edad.*⁵⁹

Asimismo, según la doctrina, dentro de la misma fundamentación del Auto, se tiene lo referido por el autor Jorge Buomopadre, que dentro de su obra *GROOMING* manifiesta:

*“Vale decir, que el ilícito en cuestión se satisface con una conducta que no significa otra cosa que “contactarse”, “relacionarse”, “vincularse”, “comunicarse”,...con un menor de 18 años de edad, a través de alguno de los medios tecnológicos existentes..., con la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual en perjuicio del mismo, sin que el tipo requiera de actos materiales alguno (ni previos ni ulteriores a la acción básica) que pudieren poner en riesgo real de lesión al bien jurídico protegido, circunstancia que implicara, de seguro, cuestionamientos y dificultades no solo en la faz probatoria (en particular, del dolo del delito y de su elemento subjetivo finalístico), sino en cuanto a cuestiones de justicia material, ya que solo se estaría castigando la tentativa de la tentativa de un delito sexual.”*⁶⁰

Por lo que se procedió a dictar auto de procesamiento en contra del sujeto activo, mayor de edad por hallarlo incurso “prima facie” en la comisión del delito de Contacto con menor con el propósito de atentar contra la integridad sexual (*Grooming*) (Art. 131 del C.P. y Art. 303 del C.P.P. de Argentina) y dictar Auto de prisión preventiva.

El cual de la resolución se puede observar que, teniendo el intercambio mantenido entre el encartado y la niña, todas las características de los delitos informáticos, como ser el anonimato que dan las redes sociales, la facilitación de la identidad falsa por parte del adulto, el aprovechamiento de la inexperiencia sexual del menor con quien se contacta y con quien tratan de organizar un encuentro u obtener material íntimo.

1.2.9 POSTURAS DOCTRINALES

Al momento que algunos países por la relevancia de la materia el uso de los medios tecnológicos, incorporaron dentro de sus legislaciones la tipificación de este delito, de

⁵⁹ AUTO NRO. 347. “F.M. Su denuncia – Goya”. EXPTE. Nro. 28.834. Provincia de Corrientes – Argentina. De fecha 27 de marzo de 2019.

⁶⁰ AUTO NRO. 347. “F.M. Su denuncia – Goya”. EXPTE. Nro. 28.834. Provincia de Corrientes – Argentina. De fecha 27 de marzo de 2019.

ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*), desato diferentes posturas como en el caso de algunos países en Latinoamérica, por ello es necesario tener en cuenta cuales son estas posturas ya sean tanto a favor o en contra, para que, en el caso de Bolivia, se tome a consideración estos aspectos.

Críticas Positivas

- Por su regulación y sanción de estas conductas se abrió camino para poder regular diferentes conductas reprochables que son generadas a través de los medios electrónico, entre ellos por supuesto cubriendo un vacío legal normativo en la figura del *grooming*.
- Armoniza la legislación penal a nivel internacional, para el favorecimiento en la lucha, persecución y sanción de esta clase delitos.
- En la reforma en el caso de Argentina los autores Gustavo Arocena y Fabián Balcarce afirmaban que:

Antes de la reforma, el ordenamiento jurídico solo permitía encuadrar a esta práctica como un eventual acto preparatorio de algún delito contra la integridad sexual como, por ejemplo, el abuso sexual (arts. 119 y 120 del CP) o la sustracción con fines sexuales (art. 130 del CP). Y esto, ciertamente, no se compadecía con el contenido de injusto que deriva de una conducta de la potencialidad lesiva que estudiamos en esta inversión.⁶¹

Estos autores según su afirmación, antes de la sanción de la norma, existía un vacío legal que no permitía la tipificación de esta nueva figura y se buscaba encuadrarla a partir de otros tipos generando una complicación procesal. En el caso de Bolivia no es ajeno a esa problemática dentro de su normativa penal ya que en la actualidad se presentan factores análogos dentro del impulso de las causas.

Asimismo, ante la controversia en la doctrina de la cual esta opción político criminal no está fuera, especialmente referida a la legitimación de adelantar la intervención penal y la consecuente creación de nuevos tipos penales de peligro abstracto, los autores Gustavo Arocena y Fabián Balcarce, destacan lo siguiente:

⁶¹ AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. *Child grooming: Contacto tecnológico con un menor para fines sexuales*. 26 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/10/04/child-grooming-contacto-tecnologico-con-un-menor-para-fines-sexuales/>. (consultado en noviembre de 2019).

Nosotros, en términos generales, defendemos la concepción que entiende que los delitos de peligro abstracto lesionan el fin de protección de bienes jurídicos inveteradamente adscripto al derecho penal y los principios de lesividad y culpabilidad. [...] en el específico y concreto caso del acechamiento tecnológico a menor con fines sexuales, pensamos que la figura de peligro abstracto resulta constitucionalmente aceptable, no solo en función del entendimiento de que el legislador quiso llenar una laguna normativa inspirado en la razonable convicción de que la falta de penalización anticipada de esta práctica haría que la protección penal se torne tardía, sino en virtud de presentarse la nueva figura legal como una disposición que cumplimenta el deber constitucional de adoptar (el Estado) lo siguiente: «medidas legislativas (...) apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual» (arg. art. 19, apdo. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, ONU, 1989, de jerarquía constitucional por imperio del art. 72, inc. 22, de la CN).⁶²

Asimismo, respecto a la importancia y relevancia del bien jurídico que protege, estos autores señalan que:

Es fuerza reconocer que, en lo que respecta a los bienes protegidos más importantes y concretos -entre los que se encuentra, indudablemente, la integridad sexual-, no hay nada que impida al legislador adelantar la protección penal con fines preventivos y, en cumplimiento de los deberes de protección que le vienen constitucionalmente impuestos.⁶³

Y es que la cuestión de los delitos de peligro abstracto y el Derecho penal, que protege bienes jurídicos mediante la norma, el cual su observancia evita lesiones a los bienes jurídicos, ello no significa que una conducta ilícita necesariamente lesione o ponga en peligro dicho bien jurídico, sino solamente se ponga en cuestión una norma, cuya observancia evita lesiones del bien jurídico sujeto a proteger y que tal norma también

⁶² AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. *Child grooming: Contacto tecnológico con un menor para fines sexuales*. 26 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/10/04/child-grooming-contacto-tecnologico-con-un-menor-para-fines-sexuales/>. (consultado en noviembre de 2019).

⁶³ *Ibíd.*

puede ser una prohibición de acción que son característicamente peligrosas. Siendo compatibles con el principio de culpabilidad.

Así también como otra opinión sobre la regulación e incorporación sobre este delito en la legislación argentina la cual podemos señalar, se encuentra la del autor Carlos Chiara Díaz, la cual manifiesta:

*Lo cierto es que se ha logrado un producto legislativo idóneo para afrontar situaciones de desvirtuación de los sistemas informáticos con el objetivo preciso de incrementar la protección de niños y jóvenes, específicamente de las redes de trata y pederastas inescrupulosos que hasta ahora han contado con facilidades para conseguirlo a fin de satisfacer sus propios vicios, lo que obviamente nos parece positivo.*⁶⁴

Es que por medio de esta línea de razonamiento se puede establecer y determinar que diferentes países entre ellos el caso de Argentina debieron adecuar de forma urgente y por razones prioritarias sus legislaciones penales, para poder regular y penar este tipo de conductas realizadas a través de las nuevas tecnologías y redes sociales.

Críticas Negativas

- El delito, sanciona la acción del sujeto activo de tomar contacto con un menor de edad a través de medios electrónicos, con el propósito de cometer un delito que vaya en contra de la integridad sexual del menor de edad. Al menos en su mayoría respecto a su regulación en la legislación comparada al no determinar la edad del sujeto activo, puede configurarse el delito también cuando esa propuesta es enviada por un menor de edad.
- El delito exige que el contacto tenga el “propósito” de cometer algún delito de índole sexual más grave, esto genera gran inconveniente al momento de generar el aspecto probatorio.
- En sus redacciones en las distintas legislaciones, constituye un delito de acción pública, lo que significa que el proceso penal puede comenzar aun cuando la

⁶⁴ CHIARA DIAZ, Carlos. *Incorporación del grooming al Código Penal Argentino*. Editorial Albrematica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Disponible en: http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=14325&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=23/12/2013&indice=editorial&suple=Penal. (consultado en noviembre del 2019).

víctima del contacto, no inste la acción. Permitiendo se impulsada de oficio lo que permitiría por ejemplo a la policía al monitoreo de conversaciones de internet con posibilidades de afectar garantías constitucionales.

- Por último, pero no menos importante, podemos señalar tal vez la que constituiría la principal crítica realizada a este delito y su regulación que es realizada por ejemplo en el caso de la legislación argentina como un referente que gira en torno a que la voluntad del legislador ha sido adelantar barreras de protección incriminando conductas que se caracterizan como actos preparatorios de los delitos sexuales. Respecto a lo expresado por esta última postura es que se encuentra criticado este tipo penal, dado que el derecho positivo en Argentina considera que los actos preparatorios no son punibles, salvo que haya existido un comienzo de ejecución dando lugar a la aplicación de las reglas de la tentativa.

1.2.10 TRATAMIENTO DE LUCHA Y PREVENCIÓN CONTRA EL CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES (GROOMING)

Es importante destacar dentro de la lucha contra el fenómeno del *grooming* y demás delitos vinculados a través de internet, cuatro teorías aplicables siendo las siguientes:

1) Por un lado, nos encontramos a la denominada teoría del “Aislamiento tecnológico” de quienes desean cercenar el acceso a los menores a todo tipo de plataforma informática. Es decir, que no es más que realizar un aislamiento tecnológico de las personas menores de edad, a los efectos de limitar ataques de terceros. Con un criterio pragmático es muy posible que si el control es sumamente estricto y duradero el menor atenúe considerablemente el riesgo de sufrir el ataque de un *Groomers*.

Sobre esta teoría se debe tener en cuenta que sin duda debe existir un control por parte de los padres o encargados del cuidado de los menores, al realizar un control y seguimiento a sus hijos menores de edad al momento de entregarles dispositivos con alcance de internet, sin embargo de aplicar esta teoría significa mínimamente despojar al menor de cualquier elemento tecnológico con acceso a internet propios o de terceros como por ejemplo teléfonos, celulares, *notebooks*, tabletas, consolas de videojuegos, entre otros, de la múltiple gama de ofertas, sería como sostener al niño o adolescente en una burbuja las 24 horas del día restringiéndole la ventana al mundo y al conocimiento que significa

internet. Además de considerar que nos encontramos en contextos sociales como ser la “generación Z”, término referido para personas de la generación desde la mitad de la década de 1990, hasta mediados de la década de los 2000, que ya se caracterizan por que la mayoría de las personas que pertenecen a dicha generación están vinculadas al internet, es decir que han utilizado el internet desde muy jóvenes.

2) Una segunda teoría “restrictivista” la encontramos entre los que admiten la utilización de los elementos informáticos, pero sin conexión a Internet.

En la década pasada era una alternativa lógica porque al menos en los países sudamericanos el acceso a Internet por aire no era una cuestión sencilla, lo mismo las zonas *WIFI*. El mundo cambió y la globalización tecnológica los llevó a una realidad distinta. Hoy nos encontramos no solo múltiples zonas con acceso *WIFI* en lugares públicos como privados sino también encontramos internet libre entrando a nuestras casas, es decir muchas compañías de internet ofrecen acceso libre a modo promocional del servicio accesible desde cualquier dispositivo y desde cualquier lugar, desde la casa misma, al menos esto ocurre en los medianos y grandes centros urbanos.

Entonces restringir Internet no es una cuestión que solucione la problemática que estamos analizando, a excepción de que se viva en una comunidad alejada de cualquier posible acceso la web aunque internet satelital está rompiendo actualmente esas posibilidades. Cabe destacar que en Bolivia actualmente existe un total de siete millones de personas que utilizan redes sociales o que son usuarios activos. Además de que dicha cifra ira en aumento ya que como bien señala, los patrones de riesgos detectados en aquellos países más industrializados, se repetirán en los países que se encuentran en desarrollo.

3) Una tercera teoría es la netamente jurídica, fundamental para toda sociedad, que llama a tipificar el delito de *grooming* en sus códigos penales y alentar las herramientas procesales de investigación con los efectos claros de atrapar al delincuente o a las redes que desarrollan estas actividades criminales y/o delitos conexos contra menores de edad.

Sin duda incorporar el delito de *grooming* a un régimen jurídico es elemental para comenzar a tratar el tema con seriedad. Es simplemente eliminar un marco del libre albedrio por las características que componen al uso de las herramientas digitales con acceso a internet. Pero la solución para extinguir a esta conducta dolosa de la sociedad no solo pasa por una ley justa y aplicable sino también por la inversión en herramientas

tecnológicas de investigación y capacitación estratégica a los poderes del estado a los efectos de potenciar la excelencia investigativa necesaria y básica para afrontar la problemática.

Es decir, con escribir una ley no es suficiente si no se capacita a los profesionales de la justicia y si no se les brinda los recursos suficientes a los investigadores. Pero implementar una ley en la que se introduzca el delito del *grooming* es un pequeño primer paso. Además de considerar que actualmente en Bolivia algunas instituciones como la Policía Nacional Boliviana cuenta con una unidad específica para la investigación de este tipo de delitos relacionados al Cibercrimen, sin embargo, aún cuentan con falencias principalmente relacionadas con el acceso a la tecnología, es decir poder contar con las herramientas necesarias que coadyuven en las investigaciones.

4) Por último, nos encontramos con la teoría de la “prevención y capacitación” de niños y adolescentes, la que considera al igual que la teoría judicial una de las más apropiadas en los tiempos que corren.

La capacitación y prevención debe estar dirigida a niños y demás grupos de riesgo sino también a los docentes, padres y en realidad a toda la comunidad porque el *grooming* se caracteriza por ser un caso silencioso siempre y cuando la víctima haga silencio ante tentativas o acciones concretas. La capacitación referente a la prevención y acción en este tipo de delitos debería estar incorporada en la educación en cada país y no solamente respecto a este tema sino también al buen uso de las tecnologías para saber cómo prevenirse y/o actuar ante otras múltiples amenazas que lamentablemente llegan a través de la web, que tiene como víctimas potenciales al sector vulnerable de las personas menores de edad de las sociedades.

1.2.11 PERFIL PSICOLÓGICO DEL ABUSADOR SEXUAL DE MENORES

Antes los victimarios y abusadores debían estar, por lo general, muy cerca de los menores de edad, puesto a que esta era la única vía para concretar el abuso. Muchas veces, como se ve hasta ahora, era la misma familia donde se originaba la violencia o por personas muy allegadas.

A partir del efecto que tuvieron las Tics (tecnologías de la información y comunicación) sobre las relaciones sociales, fue de esperar que también se actualizarán estas antiguas

formas graves de acoso, como lo es el abuso de menores de edad. Entramos así, en el terreno de lo que se ha dado en llamar ciberacoso a menores de edad o *grooming*.

En el delito, un adulto utiliza las redes sociales para crear una conexión emocional con un menor de edad con fines sexuales, es decir para posteriormente abusar sexualmente de él bajo diversas modalidades. La relación entre un adulto y un niño siempre es asimétrica, ya que un adulto dispone de un cuerpo sexualmente desarrollado, un aparato psíquico, mecanismos de defensa maduros y diversos recursos expresivos para tramitar y elaborar su padecer, como es el caso del uso de la palabra. Los menores, en cambio, son sujetos en constitución. Aunque los niños y las niñas estén determinados por la excitación sexual, aún son inmaduros y necesitan de los adultos que lo cuidan para que éste le preste palabras, les expliquen y que lo acompañen. En el mejor de los casos, el adulto reconoce esta asimetría e intenta limitar el acceso al niño a ciertos contenidos, especialmente los violentos y los sexuales, provengan éstos de la realidad o de la ficción. Esto se debe a que, en todos los casos, el adulto dispone de recursos más elaborados ante las diversas situaciones de la vida cotidiana.

Las niñas, niños y adolescentes, frecuentemente atraídos por las novedades tecnológicas, no son evolutivamente más maduros que los niños de antes no van a otra velocidad ni es cierto que sean más inteligentes, esto en razón de que actualmente los padres lo señalan ya que sus hijos desde muy pequeños pueden hacer uso de las tecnologías con cierta facilidad. Diremos, en todo caso, que la inteligencia es meritoria de quienes diseñaron esas novedades tecnológicas para que sean del agrado del menor de edad consumidor. Por otra parte, sí es cierto que los niños hoy tienen acceso a más información que los niños previos a la era digital, pero de ahí a que la sepan utilizar es otra historia.

Al no existir una educación digital, generalmente las niñas niños y adolescentes en estas plataformas, donde se crean un perfil, no tienen cuidado con el manejo de su información. El abusador progresivamente investiga los datos personales del menor, como ser su número de contacto, los lugares que frecuenta o el nombre de sus familiares. A partir de ahí el acosador puede chantajear al niño o al adolescente para obtener cada vez más material sexual o tener un encuentro físico con el menor para abusar sexualmente de él. La producción de este material también se logra presencialmente cuando el abusador logra establecer una relación de confianza con los responsables del menor, por ejemplo,

cuando estos los dejan a su cargo por motivos laborales, situación que aprovechan para abusar sexualmente del niño y grabar el hecho. Ningún pedófilo se conforma con tener siempre el mismo material, por eso la demanda de nuevas fotografías y videos de menores teniendo relaciones sexuales permanece inelástica. A esta demanda le corresponde la oferta, creando un negocio millonario a nivel mundial. Además de que los ciberacosadores, pueden llegar a realizar estas acciones de forma múltiple.

El experto argentino D. F. Migliorisi, afirma que: “En la web, los pedófilos resultan difíciles de rastrear porque son conscientes de la ilegalidad de sus hechos. Se comunican utilizando términos ambiguos como el acrónimo CP (chile por), o “amigos jóvenes” (niños). No dan detalles acerca de su identidad ni de su ubicación, ni aún entre ellos.”⁶⁵

Como se indica, una de las ventajas que presenta el internet, es que, al momento de crear un perfil, los delincuentes pueden ocultar su verdadera identidad, así como cuando se ven descubiertos, eliminar todos los datos e información posibles en poco tiempo, por ello se requiere medios adecuados para su investigación de este tipo de delitos, es decir que permita de forma rápida poder ubicar como almacenar o guardar toda la evidencia digital obtenida de una forma que se rápida y segura, para posteriormente si se lo requiere poder realizar actos investigativos con la misma.

1.2.12 EL DAÑO EN NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DEL *GROOMING*

Las víctimas del *grooming* son niños y niñas generalmente de 8 a 16 años. Esto se debe a que a partir de los 8 años los niños empiezan a tener el suficiente dominio de la lectoescritura como para comenzar a interactuar con otros en las redes. Como se dijo anteriormente, los niños y las niñas no están preparados para afrontar emocional ni psicológicamente la incitación sexual por parte de un adulto.

Los menores abusados por un adulto no tienen la capacidad para tramitar ni significar las excitaciones o las sensaciones que un adulto sí puede, por eso el abuso infantil es especialmente grave y traumático. Aunque el encuentro con el acosador se limite a lo virtual, el niño igualmente estará expuesto a enormes cantidades de excitación que no

⁶⁵ MIGLIORISI, Diego Fernando, *GROOMING, El abuso silencioso*. Libro Digital. Edición multilingüe Buenos Aires – Argentina. 2019, pág. 26. Disponible en: <http://elacososilencioso.com/descarga-ebook/>

podrá tramitar, lo que le genera el trauma. Un niño abusado es un niño privado de su infancia, que sufre un detenimiento en su constitución biológica, psicológica y social.

El daño, que debe evaluarse en cada caso, dependerá de la edad del menor, de sus recursos subjetivos, de las características del hecho y del tiempo que haya durado el abuso. No hay dos sujetos iguales, así que la intensidad sintomática dependerá de cómo la víctima, en cada caso, elabora la situación traumática que sufrió. El objetivo específico es rastrear la presencia del Trastorno de estrés postraumático TEPT en el menor; los rasgos emocionales de depresión y ansiedad endógena; los niveles de aislamiento y falta de recursos sociales; las formas comportamentales que indiquen victimización o identificación con el agresor.

Aunque el *grooming* se sostiene en el uso de las tecnologías de la información y comunicación Tics, debemos individualizar de qué caso se trata. Existen pedófilos que se limitan a la relación sexual con el menor de manera virtual mediante imágenes, pero también existen pedófilos que concretan un encuentro presencial. Algunos abusadores resultan extremadamente sádicos incluyen otras formas de violencia física sobre el cuerpo del menor, además del abuso sexual. En los casos donde hubo abuso físico, el niño abusado puede presentar dolores en el área genital o anal, raspaduras, dolores de estómago, de cabeza, dificultades para sentarse, enuresis (hacerse pis) nocturna o diurna, encopresis, el embarazo (en la pubertad) y las enfermedades de transmisión sexual. En los casos de *grooming* donde el encuentro físico no se concretó, también debe prestarse atención a síntomas en el cuerpo como la enuresis nocturna o diurna, a la pérdida de apetito.

El comportamiento de niños y adolescentes tiende al secretismo (ejemplo cuando oculta la pantalla cuando un adulto está cerca), a la desconfianza, al sentimiento de culpa, se sienten avergonzados y pueden ser agresivos, hostiles y participar en acciones delictivas. Casi todos tienen una autoestima muy baja y algunos pueden sufrir la ideación del suicidio o un intento de este.

La víctima del *grooming* puede ser introducida en la prostitución, las drogas o en la trata de personas. También existe una relación entre las conductas de intimidación con la depresión y la ideación suicida. Aunque es menos frecuente que los demás fenómenos, debe prestársele particular atención por su gravedad.

En conclusión, el *grooming* es una situación grave que requiere la rápida intervención de los adultos a cargo del menor y de los profesionales especializados en las distintas áreas de este complejo fenómeno. La magnitud del daño psíquico no es evidente como el daño moral, ni es de fácil cuantificación. Los profesionales de la salud lo determinan en base a un proceso psicodiagnóstico, que implica entrevistas y la aplicación de diversas pruebas y técnicas proyectivas. La batería diagnóstica completa debe incluir diferentes grupos de técnicas que guarden coherencia intra e intereses, que permita la validación de esta.

1.2.13 LO EFECTOS DEL *GROOMING* EN LA SOCIEDAD

Todas las acciones dolosas que pueden causar daño a un menor de edad no solo generan un repudio social sino también una preocupación global más si estamos hablando de fenómenos que comienzan detrás de un teclado y se extiende al territorio físico rápidamente, sumado a realizarlo en contra de los sectores más vulnerables como son los menores de edad, vale decir las niñas, niños y adolescentes.

El *grooming*, el acoso, la distribución de pornografía infantil, la producción, extorsión o amenaza al menor puede darse sin tener contacto físico con la víctima, y éste puede reaccionar de la forma más impredecible llegando a quitarse la vida por no tener la contención adecuada en tiempo y espacio.

La sociedad debe prepararse más en lo inmediato que en lo mediato ante estos embates globales tecnológicos negativos, es decir si uno usa Internet o aplicaciones móviles debe tener presente que en este mundo paralelo que integran miles de millones de usuarios, existe la probabilidad de un día ser víctima de estos criminales que intentarán llevar por un oscuro laberinto al menor a ser víctimas de entre los delitos más graves del Código Penal. Pero la realidad es que el mundo en que el hoy vivimos debe tener presente estas amenazas, ya no se puede mirar para otro lado y hacer como que el mal no existe.

La educación y la acción es la base para enfrentar al despiadado criminal sexual que aflora en las redes. La justicia y los legisladores deberán hacer su parte para que la impunidad no sea un premio a los criminales, endureciendo las penas que impidan que el delincuente sexual que estadísticamente tiene un alto grado de reincidencia.

Según un artículo sacado por el periódico local “Correo del Sur”, del presente año vale decir del 2019:

Cada día, se presenta por lo menos un caso de violencia sexual contra niños y adolescentes en Sucre, según datos de la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia que asegura que los delitos contra la libertad sexual en contra de menores de edad son cada vez más frecuentes [...] Por delitos sexuales, la Defensoría Municipal de la Niñez y Adolescencia atendió y hace seguimiento a 101 casos de violación, 71 de abuso sexual, 29 de estupro y 4 de tentativa de violación [...] La violencia sexual contra menores de edad no solamente contempla la violación, sino que abarca toques impúdicos y otras tipologías. Según el artículo 148 del Código Niña, Niño y Adolescente, la violencia sexual es toda conducta que afecte la libertad e integridad sexual de un menor de edad, como la explotación sexual, consistente en cualquier forma de abuso o violencia con la finalidad de obtener algún tipo de retribución.⁶⁶

Con este eje: Educación, acción, ley, justicia se intenta dar un orden a esta lucha contra el enemigo virtual que recién está empezando.

A opinión propia es preferible evitar un daño mayor como puede ser el abuso de un menor interviniendo de forma temprana al detectarse un caso de *grooming*, denunciar y condenar con la mayor dureza de la ley a su autor así evitar un delito más grave. Es decir, los investigadores deben darle especial importancia al rápido esclarecimiento de estos casos, aunque lamentablemente para muchos Códigos penales sean delitos menores, porque pueden transformarse en muy graves en cuestión de segundos cuando se pasa a la última fase que es la concreción del encuentro entre el menor y el delincuente.

1.3 MARCO CONTEXTUAL

1.3.1 ANÁLISIS DEL DELITO DE CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINES SEXUALES (*GROOMING*) EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A continuación, se presenta un análisis comparativo de las diferentes legislaciones penales que optaron y procedieron a incorporar en su normativa el delito del ciberacoso a niñas, niños y adolescentes, referido como *grooming* o *child grooming*, haciendo un

⁶⁶ CORREO DEL SUR, *Menores de edad sufren violencia sexual cada día*. De 22 de septiembre de 2019. Disponible en https://correodelsur.com/seguridad/20190922_menores-de-edad-sufren-violencia-sexual-cada-dia.html. (consultado en fecha 23 de septiembre de 2019).

cotejo de la forma optada para su regulación jurídica para poder observar sus semejanzas sustanciales, como también estimar sus diferencias, asimismo los rangos de quantum de pena establecido para este delito, con el fin de poder distinguir los rasgos esenciales que lo componen y que de esta forma aporte para una correcta valoración de sus elementos es decir en lo posible su esencia como delito.

Para ello se optó por las legislaciones penales latinoamericanas de los países de Argentina, Chile, Ecuador, Perú como también la legislación penal del país europeo de España, debido a que dichos países cuentan con una normativa vanguardista en materia de delitos informáticos, armonizando sus legislaciones conforme lo propone los instrumentos internacionales para la lucha y cooperación contra la delincuencia informática.

País	Normativa/Artículo	Sujetos Comprendidos/ Bien jurídico Tutelado	Sanción
Argentina	En la República de Argentina mediante Ley 26904, sancionada en fecha 13 de diciembre de 2013 y promulgada en fecha 04 de diciembre de 2013; se incorpora el delito del <i>Grooming</i> en el artículo 131 del Código Penal.	-Menores de edad -Integridad sexual como bien jurídico tutelado	Tiene una sanción de prisión que oscila entre seis (6) meses a cuatro (4) años.
Chile	Mediante Ley 20526, con fecha de promulgación en	-Menores de edad	El artículo refiere en sus primeros párrafos o

	<p>fecha 12 de julio de 2011 y con fecha de publicación y vigencia 13 de agosto de 2011, se sanciona el acoso sexual de menores, introduciendo modificaciones al artículo 366 quater.</p>	<p>-Algunos autores indican la Indemnidad Sexual y la honestidad como bien jurídico tutelado.</p> <p>-Otros autores señalan la libertad sexual como bien jurídico tutelado.</p>	<p>incisos como pena la de presidio menor en su grado máximo tres (3) años y un (1) día a cinco (5) años.</p> <p>Además agrega cuando el delito sea cometido a distancia, a través de cualquier medio electrónico, aumentándose la pena aplicable en un grado cuando el acosador falseare su identidad.</p>
Ecuador	<p>Mediante Ley Informática del Ecuador. Entrada en vigencia el Código Orgánico Integral Penal de fecha 10 de febrero del 2014. Aparece tipificado el delito de Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos establecido en el</p>	<p>- Menores de edad</p> <p>- La integridad sexual y reproductiva como bien jurídico tutelado.</p>	<p>Establece una pena privativa de libertad de uno (1) a tres (3) años</p>

	artículo 173 del COIP (Código Orgánico Integral Penal).		
Perú	A través del artículo 5 de la Ley 30171 publicada en fecha 10 de marzo de 2014 modifica e incorpora en el Código Penal de Perú en el artículo 183-B el delito de Proposición a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos.	- Menores de edad - El pudor público como bien jurídico tutelado.	En víctimas menores de catorce (14) años establece una pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) años ni mayor a ocho (8) años e inhabilitación. En su segundo párrafo que indica para víctimas que tengan entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años establece una pena no menor a tres (3) años ni mayor a seis (6) años e inhabilitación.
España	El delito de online <i>child grooming</i> o propuesta sexual telemática a menores	- Menores de edad - La integridad sexual y	Establece como pena de uno (1) a tres (3) años de prisión o multa de

	<p>introducido al Código Penal de España por el Convenio de Lanzarote de fecha 12 de marzo de 2009. Con la reforma del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015 de fecha 30 de marzo en su artículo 99, amplia y añade el delito en el artículo 183 ter.</p>	<p>reproductiva como bien jurídico tutelado.</p>	<p>doce a veinticuatro meses sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.</p> <p>En su segundo numeral establece una pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años.</p>
--	--	--	---

Fuente: Elaboración propia

País	Descripción del delito
Argentina	<p>Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.</p>
Chile	<p>El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.</p>

	<p>Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.</p> <p>Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.</p> <p>Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico. Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.</p>
Ecuador	<p>Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.</p>
Perú	<p>El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.</p>

	Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.
España	El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 (agresión sexual, agresiones y abusos sexuales) y 189 (prostitución y corrupción de menores e incapaces: espectáculos exhibicionistas o pornográficos y material pornográfico), siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Fuente: Elaboración propia

Se puede observar que, del análisis de la legislación comparada, muestra aquellos elementos objetivos que hacen a la esencia del delito correspondiente al ciberacoso realizado a personas menores de edad con fines sexuales (*grooming*), de la misma forma se pudo observar los elementos que hacen sus semejanzas y las diferencias, optadas al momento de la regulación y redacción del tipo penal dentro de la normativa penal de los países considerados, es decir los elementos constitutivos del delito que lo configuran como propio. También el parámetro o rangos establecidos para las penas, asimismo se establece el año en que fueron incorporados a su normativa penal como también el bien jurídico tutelado para el delito, siendo de importancia tomar en cuenta estos aspectos al momento de proponer su incorporación y redacción de este tipo penal para la legislación penal boliviana.

1.3.2 FALTA DE TIPIFICACIÓN DEL CIBERACOSO A MENORES DE EDAD CON FINALIDAD SEXUAL (*GROOMING*) EN LA LEGISLACIÓN PENAL BOLIVIANA.

NORMATIVA INTERNA

1.3.2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia vigente, establece:

En su Capítulo Segundo (Derechos Fundamentales), establece sobre el derecho de las personas a la integridad sexual, la cual de manera textual indica:

*Artículo 15. I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la **integridad** física, psicológica y **sexual**. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.*

II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

*III. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como **toda acción** u omisión **que tenga por objeto** degradar la condición humana, **causar** muerte, dolor y **sufrimiento** físico, **sexual** o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.*

IV. Ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna.

V. Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre ni esclavitud. Se prohíbe la trata y tráfico de personas.

Dentro del Capítulo Quinto (Derechos Sociales y Económicos) en su Sección V (Derechos de la niñez, adolescencia y Juventud), en su Art. 60 textualmente señala:

“Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una

*administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.”*⁶⁷

A su vez el Art. 61 de la propia norma suprema estipula:

“I. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.

*II. Se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil. Las actividades que realicen las niñas, niños y adolescentes en el marco familiar y social estarán orientadas a su formación integral como ciudadanas y ciudadanos, y tendrán una función formativa. Sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.”*⁶⁸

Se puede observar que el Estado está en la obligación de proporcionar a la infancia una **protección especial** siendo de esta manera como se señalaba la manera de garantizar el desarrollo y el progreso de las naciones.

1.3.2.2 LEY NRO. 548 CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE.

Esta norma especial que se enfoca en ampliar las garantías y ejercicio de derechos a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad, en este caso de las niñas, niños y adolescentes, existen previsiones normativas de avanzada, que propugnan la aplicación de buenas prácticas, es así que dentro de su regulación especial y para el tema que nos ocupa resalta lo establecido por el artículo 148 referente al derecho de los menores a ser protegido contra la violencia sexual:

ARTÍCULO 148. (DERECHO A SER PROTEGIDAS Y PROTEGIDOS CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL). *I. La niña, niño y adolescente tiene derecho a ser protegida o protegido contra cualquier forma de vulneración a su integridad sexual. El Estado en todos sus niveles, debe diseñar e implementar políticas de prevención y protección contra toda forma de abuso, explotación o sexualización precoz de la niñez y adolescencia; así como garantizar programas*

⁶⁷ Art. 60 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

⁶⁸ Art. 61 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral para las niñas, niños y adolescentes abusados, explotados y erotizados.

II. Son formas de vulneración a la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes, las siguientes:

- a. Violencia sexual, que constituye toda conducta tipificada en el Código Penal que afecte la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente;*
- b. Explotación sexual, que constituye toda conducta tipificada en el Código Penal, consistente en cualquier forma de abuso o violencia sexual, con la finalidad de obtener algún tipo de retribución;*
- c. Sexualización precoz o hipersexualización, que constituye la sexualización de las expresiones, posturas o códigos de la vestimenta precoces, permitiendo o instruyendo que niñas, niños o adolescentes adopten roles y comportamientos con actitudes eróticas, que no corresponden a su edad, incurriendo en violencia psicológica; y*
- d. Cualquier otro tipo de conducta que vulnere la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes.*

III. Las niñas y adolescentes mujeres gozan de protección y garantía plena conforme a previsiones del Artículo 266 del Código Penal, de forma inmediata.⁶⁹

Así mismo dentro de la misma normativa, se tiene previsto como infracción mientras no constituya delito, una forma de ciberacoso, la realizada entre menores de edad (ciberbullying), manifestada de la siguiente forma:

ARTÍCULO 151. (TIPOS DE VIOLENCIA EN EL SISTEMA EDUCATIVO).

I. A efectos del presente Código, se consideran formas de violencia en el Sistema Educativo:

a) Violencia Entre Pares [...]

g) Violencia Cibernética en el Sistema Educativo. Se presenta cuando una o un miembro de la comunidad educativa es hostigada u hostigado, amenazada o

⁶⁹ Artículo 148. Ley Nro. 548, Código Niña, Niño y Adolescente.

amenazado, acosada o acosado, difamada o difamado, humillada o humillado, de forma dolosa por otra u otras personas, causando angustia emocional y preocupación, a través de correos electrónicos, videojuegos conectados al internet, redes sociales, blogs, mensajería instantánea y mensajes de texto a través de internet, teléfono móvil o cualquier otra tecnología de información y comunicación.

II. Los tipos de violencia descritos en el presente Artículo, serán considerados infracciones mientras no constituyan delitos.⁷⁰

Lo que demuestra que en cuanto al tema de ciberacoso y sus formas, no constituye un hecho aislado, ya el legislador ha tomado razón de la importancia de este fenómeno, ha pretendido encararlo, pero la fórmula política criminal adoptada al efecto no ha sido lo suficientemente contundente como para tutelar el bien jurídico.

1.3.2.3 LEY INTEGRAL PARA GARANTIZAR A LAS MUJERES UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. LEY NRO. 348 DE 9 DE MARZO DE 2013.

Esta ley tiene por objeto establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia, así como la persecución y sanción a los agresores, con el fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos para Vivir Bien.

En el art. 6 define a la Violencia como cualquier acción u omisión, abierta o encubierta, que cause la muerte, sufrimiento o daño físico, sexual o psicológico a una mujer u otra persona, le genere perjuicio en su patrimonio, en su economía, en su fuente laboral o en otro ámbito cualquiera, por el sólo hecho de ser mujer.

En el art. 84 se incorpora al código penal un nuevo tipo penal en el art. 312 quater (ACOSO SEXUAL). Otro tipo de acoso existente en nuestra sociedad.

1.3.2.4 CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Y DELITOS DE CARÁCTER SEXUAL.

Dentro de la normativa penal boliviana, específicamente a la que concierne al Código Penal, en el cual se encuentra descritas aquellas conductas que constituyen delito, no se encuentra regulado o tipificado el delito de ciberacoso a menores de edad conocido como

⁷⁰ Artículo 151. Ley Nro. 548, Código Niña, Niño y Adolescente.

grooming o child grooming, tomando en cuenta que el derecho debe amoldarse a la realidad a través de los medios jurídicos adecuados a la realidad social que debe abarcar además a los avances tecnológicos.

Sin embargo, existen otros delitos de carácter sexual, de los cuales se puede establecer como sujetos pasivos además de cualquier persona, las niñas, niños y adolescentes. Los delitos sexuales protegen bienes jurídicos que contemplan en la doctrina la libertad sexual entre otros como la indemnidad sexual. Por lo que tomando en cuenta este aspecto se procederá a realizar un análisis de los delitos de índoles sexual, cuyas víctimas pueden pertenecer a este grupo de especial protección por constituir un sector vulnerable es decir las niñas, niños y adolescentes.

1.3.2.4.1 EL ESTUPRO

Se encuentra contemplado en el artículo 309 del Código Penal Vigente, que indica textualmente. “Artículo 309. (Estupro). Quien mediante seducción o engaño, tuviere acceso carnal con persona de uno y otro sexo mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años, será sancionado con privación de libertad de tres a seis años.”⁷¹

La ilicitud que se castiga en este tipo penal radica en que el consentimiento otorgado ya que resulta ineficaz debido a que la víctima, por su estado de inocencia y falta de experiencia sexual, mal podría dar un consentimiento que abarque todas las consecuencias del acto.

Código Penal Boliviano Estupro, artículo 309	Sujeto Activo	Persona mayor de dieciocho (18) años
Código Penal Boliviano Estupro, artículo 309	Sujeto Pasivo	Persona mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años
Código Penal Boliviano Estupro, artículo 309	Verbo Rector	Seducir o Engañar

⁷¹ ART. 309, *Estupro*. Código Penal Boliviano

Código Penal Boliviano Estupro, artículo 309	Bien Jurídico Tutelado	Libertad sexual
---	------------------------	-----------------

Fuente: Elaboración propia

Para Jorge José Valda Daza, “el delito se centra entre la libertad, la integridad y la indemnidad sexual”.⁷²

En el estupro se emplea la seducción y el engaño que se constituyen en los elementos objetivos de antijuridicidad con los que se constituye este tipo penal.

1.3.2.4.2 ACOSO SEXUAL

Como se señala de manera anterior, con la ley Nro. 348 para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia de 2013, se tipificó otra nueva modalidad del delito de Acoso, entre los delitos contra la libertad sexual (Título XI, Capítulo I) que señala lo siguiente:

Art. 312 quater (ACOSO SEXUAL). I. la persona que valiéndose de una posición jerárquica o poder de cualquier índole hostigue, persiga, exija, apremie, amenace con producirle daño o perjuicio cualquiera, condicione la obtención de un beneficio u obligue por cualquier medio a otra persona a mantener una relación o realizar actos o tener comportamientos de contenido sexual que de otra forma no serían consentidos, para su beneficio o de una tercera persona, será sancionado con privación de libertad de 4 a 8 años

*II. Si la exigencia, solicitud o imposición fuera ejercida por un servidor público en el ámbito de la relación jerárquica que ostenta, será destituido de su cargo y la pena será agravada en un tercio.*⁷³

Lo que se busca con este delito es frenar los abusos a los que las mujeres pueden estar sometidas en especial para empleadas, estudiantes. El acoso sexual fue una expresión de abuso de poder por quienes podían ostentar cualquier escenario de superioridad en relación a otras personas, vulnerando gravemente la libertad sexual.

⁷² VALDA DAZA, Jorge José. *Código Penal Boliviano Comentado*. Editorial El Original San José. Séptima Edición. Art. 309. Pág. 575.

⁷³ ART. 312 QUATER, *Acoso Sexual*. Código Penal Boliviano.

Código Penal Boliviano Acoso sexual, artículo 312 quater	Sujeto Activo	La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de situación de autoridad laboral, académica o análoga.
Código Penal Boliviano Acoso sexual, artículo 312 quater	Sujeto Pasivo	Hombre o mujer en relación de inferioridad respecto al acosador
Código Penal Boliviano Acoso sexual, artículo 312 quater	Verbo Rector	Solicitar favores de naturaleza sexual
Código Penal Boliviano Acoso sexual, artículo 312 quater	Bien Jurídico Tutelado	Libertad sexual

Fuente: Elaboración propia

Para Jorge José Valda Daza, “Se puede aplicar a ambos sexos o personas del mismo sexo; pero predomina comúnmente en los hombres que se mueven en ambientes de relaciones laborales, académicos, estudiantes, que incluyen hasta el hogar”.⁷⁴

El acoso sexual es la manifestación de una serie de conductas compulsivas de solicitud de favores sexuales con distintas formas de proceder dirigidas a un receptor contra su consentimiento. El sujeto activo ha de prevalecerse en una situación de superioridad laboral, académica o análoga.

⁷⁴ VALDA DAZA, Jorge José. *Código Penal Boliviano Comentado*. Editorial El Original San José. Séptima Edición. Art. 312 quater. Pág. 583.

1.3.2.4.3 CORRUPCIÓN DE NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE

La doctrina señala que la corrupción de menores como antiguamente se lo llama es hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad.

Dentro del Código Penal boliviano se encuentra tipificado en el artículo 318 como corrupción de niña, niño o adolescente, que textualmente indica:

Artículo 318. (Corrupción de Niña, Niño o Adolescente). El que mediante actos libidinosos o por cualquier otro medio, corrompiera o contribuya a corromper a una persona menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a ocho años.⁷⁵

Lo que tipifica es exponer a un menor de edad a actos de significancia sexual capaces de pervertirle o perturbarle afectando su inocencia, como por ejemplo en las siguientes hipótesis: a) Realizando acciones de significación sexual ante el menor de edad, b) Exponiéndolo a ver u oír material o espectáculos pornográficos. C) Todo acto que pueda corromper la moral sexual del menor.

Código Penal Boliviano Corrupción NNA, artículo 318	Sujeto Activo	Indeterminado. Cualquier persona hombre o mujer
Código Penal Boliviano Corrupción NNA, artículo 318	Sujeto Pasivo	Persona menor de dieciocho (18) años
Código Penal Boliviano Corrupción NNA, artículo 318	Verbo Rector	Corromper

⁷⁵ ART. 318, *Corrupción de Niña, Niño o Adolescente*. Código Penal Boliviano

<p style="text-align: center;">Código Penal Boliviano Corrupción NNA, artículo 318</p>	<p style="text-align: center;">Bien Jurídico Tutelado</p>	<p style="text-align: center;">Moral Sexual</p>
---	---	---

Fuente: Elaboración propia

Solo se promueve la corrupción mediante actos de significación sexual, capaces de producir una alteración o modificación en las tendencias sexuales de la víctima. Corrupción es depravar desde el punto de vista sexual, es la desviación de la normalidad sexual.

1.3.2.4.4 PORNOGRAFÍA

Sobre este delito se encuentra tipificado en el artículo 323 bis que fue modificado por la Ley Nro. 263 de 31 de julio de 2012 Ley integral contra la trata y tráfico de personas. Y que a la letra dice:

Artículo 323bis. (Pornografía)

- I. Quien procure, obligue, facilite o induzca por cualquier medio, por si o tercera persona a otra que no dé su consentimiento a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o de comunicaciones, sistemas informáticos, electrónicos o similares, será sancionada con pena privativa de libertad de diez (10) a quince (15) años.*

Igual sanción será impuesta cuando el autor o participe reproduzca o almacene, distribuya o venda material pornográfico.

- II. La pena privativa de libertad será agravada en un tercio cuando:*
- 1. La víctima sea niño, niña o adolescente o persona con discapacidad.*
 - 2. La autora o el autor sea cónyuge, conviviente, padre, madre o la persona que ejerza algún tipo de autoridad o responsabilidad legal sobre la víctima.*
 - 3. La autora o el autor mantenga una relación laboral, de parentesco consanguíneo o de afinidad con la víctima.*

4. *La víctima sea una mujer embarazada.*
 5. *La autora o el autor sea servidora o servidor público.*
 6. *La autora o el autor sea la persona encargada de proteger los derechos e integridad de las personas en situación vulnerable.*
 7. *La autora o el autor hubiera sido parte o integrante de una delegación o misión diplomática, en el momento de haberse cometido el delito.*
 8. *El delito se cometa contra más de una persona.*
 9. *La actividad sea habitual y con fines de lucro.*
 10. *La autora o el autor sea parte de una organización criminal.*
- III. *Quien compre, arriende o venda material pornográfico, donde se exhiba imágenes de niños, niñas y adolescentes, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco (5) a ocho (8) años.⁷⁶*

Las condiciones que agravan esta figura a un tercio es cuando la víctima se trata de una persona menor de edad es decir una niña, niño o adolescente.

Código Penal Boliviano Pornografía, artículo 323bis	Sujeto Activo	Indeterminado. Cualquier persona hombre o mujer
Código Penal Boliviano Pornografía, artículo 323bis	Sujeto Pasivo	Niñas, Niños o Adolescentes con la agravante en el numeral 1.
Código Penal Boliviano Pornografía, artículo 323bis	Verbo Rector	Procurar, obligar, facilitar o inducir
Código Penal Boliviano Pornografía, artículo 323bis	Bien Jurídico Tutelado	Pudor Público

Fuente: Elaboración propia

⁷⁶ ART. 323 BIS, *Pornografía*. Código Penal Boliviano.

Sobre este delito para Jorge José Valda Daza indica, “Sin duda la principal condición objetiva de antijuridicidad es el delito es la participación de niños, adolescentes o incapaces en la producción de material pornográfico”.⁷⁷

Para ser considerado autor de este delito es suficiente haber participado de la producción de material.

1.3.2.4.5 TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

Mediante la Ley Nro 263 de 31 de julio de 2012 Ley integral contra la trata y tráfico de personas, amplía el ámbito y espectro de condiciones para este delito, que se encuentra regulado en el artículo 281 bis del código penal, dentro de su numeral 6 para el caso que nos interesa para la presente investigación.

El delito textualmente establece:

Artículo 281 Bis. (Trata de personas)

- I. *Será sancionado con privación de libertad de diez (10) a quince (15) años, quien por cualquier medio de engaño, intimidación, abuso de poder, uso de la fuerza o cualquier forma de coacción, amenazas, abuso de la situación de dependencia o vulnerabilidad de la víctima, la concesión o recepción de pagos por sí o por tercera persona realizare, indujere o favoreciere la captación, traslado, transporte, privación de libertad, acogida o recepción de personas dentro o fuera del territorio nacional, aunque mediare el consentimiento de la víctima, con cualquiera de los siguientes fines:[...]*

*6. Explotación sexual comercial.*⁷⁸

La trata de personas es un delito de carácter transnacional y es considerado como una forma de esclavitud moderna y una de las peores violaciones a los derechos humanos. Consiste en que este delito le da la calidad de objeto a la persona es decir que se puede comercializar. La relación que se trata de determinar para el caso que nos ocupa, es sobre la captación de personas, en las que se ven involucradas en su mayoría de casos las niñas,

⁷⁷ VALDA DAZA, Jorge José. *Código Penal Boliviano Comentado*. Editorial El Original San José. Séptima Edición. Art. 323 bis. Pág. 602.

⁷⁸ ART. 281 BIS, *Trata de personas*. Código Penal Boliviano

niños y adolescentes, ya que el 80% de la captación realizada por los accionantes la realizan a través de medios tecnológicos con acceso a internet siendo más precisos mediante redes sociales, con aspectos similares a las fases establecidas para el ciberacoso a menores de edad (*grooming*), pero que dependerá en uno de sus aspectos para su diferenciación en cuanto a la finalidad ya que en el delito de trata tiene pues la finalidad de explotación sexual o explotación laboral a lo que se refiere que la explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o practicas análogas. Es decir que se debe tomar muy en cuenta la finalidad de la captación realizada.

1.3.2.5 SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y EL ROL DE LA FISCALÍA

Como se es evidente, para la realización de esta clase de delitos, el internet y los medios tecnológicos ofrecen ventajas para delinquir que son utilizadas por los cibercriminales, por ejemplo en cuanto a la información como prueba sobre un hecho delictivo, que puede ser eliminado todo rastro de manera rápida por lo que para su obtención y resguardo de manera segura se debe contar con las herramientas necesarias para dar celeridad e idoneidad a la investigación de este tipo de delitos que como se señala no puede realizarse de la misma forma que para los delitos comunes, precisamente por esas características que se resalta.

En Bolivia no solo refleja una situación jurídica alarmante, en tema de cibercrimen además de no contar con los instrumentos idóneos o herramientas para una satisfactoria búsqueda del criminal y tampoco para prevenir estos delitos. Pese a esfuerzos como, por ejemplo, a través del Comando General de la Policía, se ha creado la División del Cibercriminal de la FELC-C en la ciudad de La Paz, por lo que sería interesante que el Ministerio Público también cuente con una unidad especializada para la investigación de los delitos informáticos o el cibercrimen.

Respecto a ese punto y lo que constituye al Rol de la Fiscalía, se puede destacar lo pronunciado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la S.C.P 0819/2015-S3, caso Belmonte contra Medinacelli, del 10 de agosto de 2015, que señala:

*[...] se evidencia del informe FGE/STRIA. GRAL./1/2015, emitido por el Ministerio Público y remitido ante este Tribunal, el cual señaló: “La Fiscalía General del Estado **no cuenta** con una área informática dentro de un proceso penal que le*

permita identificar y neutralizar las imágenes de contenido denigrante o sexual que se encuentra circulando por internet...” (fs.308); por lo que se puede evidenciar que al no contar con una unidad especializada, ni haber gestionado convenios nacionales e internacionales pertinentes, el Ministerio Público no puede garantizar de una manera real y concreta los derechos de las víctimas ni de cualquier otra persona que vea derechos vulnerados en internet, pese que en el mismo informe también refieren que ya son treinta y siete los casos presentados en el territorio boliviano.⁷⁹

Por otro lado, no existe celeridad eficiente en las pericias durante el proceso penal por parte del IDIF; asimismo el Ministerio Público y las FELCC carecen de personal capacitados científicamente, además de contar con un Código Penal desactualizado, impreciso, incompleto, respecto a Delitos Informáticos, en síntesis, muchos problemas merecen una respuesta y tratamiento ante un nuevo enfoque para este nuevo fenómeno que es solo una pequeña parte de la problemática.

1.3.2.6 EL CIBERACOSO CON FINES DE CARÁCTER SEXUAL EN EL CONTEXTO BOLIVIANO ACTUAL

Se puede manifestar que el fenómeno del *grooming*, es una realidad que se presenta dentro del contexto de la sociedad boliviana, donde las niñas, niños y adolescentes se ven comprometidos ante los peligros que representa y que seguro va en aumento. Sin embargo, como bien señala el especialista Diego Fernando Migliorisi, muchas veces las víctimas no se dan cuenta que están siendo víctimas de esta clase de delito, ya que el ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*) constituye un abuso silencioso y ante la falta de conocimiento en la sociedad sobre este fenómeno, tipificado ya como delito en otras legislaciones pues muchas veces llega a tener el desenlace más lesivo o más grave en cuanto a los delitos de carácter sexual se refieren para poder darse cuenta sobre estos hechos.

Tomando en cuenta que jurídicamente se debe tomar al ciberacoso contra menores de edad con fines sexuales como un delito preparatorio para uno de carácter más grave y

⁷⁹ SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0819/2015/S3, *Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*. De 10 de agosto de 2015.

habiéndose desarrollado anteriormente los delitos actuales de carácter sexual que se encuentran contemplados en la legislación penal boliviana, donde involucren como víctimas a ese sector vulnerable, objeto de regulación especial como son las niñas, niños y adolescentes. Lo que se pretende establecer y verificar son hechos que constituyen posibles casos de ciberacoso a menores de edad con fines sexuales dentro del contexto boliviano, para ello se realizará una observación a través de la corroboración de datos establecidos en testimonios escritos como ser artículos de periódico para poder tener una mejor interpretación sobre este tipo de hechos suscitados en el contexto jurídico nacional. A continuación, se presenta el análisis correspondiente.

Diario / Fecha de publicación	Título del artículo	Ciudad / Hecho acontecido	Víctimas / Delito investigado
1) Periódico digital Erbol/ jueves 03 de octubre de 2019	Capturan a profesor sindicado de acosar adolescentes por redes sociales	El Alto / Profesor de 48 años fue capturado tras ser sindicado de contactar adolescentes varones mediante redes sociales para acosarlo sexualmente. El sindicado sería un pedófilo.	Se tiene como víctima a un adolescente de 14 años y otro menor de 13 años. Investigado por los delitos de corrupción de menores y <u>acoso sexual</u>
2) El Deber / 13 de abril de 2019	Atrapan en flagrancia a joven que captaba a menores por Facebook para violarlas	Santa Cruz / Desaparición de tres menores de edad derivó en la captura de un sujeto de 20 años que a través de Facebook se hacía pasar por un adolescente para captar a otras muchachas con la finalidad de abusar de ellas	Victimas tres menores de edad / Delito no indicado

3) Periódico digital Erbol/ martes 17 de septiembre del 2019	Detienen a un sujeto acusado por pornografía y corrupción de menores	La Paz / Hombre de 29 años fue aprehendido después de que intento captar a una adolescente, solía ingresar a grupos de redes sociales para conseguir teléfonos, para concertar citas.	Como víctima una adolescente / Investigado por el delito de pornografía y corrupción de menores
4) El Deber / 05 de septiembre del 2019	Mujer captaba menores por Facebook y las abusaba sexualmente	Cochabamaba / Una joven de 18 años con preferencia sexual por las mujeres, a través de un perfil falso captaba colegialas menores de edad y las llevaba a su domicilio a pasar la noche	Victima dos niñas de 12 años del municipio de Sacaba / Investigación por los delitos de abuso sexual y corrupción agravada de niña, niño y adolescente

Fuente: Elaboración propia

Número de caso	Enlace digital
1) Periódico digital Erbol	https://erbol.com.bo/seguridad/capturan-profesor-sindicado-de-acosar-adolescentes-por-redes-sociales.
2) El Deber	https://eldeber.com.bo/135952_atrapan-en-flagrancia-al-joven-que-captaba-a-menores-por-facebook-para-violarlas.
3) Periódico digital Erbol	https://erbol.com.bo/seguridad/detienen-sujeto-acusado-por-pornograf%C3%ADa-y-corrupci%C3%B3n-de-menores.
4) El Deber	https://eldeber.com.bo/144166_mujer-captaba-menores-por-facebook-y-las-abusaba-sexualmente.

Fuente: Elaboración propia

Por lo anteriormente referido, se puede establecer la existencia de casos que involucren elementos exigidos para el delito del ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual (*grooming*), toda vez que se puede establecer por los casos desarrollados aunque de manera breve, donde personas mayores de edad utilizan medios tecnológicos, más propiamente, redes sociales para tomar contacto con personas menores de edad, en alguno de los casos como se refiere a través de la creación de un perfil falso, en los cuales dependerá mucho el fin establecido, pero por lo observado constituirían casos con una finalidad para la satisfacción sexual del autor, es decir con fines sexuales en contra de los menores víctimas. Donde además se puede apreciar que los diferentes tipos penales en los cuales se los adapta para la investigación de estos hechos que constituyen ciberacoso a menores de edad con finalidad sexual.

1.3.3 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1.3.3.1 RESPUESTA JURÍDICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL ANTE LA DELINCUENCIA INFORMÁTICA

En el ámbito internacional surgió la iniciativa “Armonizar”, las leyes, acorde a los convenios internacionales y lograr la “cooperación internacional” en materia de lucha contra los delitos informáticos, se llevó a cabo principalmente en los países integrantes de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), del Consejo de Europa y de las Comunidades Europeas, con el objetivo de aumentar el conocimiento y cooperación internacional para luchar contra los delitos informáticos.

En el ámbito internacional, los primeros en dar una respuesta jurídica a esta realidad fueron los organismos internacionales de Europa y las Naciones Unidas, a partir de 1980 comienzan los primeros estudios y debates sobre este tema, por lo tanto en Europa se consideraba un hecho que los Delitos Informáticos eran un problema que merecía una solución.

En el año 2001, el Consejo de Europa llevó a cabo la primera Convención sobre el Delito Cibernético, donde se debatió y trató sobre el Delito Informático y la alta tecnología.

1.3.3.2 LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO OCDE.

En 1983, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) inicio un estudio de la posibilidad de aplicar y armonizar en el plano internacional las leyes penales, con la finalidad de luchar contra el problema generado por el uso indebido de programas computacionales, lo cual condujo a un marco de intercambio de opiniones y propuestas, además de realizar análisis y comparaciones ius comparativas de cada país y considerar que acciones serian merecedoras de pena.

De esta manera la OCDE publicó en 1986 el primer informe titulado Delitos de Informática, en la que se elaboró una lista mínima de acciones y de usos indebidos que podían ser sancionados penalmente. Recomendando la reforma de sus legislaciones de los Estados miembros, así:

- Lista mínima: Que contiene las siguientes descripciones: el fraude y la falsificación informática, la alteración de datos y programas de computadora, sabotaje informático, acceso no autorizado, interceptación no autorizada y la reproducción no autorizada de un programa de computadora protegido.
- Lista optativa: Consistente en usos indebidos como: espionaje informático, utilización no autorizada de computadora, utilización no autorizada de programa de computadora, incluido el robo de secretos comerciales y el acceso o empleo no autorizado de sistemas de computadoras.

Este fue un paso muy importante de ahí en adelante sirvió como un esquema que estableció los primeros parámetros de criminalización, para poder mejorar y perfeccionar la tipificación de estas conductas que escapaban de las persecución penal, a través de estas listas (mínima y optativa) se determinó que conductas deberían ser sancionadas, sin embargo los doctrinarios y entendidos en derecho comenzaron a cuestionar y criticar varios aspectos teóricos y dogmáticos sobre las concepciones y definiciones que contenía la metería.

1.3.3.3 CONSEJO DE EUROPA

Una vez desarrollado el proceso de elaboración de leyes de ámbito continental el Consejo de Europa aprobó la recomendación R(89), referido a Delitos Informáticos, recomendando a los Estados Miembros que forman parte del Consejo de Europa lo

siguiente “Tengan en cuenta cuando revisen su legislación o preparen una nueva, el informe sobre la delincuencia relacionada con las computadoras... y en particular las directrices para los legisladoras nacionales”.

En la elaboración de este proyecto no solo colaboraron expertos europeos, sino canadienses, japoneses y estadounidenses, quienes después de cuatro años de trabajo y tres versiones sucesivas, apuntaron a organizar de manera global la represión del crimen informático. Introduciendo figuras como la “Piratería Informática, la pedofilia, la pornografía en la red, el fraude financiero, la venta de productos prohibidos y nocivos y hasta difusión de ciertas ideas peligrosas”.

Este proyecto motivado por el Consejo de Europa, marcó una labor fundamental entre expertos y entendidos de los países más desarrollados, pero aquellas investigaciones e informes sobre lo que se tenía que tomar en cuenta para modificar o producir una nueva legislación penal, iban dirigidas hacia los Estados Miembros del Consejo, sin embargo, el debate sobre la penalización de estos delitos, no permitió la concentración en materializar políticas preventivas contra la delincuencia informática.

El Consejo de Europa, fue fundado en 1949, reúne actualmente 47 Estados, teniendo por objeto crear un espacio democrático y jurídico común basado en la Convención Europea de Derechos Humanos y otros textos referidos a la protección de los individuos, incluido por supuesto los niños. Existe el programa denominado Construir una Europa para y con los niños, creada para garantizar y promover los derechos de los niños, así como para prevenir y erradicar todas las formas de violencia contra ellos que los afecten.

1.3.3.4 NACIONES UNIDAS

En su Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, llevado a cabo en 1990 en la Habana Cuba, se recomendó elaborar normas y directrices sobre la seguridad de las computadoras, contribuir a la comunidad internacional para hacer frente a estas nuevas modalidades de delinquir y preparó una lista de Delitos Informáticos reconocidos por la institución.

Los Delitos Informáticos son un problema de carácter internacional, es por eso que la ONU los denominó como una forma de crimen “transnacional”, y que para evitar su comisión se requiere cooperación internacional. Estos son algunos de los problemas que la ONU ha establecido:

- a) Falta de acuerdos globales acerca de que tipos de conductas van a ser consideradas delitos.
- b) Ausencia de acuerdos globales en las definiciones legales de dichas conductas delictivas.
- c) Falta de especialización de la Policía, Fiscales y funcionarios judiciales en el área de delito informático.
- d) No armonización entre las diferentes legislaciones nacionales procesales respecto a la investigación de Delitos Informáticos.
- e) Carácter transnacional de la comisión de muchos delitos a través de las computadoras.
- f) Ausencia de tratados de extradición, acuerdos mutuos y mecanismos sincronizados puestos en vigor que permitan la cooperación internacional.

Ese fue el comienzo del compromiso respecto de la seguridad informática, además de criminalizar y penalizar nuevas conductas, quizá en ese entonces se comenzaba a apreciar que el problema no era la ley, sino también la política criminal, en el sentido que los problemas integraban a todo el mundo. Fueron cinco los problemas planteados en ese momento, sin embargo, en la actualidad poco ha cambiado, inclusive se puede considerar la aparición de nuevos problemas en este tema.

1.3.3.5 CONVENIO DE BUDAPEST

Constituye a la fecha el convenio internacional más importante respecto al tema de cibercrimen. El convenio sobre la ciberdelincuencia, fue celebrado en Budapest – Hungría en fecha 23 de enero del año 2001, en el preámbulo del convenio sostiene que una de las principales preocupaciones era la globalización de la delincuencia que se había dado, ya que las redes informáticas y la información estaba siendo usada para cometer delitos, además de manifestar una necesaria cooperación entre Estados y el sector privado para esta lucha, protegiendo los intereses legítimos en la utilización y desarrollo de las TICs (tecnologías de la información y la comunicación), estimando que la lucha efectiva contra la ciberdelincuencia requiere de cooperación internacional, reforzada, rápida, eficaz en materia penal.

El Consejo de Europa en el Convenio de Budapest, tuvo en cuenta aquellos Convenios y Tratados existentes sobre cooperación en materia penal, subrayando que le objeto de este

convenio es **completar dichos convenios con el fin de incrementar la eficacia de las investigaciones y procesos penales relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos, así como permitir la obtención de pruebas electrónicas de los delitos.**

Este Convenio tuvo la definición de ciertos conceptos como “Sistema Informáticos”, así mismo estableció una parte destinada a; derecho penal sustantivos y otra al derecho procesal, en las cuales se encuentran procedimientos relacionados con la parte adjetiva de la ley penal y la tipificación de aquellas conductas consideradas como delitos informáticos.

Es sobresaliente el Convenio y significados para aquellos países que no forman parte de la Unión Europea, debido que **en su Artículo 37 invita a su adhesión**, mencionando que una vez puesta en vigor, invita a todos los Estados no miembros del Consejo de Europa, que no hayan participado del mismo de su adhesión. También establece lo que se debe trabajar, las medidas legislativas que se deben crear para la prevención del cibercrimen, respetando los derechos y garantías contemplados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, asimismo señala que las imposiciones de sanciones deben ser proporcionales y disuasorias, incluidas las penas privativas de libertad. Por lo que, si Bolivia formaría parte de este Convenio, el más importante hasta la fecha sobre cibercrimen, sin duda traería muchos beneficios para poder combatir el cibercrimen, pues sería una decisión acertada para la lucha contra la cibercriminalidad.

Lo más interesante fue la implementación de políticas criminales como la RED 24/7, como un mecanismo de prevención para el delito informático, fue un paso trascendental para la Política Criminal. Este avance mostró la importancia que tiene esta materia en otros países, constituyéndose como el Convenio Modelo a seguir para la modernización de leyes en materia penal, como también la modernización de la política criminal de un determinado país.

1.3.3.6 LA RED 24/7

Fue creada para la conservación de datos, especialmente para aquellos países que requieren de asistencia urgente con las investigaciones que involucran prueba electrónica, cuenta con cuarenta y cinco (45) participantes de los cuales están incluidos de la región Brasil, Chile y Perú.

Por la dificultad de la obtención de las pruebas electrónicas como, correos, registros de Chat e Información, Redes Sociales, páginas web, datos almacenados en una computadora, registros de usuarios, son algunas de las finalidades que busca la Red 24/7. En ese sentido, se exponen cuestiones de derecho procesal como la preservación expeditiva de los datos almacenados, la preservación expeditiva y divulgación parcial de los datos de tráfico, la orden de producción, la búsqueda y la incautación de datos informáticos, la recogida en tiempo real del tráfico de datos y la interceptación de datos de contenido

Además, el Convenio contiene una disposición sobre un tipo específico de acceso transfronterizo a los datos informáticos almacenados que no requieren asistencia mutua (con consentimiento o disponibles al público) para garantizar una asistencia rápida entre las Partes Colaboradoras.

La importancia radica en conseguir respuesta y cooperación oportuna ante estos delitos, además de establecer puntos de contacto estratégicos para la identificación del autor. Asimismo la cooperación internacional es la base para conseguir el éxito deseado de esta propuesta estipulada en el contenido del Convenio de Budapest, ya que los ciberdelincuentes operan a nivel internacional y para enfrentar este nuevo reto se necesita la ayuda y unión de países que estén interesados en mejorar los mecanismos políticos criminales contra la delincuencia informática, que contribuyan al control del desenvolvimiento que pueden tener los ciberdelincuentes en países que no contemplan ni políticas criminales, ni leyes que respondan a esta realidad, Tal como el caso de Bolivia.

1.3.3.7 CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y ABUSO SEXUAL

En Europa como sucede en casi todo el mundo, la relación de casos denunciados dista mucho de los casos reales sobre hechos sexuales en contra de menores de edad, se sabe que la mayoría de abusos sexuales al menos en Europa se cometen por personas cercanas a los niños o pertenecientes a su entorno social, por lo que la protección del menor contra la violencia en especial la de carácter sexual ha sido una cuestión prioritaria para el Consejo de Europa, por ello mediante este tratado multilateral del Consejo de Europa valga la tautología los Estados acuerdan criminalizar ciertas formas de abuso sexual en

contra de los niños, que fue firmado un 25 de octubre de 2007 en Lanzarote – España y entró en vigor en fecha 1 de julio de 2010.

Constituye un gran avance en materia de prevención de delitos sexuales contra menores de edad, la persecución penal de sus autores, como así también la protección de los niños víctimas, siendo este el núcleo esencial del convenio.

Entre sus principales puntos lo que pide este convenio, se debe resaltar en 5 puntos:

1. Medidas preventivas. - Que se resume en personal especializado que trabaje en contacto con niños; garantizar que los menores son conscientes de los riesgos a los que están expuestos, garantizar medidas de intervención controladas regularmente dirigidas a los delincuentes sexuales como a los potenciales delincuentes y encaminados a prevenir delitos sexuales en contra de los menores.
2. Medidas de protección. – Establecer programas de apoyo para las víctimas y sus familiares; fomentar a la denuncia ante la existencia de casos; crear líneas telefónicas y por internet para asesoramiento.
3. Medidas de Derecho Penal. – Establece garantizar que determinadas conductas sean tipificadas como delitos; **tipificar como delito conductas que se sirven de las nuevas tecnologías, en particular del internet, para agredir sexualmente a los menores (grooming)**; establecer criterios comunes para garantizar la creación de un sistema punitivos que sea efectivo, reunir y almacenar datos de sobre delincuentes sexuales contra niños que hayan sido condenados.
4. Procedimientos de investigación y judiciales adecuados a los menores. – Refiere garantizar la adecuada protección de los niños víctimas durante los procedimientos y procurar que no se agrave la experiencia traumática; proteger la identidad e imagen de las víctimas; establecer medidas adaptadas a las necesidades de las víctimas; limitar el máximo de número de entrevistas con los menores, asegurando que están se realicen en entornos adecuados.
5. Seguimiento. – Crear un mecanismo de seguimiento específico para garantizar la aplicación del Convenio para asegurar su cumplimiento por parte de los Estados y su eficacia a largo plazo.

Este Convenio considera que todos los niños tienen derechos por parte de sus familias, de la sociedad y del Estado a medidas de protección que exige su condición de menores;

constatando que la explotación y el abuso sexual hacia los niños han adquirido dimensiones realmente preocupantes a niveles nacionales e internacionales, sumado por lo que respecta al uso cada vez mayor de las TICs (tecnologías de la información y comunicación), tanto por los propios niños como por de cibercriminales, para prevenir y combatir este extremo, es indispensable la cooperación internacional, considerando el interés superior de los niños.

Para ello dentro de este Convenio, en su Capítulo I, referente al Objeto, principio de no discriminación y definiciones, en su artículo 3 – Definiciones, establece que se entenderá por niño a toda persona que sea menor de 18 años; asimismo que la expresión de *explotación y abuso sexual* de los niños comprenden los comportamientos referidos del artículo 18 al 23 del Convenio.

Así, dentro de su Capítulo VI referido a Derecho Penal Sustantivo, a partir de su artículo 18 hasta su artículo 23, tipifica los siguientes delitos:

- Artículo 18 - Abuso sexual

Cabe señalar lo relevante de este artículo en su apartado 2), que textualmente indica “2) A efectos de la aplicación del apartado 1, cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño”.⁸⁰

- *Artículo 19 - Delitos relativos a la prostitución infantil*

- *Artículo 20 - Delitos relativos a la pornografía infantil*

- *Artículo 21 – Delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos.*

- *Artículo 22 – Corrupción de niños*

- *Artículo 23 – **Proposiciones a niños con fines sexuales**, que establece de forma textual:*

Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya

⁸⁰ Artículo 18, apartado 2). *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*. Consultado en octubre del 2019. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contr-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>

*alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.*⁸¹

La proposición a niños con fines sexuales (*grooming*) se incluye por primera vez en un tratado internacional, referido al ciberacoso infantil (*grooming*), reflejando la creciente preocupación por el fenómeno de los abusos sexuales sobre menores que se citan con adultos con los que han contactado previamente en el ciberespacio, especialmente en chats de internet o en páginas de juegos en línea. El término *grooming* acá se establece como realizar proposiciones a un menor con el fin de abusar de él y obtener una gratificación sexual.

1.3.3.8 UNASUR

La UNASUR (La Unión de Naciones Suramericanas), como bloque regional, tanto el cibercrimen como la ciberdefensa ha generado cierto interés en objetivos que vienen delineando estrategias, a través de reuniones de Ministros de Defensa de los Estados Miembros de la UNASUR para evolucionar en estos campos.

En fechas 3 y 4 del año 2012, se realizó una nueva reunión de Ministros de Defensa de la UNASUR, en Cartagena Colombia, tratando de formular mecanismos de cooperación regional para hacer frente a este crimen transnacional y las nuevas amenazas en la región. Uno de los temas incluía los Delitos Informáticos.

El presidente *Pro Tempore* de la UNASUR, Jorge Lara Castro, manifestó que la delincuencia organizada transnacional es una amenaza para los Estados Miembros de UNASUR y que el delito cibernético, son algunos de esos desafíos. Por otra parte, se firmó previamente un acta de Reunión Preparatoria a la Reunión de Ministros de Defensa, por la cual; a raíz del análisis del Centro de Estudios Estratégicos de Defensa la UNASUR (CEED) se disponía redoblar los esfuerzos para establecer un Consejo, en tanto instancia

⁸¹ Artículo 23. *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*. Consultado en octubre del 2019. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contr-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>

sectorial institucional, trate el tema contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con los ciberdelitos incluidos.

CAPÍTULO II

2 DIAGNÓSTICO

2.1 RESULTADOS DE LA ENTREVISTA APLICADA AL DIRECTOR NACIONAL DE LA FISCALÍA ESPECIALIZADA DE DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL Y RAZÓN DE GÉNERO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

La entrevista aplicada, tuvo el objeto de recoger información y conocer el criterio del Director Nacional de la Fiscalía Especializada de Delitos de Violencia Sexual y Razón de Género de la Fiscalía General del Estado, quien es profesional abogado y actual servidor público del Ministerio Público, en relación a su experiencia sobre las investigaciones de hechos delictivos en contra de los menores de edad mediante redes sociales o el uso de internet, especialmente de hechos sobre personas mayores de edad que valiéndose de estos medios toman contacto con personas menores de edad para distintos fines entre ellos con interés de carácter sexual, ya que dicho profesional a quien se le aplica la entrevista realiza controles sobre investigaciones de hechos o delitos que se encuentran entre ellos los establecidos por la Ley Nro. 348 o la Ley Nro. 263 este último en cual se encuentra por ejemplo el delito de trata con fines de explotación sexual respecto a la captación, que sería un tipo de delito por el cual se estaría utilizando para apertura una investigación de hechos que constituirían ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*), de esta forma se pretende poder obtener un mayor panorama e información sobre la apertura, persecución y esclarecimiento de este tipo de hechos.

De la entrevista aplicada a la autoridad referida, se destacan los siguientes resultados:

1. El Director Nacional de la Fiscalía Especializada de Delitos de Violencia Sexual y Razón de Género de la Fiscalía General del Estado desempeña estas funciones como tal hace aproximadamente un año, contando con una vasta experiencia en el ámbito del derecho penal, trabajando anteriormente en la Cooperación Técnica Alemana – GTZ, en el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el Tribunal Supremo de Justicia como abogado asistente en Sala Penal y Sala Plena.
2. Con relación a las funciones que desempeña actualmente como Director Nacional de la Fiscalía Especializada de Delitos de Violencia Sexual y Razón de Género de la Fiscalía General del Estado, se puede resaltar el de realizar seguimiento y

supervisar los casos que se llevan en esta área del Ministerio Público en toda Bolivia, como también impartir lineamientos directrices y políticas para ejercer una mejor persecución penal del área, subsumiendo en realidad en velar por que su área de la fiscalía se lleve de la mejor manera posible en la persecución y sanción de los tipos penales insertos en la Ley 348 (Ley integral para garantizar a la mujer una vida libre de violencia), en la Ley Nro. 263 (Ley integral contra la trata y tráfico de personas) y en la Ley 243 (Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres).

3. Respecto al cibercrimen opina que los delitos cibernéticos o el cibercrimen no ha sido abordado en su integridad por el Estado Boliviano, traducido a que muchas veces esto genera que queden en la impunidad.
4. Respecto a si el Estado Boliviano cuenta con las herramientas para combatir esta clase de delincuencia señala que existen muchas deficiencias, la Policía boliviana recientemente ha incorporado la división de Cibercrimen a través de la cual hacen un ciberpatrullaje, pero esto es de manera muy escasa ya que no tienen un equipo técnico especializado ni las herramientas tecnológicas necesarias sin embargo pese a esas carencias se va avanzando.
5. En cuanto a si es necesario que el Ministerio Público cuente con un área especializada para la investigación y esclarecimiento de este tipo de hechos es decir los ciberdelitos, manifiesta que, para enfrentarlos, sí se requiere la especialidad en el tema y contar con área especializada.
6. Con relación al conocimiento de la figura delictiva del *grooming*, manifiesta que en el país no está tipificado, sin embargo, conoce que este delito consiste en la captación a través de redes sociales con fines principalmente de pornografía o de explotación sexual por una persona adulta en contra de menores de edad, además de que es un fenómeno actual en el cual algunos países optaron por incorporar este delito en sus legislaciones penales, en Bolivia considera que existe un desconocimiento de este fenómeno por las autoridades como por la población en general, hasta de las propias víctimas quienes son las personas menores de edad.
7. Respecto a si conoce este tipo de casos en la realidad boliviana, sostiene que sí existen, pero que muchas veces queda en la impunidad y a veces forzosamente se

lo investiga por el tipo penal de trata de personas o en el delito penal de pornografía dependiendo la situación fáctica de cada caso.

8. A partir de su experiencia profesional señala que actualmente en Bolivia ante casos de *grooming* dependiendo la situación fáctica del caso, principalmente se lo apertura como trata de personas con fines de explotación sexual o en su caso por el delito de pornografía. Siendo estos dos los mecanismos que utilizan para sancionar el *groomig*.
9. Respecto a las características de este tipo de delito con relación a la víctima sostiene que a nivel de muchas autoridades se desconoce de este tipo penal del *grooming*, peor aún en la población y la población más vulnerable que son justamente las niñas, niños y adolescentes víctimas de estos casos, que son los que más usan y tienen acceso a estas redes sociales.
10. Respecto a las medidas que debería tomar el Estado Boliviano ante el tema del grooming sostiene que para avanzar debemos también aprender de los países más desarrollados en el tema, mirar a las legislaciones comparadas y ver cómo se ha sancionado y tipificado este tipo penal para evitar que queden en la impunidad de muchas niñas, niños y adolescentes en nuestra realidad en contra de su libertad sexual.
11. Respecto a si considera que el delito del *grooming* debería ser tipificado dentro de la legislación penal boliviana, manifiesta que sí, corresponde que sea tipificado como un delito, puesto que muchas veces se tiene que forzar la figura, para sancionarlo como trata de personas o en todo caso como pornografía, cuando el fin era o es otro entonces debería adecuarse esa situación fáctica expresa a un tipo penal que en este caso sería el *grooming*.

Concluyendo con la entrevista, siendo que con lo aportado por el profesional abogado se pudo determinar respecto al lineamiento o directrices que actualmente se tiene en cuanto al inicio, persecución y esclarecimiento de este tipo de hechos en contra de los intereses sexuales de los menores de edad, realizado en la ciudad de Sucre, en fecha 23 de septiembre del 2019.

2.2 RESULTADOS DE LA ENTREVISTA APLICADA A LA DIRECTORA DE LA DIVISIÓN DE TRATA Y TRÁFICO DE LA FELC-C DE LA CIUDAD DE LA PAZ, DE LA POLICÍA NACIONAL.

La entrevista aplicada tuvo el objetivo de recoger información y conocer el criterio y experiencia de la Directora de la División de Trata y Tráfico de la FELC-C de La Paz, quien es policía de profesión actualmente con el grado de capitana, y servidora pública de la Policía Nacional de Bolivia, con relación sobre las investigaciones de hechos delictivos en contra de los menores de edad por un adulto mediante redes sociales o el uso de internet especialmente cuando lo realizan para tomar contacto para fines sexuales, y cuál es el tratamiento como el procedimiento que se da a este tipo de situaciones fácticas actualmente, ya que dicha profesional tiene la oportunidad de conocer esta clase de hechos; tomando en cuenta que no todas las autoridades tienen conocimiento específicamente sobre en qué constituye el fenómeno del ciberacoso con fines sexuales (*grooming*), sin embargo dicha profesional en reiteradas oportunidades ha podido informar y poner a conocimiento públicamente a través de los medios de comunicación sobre este fenómeno dado a través de medios tecnológicos con acceso a internet por ello es que se tomó como consideración aplicar la entrevista a esta profesional.

De la entrevista aplicada a la autoridad referida, se destacan los siguientes resultados.

1. Funge las funciones como Jefe de la División de Trata y Tráfico de la FELC-C de La Paz, pero trabaja ya hace 12 años en el Tema de Trata y Tráfico
2. Con relación a las funciones que desempeña como Directora de la División de Trata y Tráfico de la FELC-C de La Paz, se encuentra las de control y supervisión, es el de desarrollar y coordinar acciones investigativas en lucha y respuesta de trata y tráfico de personas a nivel nacional FELC-C, a nivel institucional coordinando acciones con otras divisiones y enlace con otros países de la región y España. También obtener y valorar información de las investigaciones realizadas que coadyuven y mejoren las investigaciones realizadas.
3. Respecto al cibercrimen opina que por redes sociales es una forma muy fácil de convertir a una persona como una víctima potencial en el delito de trata de personas, por redes sociales han tenido ya varios casos de pornografía, y que ahora

están trabajando con el fenómeno del *grooming* que lo adecuan al delito de pornografía.

4. Sobre si las instituciones cuentan con las herramientas suficientes para el tratamiento de estos hechos ilícitos, manifiesta que, en definitiva, se han adoptado medidas para el mejoramiento y atención de este tipo de delitos principalmente con la creación de áreas específicas y personal específico para la investigación de estos delitos, no obstante manifiesta que se cuentan aún con falencias principalmente en el acceso a la tecnología que permitan fortalecer nuestras investigaciones además del vacío en la norma.
5. Con relación al conocimiento del delito del *grooming*, sostiene que es aquel fenómeno que se da a través de las nuevas tecnologías cuando una persona adulta disfraza su identidad mediante un perfil falso, realizando una serie de conductas y acciones emprendidas de manera voluntaria teniendo como objetivo obtener la amistad y confianza de una niña, niño o adolescente logrando establecer una conexión emocional, cuyo fin es lograr que el menor envíe material con contenido sexual y por último generar un encuentro para poder abusar sexualmente de él. Es de manera progresiva ya que primero presenta una solicitud de amistad, luego empiezan una relación de amistad a través de la red social y posteriormente comienza a solicitar o pedir que le manden fotografías del cuerpo que también lo hacen de manera progresiva hasta finalmente pedir imágenes con contenido sexual. Se busca también la introducción del menor al mundo de la producción de material pornográfico. El *grooming* se caracteriza por tener una manipulación, hay una operación de manipulación psicológica muy fuerte, se da generalmente en personas de 12 hasta los 17 años
6. Respecto a si dentro de su experiencia conoce este tipo de hechos ilícitos en nuestra sociedad, manifiesta que la incidencia se observa en el incremento de delitos relacionados al fenómeno del *grooming* que de acuerdo a nuestra legislación se lo vincula e investiga por el delito de pornografía, siendo adolescentes entre los 12 a 17 años quienes presentan mayor registro de casos como víctimas.
7. Respecto a las denuncias que se dan sobre víctimas del delito del *grooming*, manifiesta que los casos que se investigan por el tema del *grooming*, si la persona

toma contacto a través de la red social, y presenta material, mensajes inductivos, ofrecimientos, comercialización de imágenes con contenido sexual en contacto con una niña, niño o adolescente, se inician las investigaciones por el delito de Pornografía dentro de la Ley 263 o en su caso Corrupción de niña, niño o adolescente.

8. Respecto a las víctimas, refiere que existe un gran desconocimiento de las niñas, niños y adolescentes sobre el fenómeno como tal, los riesgos y consecuencias, no identifican en su condición de convertirse en una potencial víctima, no adoptan medidas de seguridad ni privacidad en sus redes, facilitan y permiten el acceso a su información sin consideración del riesgo, concretan citas a través de la red, aceptan y entablan relaciones a través de la red con personas que no conocen, intercambian imágenes con contenido sexual y pornográfico sin darse cuenta de la consecuencia o su condición de víctima, facilitan la información que permite su identificación y ubicación incluida la de sus familiares.
9. Se desconoce hasta sobre la definición misma del fenómeno, características, tipos de acosadores, lo que facilita el hecho de convertirse en víctimas.
10. En su opinión manifiesta que considera como algo positivo de que el Ministerio Público pueda contar con un área especializada en cibercrimen, para poder dar una respuesta más óptima y oportuna ante este tipo de hechos, como para coadyuvar y corresponder de mejor forma los esfuerzos de lucha por parte de la policía que cuenta con una unidad especializada en materia de cibercrimen.
11. Sobre las medidas que debería tomar el Estado ante el tema del *grooming*, manifiesta que debe existir una modificación de la norma y su inclusión como tipo penal, dar una mayor relevancia al tema del manejo de las redes sociales y el internet en general, brindando protección a las posibles víctimas de los distintos peligros que se encuentran en el internet, especialmente para el sector de la niñez y adolescencia que son quienes están más expuestos a este peligro lo cual también la responsabilidad recae sobre su entorno familiar respecto de hacer un mayor control de sus hijos al momento en que se les permite la utilización de dispositivos informáticos con acceso a internet, traduciendo en mayores labores de prevención en la población niñas, niño y adolescente. Además del fortalecimiento tecnológico de las instituciones como de la capacitación de recursos humanos.

12. Respeto a si considera que el *grooming* sea tipificado como delito, manifiesta que dentro de su experiencia en su fuente laboral dentro de la unidad de trata y tráfico de personas, ha podido observar que existe en nuestra sociedad muchos casos referentes al fenómeno del *grooming*, como que en los últimos tiempos ha existido múltiples denuncias por este tipo de hechos que constituye el delito del *grooming*, por lo que considera que sería pertinente por parte del Estado boliviano contar dentro de su regulación normativa penal con este delito de esta forma poder dar una mejor respuesta para la investigación y sanción de las personas adultas que incurrir en este delito.

Con lo que se concluyó la entrevista, pudiendo contar con el aporte de una autoridad experimentada que conoce acerca del fenómeno del *grooming* y su incidencia dentro de la sociedad boliviana, realizado en la ciudad de La Paz, en fecha 25 de septiembre de 2019.

2.3 CONCLUSIONES DEL DIAGNÓSTICO

Entrevistas aplicadas a servidores públicos del Ministerio Público y de la Policía Nacional. –

De las entrevistas aplicadas se destacan los siguientes resultados:

- Al analizar las entrevistas de los dos servidores públicos, se observa que uno de los entrevistados es abogado especialista en derecho penal que se encuentra trabajando como Director Nacional de la Fiscalía Especializada en delitos de violencia sexual y razón de género, la otra entrevistada es policía con el grado de capitana actualmente Directora de la División de Trata y Tráfico de la FELC-C de La Paz, ambos cuentan con la suficiente experiencia en el ámbito penal sobre hechos delictivos.
- Conforme a sus funciones y responsabilidades tienen conocimiento de primera mano sobre situaciones ilícitas que involucren a menores de edad que puedan ser víctimas de delitos que van en contra de sus derechos y afectan su intangibilidad sexual, para el caso en concreto mediante el uso de las redes sociales o el internet. El profesional abogado quien es Director Nacional de la Fiscalía Especializada de Delitos de Violencia Sexual y Razón de Género de la Fiscalía General del Estado entre sus principales funciones está la de supervisar los casos que se llevan en

dicha área como la de impartir lineamientos. La oficial quien es Directora de la División de Trata y Tráfico de la FELC-C es una persona experimentada que entre sus funciones está la de coordinar acciones en su dirección como también con otras divisiones además de valorar información de investigación. Se establece que ambos tienen conocimiento sobre lo que constituye el fenómeno del *grooming*.

- Sobre las consideraciones que hacen realizan en materia del cibercrimen, la Capitana de la FELC-C de la Policía Boliviana manifiesta que las redes sociales representan un peligro para los sectores más vulnerables como son las niñas, niños y adolescentes, ya que es muy fácil que mediante estas plataformas convertir a una persona, en especial una menor de edad, en potenciales víctimas. Por su parte el Director Nacional de la Fiscalía General sobre delitos de violencia sexual, indica que es un tema que no ha sido abordado en su integridad por el Estado Boliviano, traducido a que genera muchas veces impunidad.
- En cuanto a las instituciones del Estado donde ejercen sus funciones indican que para poder luchar contra la cibercrimen se debe contar también con las herramientas necesarias, ya que el internet cuenta con múltiples ventajas que son causa de que muchos casos no se llegue a investigar estos hechos como corresponde, por eso la importancia de contar con los medios necesarios, ambos refieren que la Policía Nacional cuenta en la ciudad de La Paz con la división de Cibercrimen, sin embargo aún se tiene muchas deficiencias al no contar con un equipo técnico adecuado, por lo que consideran pertinente que para coadyuvar y complementar de forma idónea la lucha contra la ciberdelincuencia, podría el Ministerio Público contar también con una área especializada en materia de Cibercrimen o delitos cibernéticos así como con personal especializado, tomando en cuenta que no se habla de un catálogo cerrado de delitos informáticos, ya que actualmente en la mayoría de las investigaciones se requiere de recolectar evidencia digital.
- Sobre el fenómeno del *grooming*, cabe resaltar que ambos funcionarios tienen conocimiento, al manifestar que es aquel que se produce o se da a través de las nuevas tecnologías, siendo más precisos en las redes sociales con fines de carácter sexual por una persona adulta en contra de menores de edad. La Capitana Coca manifiesta que es de manera progresiva ya que primero presenta una solicitud de

amistad, luego empiezan una relación de amistad a través de la red social y posteriormente comienza a solicitar o pedir que le manden fotografías con el cual pueden empezar a extorsionar a sus víctimas.

- En cuanto a la incidencia de este tipo de casos en la realidad boliviana la Capitana Coca manifiesta que en los últimos tiempos existen múltiples hechos y denuncias que se realizan por casos que constituyen al delito del *grooming*, hay un incremento de hechos de *grooming*, los casos que se investigan por este tema, actualmente lo que se hace es vincular a otro tipo de delitos, en este caso lo vinculan a un tema de pornografía dentro de la ley 263. El Director de la Fiscalía General, indica que estos hechos existen en el contexto boliviano, pero que muchas veces quedan en la impunidad y que a veces forzosamente se lo investiga por el delito de trata de personas con fines de explotación sexual al no ser un delito de resultado si bien no llega a consumarse, permite la posibilidad de aperturar por este delito, siendo estos los mecanismos que se utilizan actualmente para sancionar el *groomig*.
- Finalmente se deduce que existe también unidad de criterios respecto a que, en la mayoría de este tipo de casos, es decir del ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*), los menores de edad no tienen conocimiento de que están siendo víctimas de este clase de hechos, inclusive a nivel de muchas autoridades se desconoce de esta figura delictiva, la cual se encuentra regulada por otros países más avanzados en este tema, el cual consideran que como Estado Boliviano podríamos aprender de esta situación acomodando a nuestra realidad, viendo de qué forma se ha tipificado este delito en la legislación comparada. Lo cual, dentro de su opinión de cada uno, sí correspondería tipificar el delito del *grooming* dentro de nuestra legislación, ya que, al prever estas situaciones delictivas, se puede evitar la impunidad como prevenirlo en resguardo de la intangibilidad sexual de las niñas, niños y adolescentes.

DEL ESTUDIO NORMATIVO COMPARADO

Dentro del estudio comparado realizado sobre la incorporación del delito del *grooming* dentro de las legislaciones penales de los cinco países tomados a consideración se pudo determinar los siguientes aspectos:

- Su incorporación, data la más antigua del año 2009 para el caso de España y las últimas del año 2014 para el caso de Perú y Ecuador, estando a la actualidad este delito vigente dentro de sus legislaciones correspondientes.
- Sobre el rango de pena establecido para este delito, es variado pues se debe tomar a consideración los aspectos esenciales que hacen a la problemática en cada sociedad de cada país, la cantidad de casos que representan, la relevancia del bien jurídico protegido entre otros aspectos, como ejemplo en el caso de Argentina quien incurra en este delito es susceptible a dictarse auto de prisión preventiva. Tomando en cuenta el quantum de pena de este delito en las distintas legislaciones penales de cada país, se puede indicar que el promedio establecido de la pena respecto a los cinco países tomados a consideración es de 4,6 años.
- En su redacción, para este delito se puede observar que el sujeto activo es indeterminado es decir dejando a la posibilidad que el mismo pueda ser cometido por una persona mayor de edad (naturaleza del delito), como también deja la posibilidad que pueda ser cometido por un menor de edad. En cambio, para el sujeto pasivo, es decir la víctima se tiene establecido de manera taxativa siempre a un menor de edad.
- De la misma forma es taxativo en cuanto al uso del internet, de medios electrónicos o telemáticos, siendo un elemento característico de este delito, para el caso de Argentina en específico al establecer “o cualquier otra tecnología de transmisión de datos” deja esta posibilidad, entendiendo que se prevé que las tecnologías avanzan a pasos agigantados existiendo la posibilidad para la creación de nuevos dispositivos electrónicos.

CAPÍTULO III

3 PROPUESTA

LA TIPIFICACIÓN DEL *GROOMING* EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

3.1 FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

A raíz de la creación del internet, el uso de las nuevas tecnologías en las sociedades del mundo, se han vuelto parte de la vida de las personas. Ante la aparición y evolución de las redes sociales, como ser Facebook, WhatsApp, Instagram, etc. Han creado una nueva forma para que las personas puedan interactuar y relacionarse. Sin embargo, por las ventajas que ofrecen estas plataformas digitales, han significado de igual forma como una ventaja para la evolución del delito, con nuevas formas de cometer actos ilícitos que atentan contra los derechos de las personas. Tomando en cuenta especialmente para aquellos sectores más vulnerables de la sociedad como ser las personas menores de edad, quienes están precisamente entre las personas que más utilizan las redes sociales y el internet, viéndose expuestas a los peligros que estos representan, debiendo por parte del Estado tomar en cuenta este extremo y poder brindar como lo establece dentro de su normativa, la máxima protección a este sector, ya que las niñas, niños y adolescentes representan el futuro de una nación.

Desde la aparición de lo que constituiría las primeras redes sociales a través del internet, tuvo como uno de sus principales problemas la pedofilia, ya que se acusaba a estas plataformas de no tener suficientes medidas de protección para los menores, ante la existencia de una comunidad de predadores infantiles, esta problemática con el tiempo ha ido en aumento, toda vez que en la actualidad, estas plataformas digitales de interacción permiten una participación libre, tomando en cuenta las distintas opciones que permite el internet como ventajas para delinquir.

Como uno de los problemas relativo a la seguridad de los menores de edad en Internet, se encuentra el delito del *grooming*, que constituye cuando una persona adulta, a través de la utilización del internet, generalmente de las redes sociales, realiza acciones deliberadas de cara a establecer una amistad o una relación de tipo afectiva con una niña, niño o adolescente, para fines sexuales como obtener por parte del adulto una satisfacción sexual, ya sea mediante imágenes eróticas o pornografía del menor de edad o inclusive hasta llegar a tener un encuentro sexual.

El *grooming* tiene una conexidad con todo tipo de delito sexual más grave, como ser violación, abuso sexual, pornografía, trata de personas. Debiendo ser tratado como un proceso preparatorio doloso por parte de un adulto, con el objeto de desarrollar otras acciones penales más graves de carácter sexual en contra de una niña, niño o adolescente.

Lo que se busca es proteger como bien jurídico protegido la indemnidad sexual de los menores de edad, aunque se lo puedo considerar como una extensión de lo que engloba el bien jurídico libertad sexual. Se trata del derecho de la persona menor de edad a no sufrir interferencias en su desarrollo de su propia sexualidad. Ya que la relación entre un adulto y un niño resulta ser asimétrica. Los abusadores implicados en los casos de *grooming* utilizan las diferentes redes sociales para contactarse con menores de edad. Pueden hacerse pasar por otro niño o niña para crear lazos emocionales con el menor. La relación comienza siendo amistosa, pero a medida que el menor confía y se desinhibe, el acosador apela a la seducción y a la provocación. Pudiendo causar intervenciones traumáticas en su esfera íntima, los cuales pueden generar huellas indelebles en su psiquismo.

Muchos países más avanzados en el tema de ciberdelitos, han optado por incorporar dentro de sus legislaciones penales este delito, obteniendo buenos resultados en materia de lucha contra la ciberdelincuencia y evitando la impunidad de este tipo de hechos de carácter sexual contra los menores de edad. Para ello también se exige que dichos países cuenten con las herramientas suficientes para la investigación y esclarecimiento sobre hechos delictivos de *grooming*. Recurriendo a la cooperación internacional mediante acuerdos o tratados internacionales, como una de las herramientas más poderosas y efectivas en la lucha de la cibercriminalidad.

Dentro de la normativa penal del Estado Boliviano, el *grooming* no está tipificado como un delito, por ese motivo las personas que se ven involucradas en este tipo de hechos, son procesados por otros tipos penales, adaptando estas situaciones fácticas a los delitos de pornografía o de trata de personas con fines de explotación sexual, delitos que, sí se encuentran regulados en nuestra legislación, forzando la figura, para sancionar por estos tipos penales, cuando el fin era otro por parte del autor, entonces debería adecuarse esa situación fáctica expresa a un tipo penal que en este caso sería el ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*).

Cabe hacer notar que en la doctrina y dentro de las distintas legislaciones penales de los países que tienen tipificado este delito, han desatado una serie de críticas, ya sea tanto en favor como en contra del mismo, como ya ha sido desarrollado anteriormente.

Sin embargo, en el trabajo se defiende la posición que, ante la relevancia de este tipo de hechos, la importancia del bien jurídico protegido, la existencia de un vacío legal, que no permite la tipificación de esta figura, la especial y máxima protección que se debe brindar a las niñas, niños y adolescentes por mandato de la Constitución Política del Estado de Bolivia por ser considerado como un sector vulnerable de la sociedad, la existencia y alto índice de delitos de carácter sexual en el contexto boliviano entre ellos contra menores de edad, la evolución e implementación de nuevas tecnologías y demás aspectos señalados, se considera que esta figura delictiva resulta constitucionalmente aceptable, para su incorporación en la normativa penal boliviana, además de que ante todo esfuerzo por parte del estado de proteger la integridad sexual de los menores de edad, es bien aceptada, ya que siempre se ha representado a las distintas niñas, niños y adolescentes, como el futuro de las naciones, donde radica también su importancia.

3.2 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Esta investigación, tuvo a bien investigar bajo la siguiente hipótesis: “Con la tipificación del delito del ciberacoso con fines sexuales contra menores de edad (*grooming*) en el Código Penal boliviano, se tutelaré el bien jurídico de la indemnidad sexual de las niñas, niños y adolescentes, permitiendo una investigación penal con un alto nivel de certeza jurídica, que repercuta en la disminución de su accionar criminal en la sociedad boliviana”. En ese sentido se pasa a desarrollar las dimensiones siguientes:

3.2.1 LA TIPIFICACIÓN DEL GROOMING EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO.

La importancia de la tipificación de este delito, engloba lo que constituye la protección máxima a sectores más vulnerables de la sociedad como ser las niñas, niños y adolescentes, considerando la cantidad de casos que se presentan en la realidad del contexto de la sociedad boliviana y que indica que estos fenómenos van en aumento. Como también en el impacto que representa en las instituciones del Estado encargadas en la investigación y prosecución de los delitos, instituciones tutelares del sistema penal como ser, el Ministerio Público, la Policía Nacional y los Tribunales de Justicia.

Con estos antecedentes y de la revisión de la legislación comparada, se considera que la tipificación del *grooming* puede ser de la siguiente manera en el Código Penal boliviano:

La persona que por medio de comunicaciones electrónicas o cualquier otro medio tecnológico de transmisión de datos, contacte a una niña, niño o adolescente, con el fin de cometer cualquier delito penal contra la libertad sexual, será sancionada con prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Para Muñoz Conde, la tipificación de conductas, garantiza la eficacia de derechos fundamentales, toda vez que cada delito constituye en esencia violación a derechos fundamentales.

Se define el delito del *grooming* como la acción deliberada de un adulto de acosar sexualmente a un niño o niña mediante el uso de Internet, con fines de carácter sexual.

3.2.2 CERTEZA JURÍDICA

De la dimensión se tiene que un sistema jurídico con principios y planteamientos anacrónicos o no específicos, que derivan en situaciones como la discrecionalidad y debilidad en la toma de decisiones de autoridades policiales y fiscales durante la investigación, impacta negativamente en los niveles de certeza jurídica, es decir, en la certidumbre de los ciudadanos de que las leyes se cumplen. Lo anterior genera no sólo espacios propicios para la corrupción, la búsqueda de beneficios y otros que derivan en impunidad de un delito, sino también en la falta de atención a la legalidad, al generar una percepción de aplicación selectiva de la ley. Ello, a su vez, se traduce en obstáculos para el desarrollo nacional, pues los ciudadanos no se sienten seguros o protegidos por el Estado. El fundamento básico para que haya certeza jurídica y sea predecible la aplicación de la ley radica en que los ciudadanos tengan la seguridad de que la norma se hará cumplir y en que autoridades conozcan los criterios básicos bajo los cuales se aplicará la ley. Para ello es necesario reformas sustantivas y procesales a la normativa penal, que establezcan pautas concretas para combatir el fenómeno del *grooming*.

3.3 SUSTENTO LEGAL

La indemnidad sexual, como bien jurídico especial para menores de edad e incapaces, es el derecho a que la persona no sufra lo que puede significar como una interferencia en la formación de su propia sexualidad, es decir sin intervenciones traumáticas en su esfera

íntima. Como bien jurídico puede ser tomado como propio o como una variación a lo que engloba la libertad sexual dentro del Título XI del Código Penal Boliviano.

La libertad sexual es el derecho de cada persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones con el respeto de a la libertad ajena, facultad que se expande a utilizar el propio cuerpo a voluntad, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas.

La Constitución Política del Estado, establece a través de su artículo 15 como derecho fundamental, que toda persona tiene derecho a la integridad sexual.

Asimismo, en su artículo 59 parágrafo I referente a los derechos de la niñez, adolescencia y juventud establece que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral.

En la misma sección de derechos en su artículo 60, establece que es deber del Estado, la sociedad y la familia, garantizar el interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos.

De igual forma el artículo 61 en su parágrafo I. establece textualmente que se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra niñas, niños y adolescentes. En su parágrafo II del mismo artículo última parte, señala que sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.

Dentro de la Ley Nro. 548, norma especial regulada en la materia de la niñez y adolescencia, establece en su artículo 148 (Derechos a ser protegidas y protegidos contra la violencia sexual)

ARTÍCULO 148. (DERECHO A SER PROTEGIDAS Y PROTEGIDOS CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL).

I. La niña, niño y adolescente tiene derecho a ser protegida o protegido contra cualquier forma de vulneración a su integridad sexual. El Estado en todos sus niveles, debe diseñar e implementar políticas de prevención y protección contra toda forma de abuso, explotación o sexualización precoz de la niñez y adolescencia; así como garantizar programas permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral para las niñas, niños y adolescentes abusados, explotados y erotizados.

II. Son formas de vulneración a la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes, las siguientes:

- a) Violencia sexual, que constituye toda conducta tipificada en el Código Penal que afecte la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente;
- b) Explotación sexual, que constituye toda conducta tipificada en el Código Penal, consistente en cualquier forma de abuso o violencia sexual, con la finalidad de obtener algún tipo de retribución;
- c) Sexualización precoz o hipersexualización, que constituye la sexualización de las expresiones, posturas o códigos de la vestimenta precoces, permitiendo o instruyendo que niñas, niños o adolescentes adopten roles y comportamientos con actitudes eróticas, que no corresponden a su edad, incurriendo en violencia psicológica; y
- d) Cualquier otro tipo de conducta que vulnere la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes.

III. Las niñas y adolescentes mujeres gozan de protección y garantía plena conforme a previsiones del Artículo 266 del Código Penal, de forma inmediata.

Lo que denota la afirmación de que cualquier medida adoptada por el Estado para proteger la libertad sexual y brindar una mayor protección a las niñas, niños y adolescentes ante los peligros a los que están expuestos, es una medida acertada.

3.4 PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY

Se propone la siguiente Ley de incorporación al Código Penal, el tipo penal de ciberacoso a menores de edad con fines sexuales (*grooming*).

Ley N°

Ley de de de 2019

Evo Morales Ayma

Presidente Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia

Por cuanto, La Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

La Asamblea Legislativa Plurinacional

Decreta:

Ley de Modificaciones al Código Penal en materia de Ciberdelitos:

Artículo 1. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, que sean cometidos mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia.

Artículo 2. (MARCO NORMATIVO). La presente Ley se desarrolla en el marco de la Constitución Política del Estado, los Instrumentos, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos sobre Cibercrimen y Protección de los niños contra la explotación y abuso sexual, ratificados por Bolivia.

Artículo 3. (FINES). La presente Ley establece los siguientes fines:

1. Establecer medidas de prevención de ciberdelitos y delitos conexos que involucren para su realización medios tecnológicos.
2. Fortalecer la respuesta del sistema penal boliviano contra ciberdelitos y delitos conexos que involucren para su realización medios tecnológicos.
3. Promover y facilitar la cooperación nacional e internacional para alcanzar el objetivo establecido en la presente ley.

Artículo 4. (MENORES DE EDAD). A los fines de protección de las niñas, niños y adolescentes, se considera persona menor de edad hasta antes de cumplido los dieciocho (18) años.

Artículo 5. (PRINCIPIOS GENERALES). La presente Ley se rige por los siguientes principios:

1. **Prioridad Social.** Las víctimas del cibercrimen, que constituyan personas menores de edad, tendrán atención y protección integral prioritaria en todas las entidades públicas y privadas.
2. **Interés Superior de la Niña, Niño y Adolescente.** Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente.

3. **Celeridad.** Por sus especiales características, el Estado garantiza la prestación del servicio integral a las víctimas de ciberdelitos y delitos conexos de manera oportuna, eficaz y sin dilaciones.
4. **Integración y Cooperación Internacional.** El Estado procurará y fortalecerá la integración, coordinación y cooperación internacional para la lucha contra el cibercrimen y delitos conexos.

Artículo 6. (DEFINICIONES). Para efectos de aplicación e interpretación de la presente Ley, se adoptarán las siguientes definiciones:

- a) **Ciberespacio.** Todo ámbito virtual creado por medios informáticos.

TÍTULO II

PERSECUCIÓN PENAL

ARTÍCULO 1. (NUEVOS TIPOS PENALES). Se incorpora al Código Penal los artículos...312 quinquies, bajo el tenor que a continuación se desglosa:

“ARTÍCULO 312 quinquies. (CIBERACOSO A MENORES DE EDAD).

La persona que por medio de comunicaciones electrónicas o cualquier otro medio tecnológico de transmisión de datos, contacte a una niña, niño o adolescente, con el fin de cometer cualquier delito penal contra la libertad sexual, será sancionada con prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Remítase al Órgano Ejecutivo, para fines constitucionales.

Es dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional a los días, del mes de, de dos mil diecinueve años.

Por tanto, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia.

Casa Grande del Pueblo de la ciudad de La Paz, a los días a los días, del mes de, de dos mil diecinueve años.

FDO. EVO MORALES AYMA, Héctor Enrique Arce Zaconeta.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIÑAGA RODRÍGUEZ, Efrén: *Introducción a Internet*, 2002. Disponible en: <https://sites.google.com/site/efrenar/home/Internet.pdf>.

AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián. *Child grooming: Contacto tecnológico con un menor para fines sexuales*. 2016. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/10/04/child-grooming-contacto-tecnologico-con-un-menor-para-fines-sexuales/>.

ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros – *Curso de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Experiencia. Barcelona – España. Primera edición. Diciembre de 2004.

AUTO NRO. 347. “F.M. Su denuncia – Goya”. *EXPTE. Nro. 28.834*. Provincia de Corrientes – Argentina. De fecha 27 de marzo de 2019.

BACIGALUPO, Enrique – *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1996.

BBC NEWS MUNDO: *Six Degrees: como fue y quien creo la primera red social de internet, inspirada por la teoría de los “seis grados”*, 8 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48558989>.

CANCIO MELIÁ, Manuel – *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo. 1ª Reimpresión. Mendoza – Argentina. 2004.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Departamento de estudios, *Informe en Derecho, Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y obtención de servicios sexuales*. Nro. 2. 2012. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6670-2.pdf>.

CHIARA DIAZ, Carlos. *Incorporación del grooming al Código Penal Argentino*. Editorial Albrematica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Disponible en: http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=14325&base=99&id_publicar=&fecha_publicar=23/12/2013&indice=editorial&suple=Penal.

CÓDIGO PENAL BOLIVIANO.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y EL ABUSO SEXUAL.

CORREO DEL SUR, *Menores de edad sufren violencia sexual cada día*. 2019. Disponible en https://correodelsur.com/seguridad/20190922_menores-de-edad-sufren-violencia-sexual-cada-dia.html.

CSABAI, ITSVÁN: *1/f noise in computer network traffic*, 1994. Disponible en: <http://iopscience.iop.org/article/10.1088/0305-4470/27/12/004/meta>.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal, DE MATA VELA, José Francisco – *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. F&G Editores. Décimo tercera edición. Guatemala. 1996.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (1789).

DUDAS LEGISLATIVAS, *¿Qué es la indemnidad sexual?*, Disponible en: <https://dudaslegislativas.com/que-es-la-indemnidad-sexual/>.

FONTAN BALESTRA, Carlos – *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina. 1998.

GALÁN AMADOR, Manuel. *La Entrevista en investigación, Metodología de la Investigación*. De 29 de mayo de 2009. Disponible en: <http://manuelgalan.blogspot.com/2009/05/la-entrevista-en-investigacion.html>.

GOLDSCHMIDT, Werner – *Introducción al Derecho, (Estructuras Del Mundo Jurídico)*. Aguilar Editor. Buenos Aires. 27 de mayo de 1970.

GONZALEZ GARCIA, Javier - *Ciberacoso la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*. Editores Valencia Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Valencia - España. 2010.

LEY NRO. 548 - CÓDIGO NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE.

MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General*. Editorial Astrea. 1996.

MICROSIERVOS: *El verdadero origen del internet*, 2 de febrero de 2004. Disponible en: <https://www.microsiervos.com/archivo/internet/el-verdadero-origen-de-internet.html>.

MIGLIORISI, Diego Fernando, *GROOMING, El abuso silencioso*. Libro Digital. Edición multilingüe Buenos Aires – Argentina. 2019. Disponible en: <http://elacososilencioso.com/descarga-ebook/>.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. 20ª edición. España. 2015.

MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de F. 2ª edición. Montevideo – Buenos Aires. 2001.

MUY INTERESANTE, *¿Que es el “grooming”?*; Disponible en: <https://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-grooming>.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

PARMA, Carlos – *Derecho Penal Pasado, Presente y Futuro*. Ediciones Acercándonos. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. 2018.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.2 en línea]. 2018. Disponible en: <https://www.rae.es/>

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1044/2010-R. *Tribunal Constitucional de Bolivia*. De 23 de agosto 2010.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0819/2015/S3, *Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*. De 10 de agosto de 2015.

SLIDESHARE: *Digital 2019 Argentina*, 03 de febrero de 2019. Disponible en: <https://es.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-argentina-january-2019-v01>.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DEL ADOLESCENTE - *Guía sobre el Ciberacoso para profesionales en salud*. Madrid, España. De 2015, pág. 17. Disponible en:

https://www.adolescenciasema.org/usuario/documentos/Guia_Ciberacoso_Profesionales_Salud_FBlanco.pdf.

TÉLLES VALDEZ, Julio. *Derecho Informático*, México D. F.; McGraw-Hill. 2008.

TICS Y FORMACIÓN: *Estado del mundo digital en Bolivia 2019*, 05 de abril del 2019. Disponible en: <https://ticsyformacion.com/2019/04/05/estado-del-mundo-digital-en-bolivia-2019/>.

UNICEF, Argentina – *Grooming, Guía práctica para adultos*. Abril. 2014. Disponible en: https://www.intramed.nqet/userfiles/2014/file/guiagrooming_2014.pdf.

VALDA DAZA, Jorge José. *Código Penal Boliviano Comentado*. Editorial El Original San José. Séptima Edición. La Paz - Bolivia. 2018.

WE ARE SOCIAL: *Digital in 2019 España*, 2019. Disponible en: <https://wearesocial.com/es/digital-2019-espana>.

WIKIPEDIA: *La enciclopedia libre*. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/En_1%C3%ADnea

ANEXOS

ANEXO 1

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA AL DIRECTOR NACIONAL DE LA FISCALÍA ESPECIALIZADA DE DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL Y RAZÓN DE GÉNERO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

La presente entrevista ha sido elaborada con el fin de recoger información para un trabajo de Tesis de Maestría, tiene el objetivo de recoger información acerca del FENÓMENO DEL GROOMING (CIBERACOSO A MENORES DE EDAD). Su opinión no lo compromete en lo absoluto, siendo solo para fines investigativos. Por lo que solicito pueda responder las siguientes preguntas:

Nombre:

Institución donde trabaja:

Cargo que desempeña:

Fecha:

1. ¿Cuál es su experiencia y trayectoria dentro del derecho penal?

.....
.....
.....
.....

2. ¿Cuáles son las funciones que desempeña como Director Nacional de la Fiscalía Especializada en delitos de violencia sexual y razón de género y desde hace cuánto tiempo?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Cuál es su opinión respecto a los delitos cibernéticos o sobre el cibercrimen?

.....
.....

.....
.....

4. ¿Cree que Bolivia mediante sus instituciones cuenta con las herramientas suficientes para combatir esta clase de delincuencia es decir los delitos cibernéticos?

.....
.....
.....

5. ¿Considera que para mejorar la prosecución de los delitos el Ministerio Público cuente con un área especializada en delitos informáticos o cibercrimen?

.....
.....
.....

6. ¿Conoce usted en que consiste la figura delictiva del grooming?

.....
.....
.....

7. ¿Conoce usted si existe o no incidencia de casos de grooming en la sociedad boliviana?

.....
.....
.....

8. ¿Dentro de su experiencia actualmente que trato se le da en las instancias correspondientes a este tipo de hechos delictivos, es decir cuando una persona adulta toma contacto via internet con una niña, niño o adolescente con fines sexuales, si se apertura un proceso penal y porque delitos?

.....
.....

.....
.....

9. Cree que la ciudadanía especialmente los menores de edad tengan conocimiento de ser víctimas de estos delitos

.....
.....
.....
.....

10. ¿Qué medidas debería tomar el Estado ante el tema del grooming?

.....
.....
.....
.....

11. ¿Considera que el grooming debe ser tipificado como un delito, por qué?

.....
.....
.....
.....

¡Muchas gracias por su colaboración!

ANEXO 2

GUÍA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A LA DIRECTORA DE LA DIVISIÓN DE TRATA Y TRÁFICO DE LA FELC-C DE LA CIUDAD DE LA PAZ, DE LA POLICÍA NACIONAL BOLIVIANA.

La presente entrevista ha sido elaborada con el fin de recoger información para un trabajo de Tesis de Maestría, tiene el objetivo de recoger información acerca del FENÓMENO DEL GROOMING (CIBERACOSO A MENORES DE EDAD). Su opinión no lo compromete en lo absoluto, siendo solo para fines investigativos. Por lo que solicito pueda responder las siguientes preguntas:

Nombre:

Fecha:

1. ¿Cuál es su experiencia y trayectoria como investigadora especialmente en el tema de trata y tráfico de personas?

.....
.....
.....
.....

2. ¿Cuáles son las funciones que desempeña como Directora de la División de Trata y Trafico de la FELC-C de La Paz?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Cuál es su opinión respecto a los delitos cibernéticos o sobre el cibercrimen?

.....
.....
.....
.....

4. ¿Cree que Bolivia mediante sus instituciones (como ser la Policía Nacional Bolivia, el Ministerio Público), cuentan con las herramientas suficientes para combatir esta clase de delincuencia es decir los delitos cibernéticos?

.....
.....
.....
.....

5. ¿Conoce usted en que consiste la figura delictiva del grooming?

.....
.....
.....
.....

6. ¿Conoce usted si existe o no incidencia de casos de grooming en la sociedad boliviana?

.....
.....
.....
.....

7. ¿Dentro de su experiencia, actualmente que trato y procedimiento se da en las instancias correspondientes, ante las denuncias de víctimas de este tipo de hechos delictivos, es decir cuando una persona adulta toma contacto vía internet con una niña, niño o adolescente con fines sexuales, si se apertura un proceso penal y porque delitos?

.....
.....
.....
.....

8. ¿Cree que la ciudadanía específicamente los menores de edad tienen conocimiento de cuando están siendo víctimas de esta forma de comisión de delitos, es decir vía internet (por redes sociales u otros) o existe algún tipo de dificultad?

.....
.....
.....
.....

9. ¿Considera el Ministerio Público cuente con un área especializada en delito informáticos o cibercrimen?

.....
.....
.....
.....

10. ¿Qué medidas debería tomar el Estado ante el tema del grooming?

.....
.....
.....
.....

11. ¿Considera que el grooming debe ser tipificado como un delito, por qué?

.....
.....
.....
.....

¡Muchas gracias por su colaboración!

ANEXO 3

LA DEFENSORÍA DE SUCRE REPORTA 205 CASOS EN SEIS MESES

Menores de edad sufren violencia sexual cada día

Los delitos denunciados en contra de niños y adolescentes corresponden a violaciones, abuso sexual y estupro

22/09/2019 | Alina Cuentas/CORREO DEL SUR



PROTECCIÓN. La Defensoría de la Niñez y Adolescencia actúa en defensa de las víctimas. **ARCHIVO**

Enlace: https://correodelsur.com/seguridad/20190922_menores-de-edad-sufren-violencia-sexual-cada-dia.html

ANEXO 4



EL ALTO

Capturan a profesor sindicado de acosar a adolescentes por redes sociales



Enlace: <https://erbol.com.bo/seguridad/capturan-profesor-sindicado-de-acosar-adolescentes-por-redes-sociales>

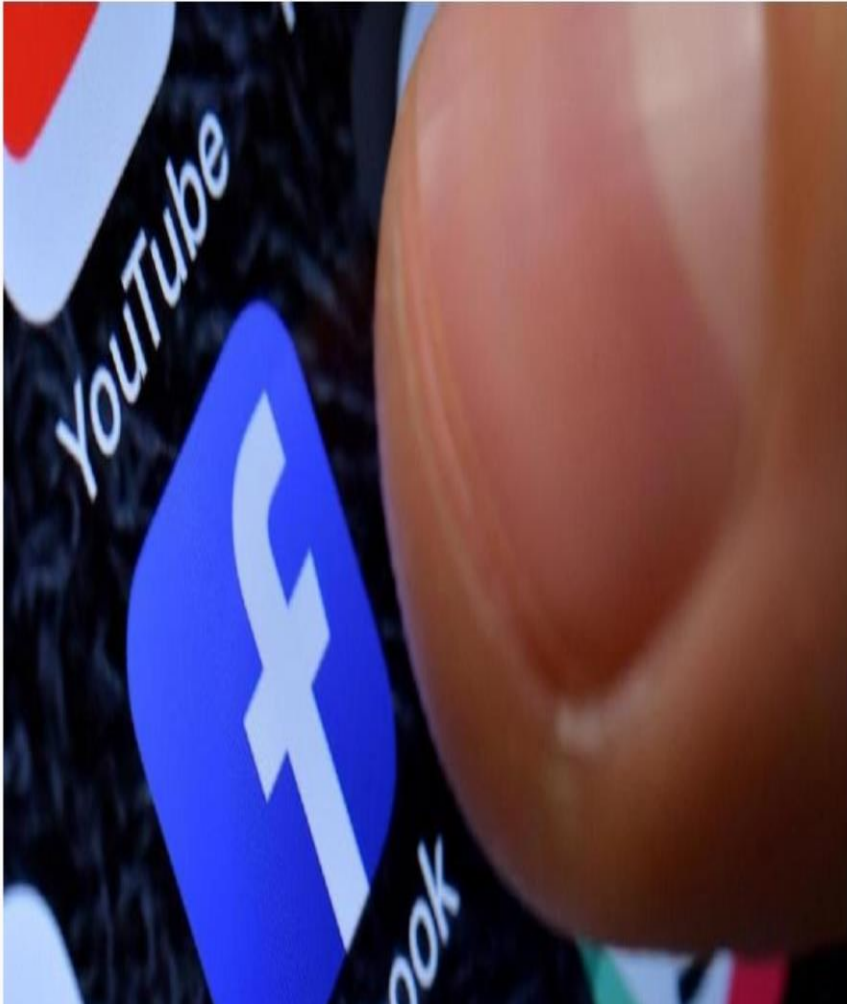
ANEXO 5

EL DEBER PORTADA SANTA CRUZ PAÍS ECONOMÍA OPINIÓN GENTE MUNDO DIEZ SOCIALES AMAS VIAJAR

Mujer captaba menores por Facebook y las abusaba sexualmente

La joven de 18 años atraía a niñas de 12 años para que pasaran la noche en su casa. Ahora enfrenta cargos judiciales por abuso sexual y corrupción agravada

El Deber | Hace 4 meses

A close-up photograph of a person's finger touching a smartphone screen. The screen displays several social media icons, including the YouTube logo and the Facebook 'f' logo. The background is dark, and the lighting is focused on the finger and the icons.

Enlace: https://eldeber.com.bo/144166_mujer-captaba-menores-por-facebook-y-las-abusaba-sexualmente



ANEXO 6

.2P1103.1885137.

PXG 27515/18

"F. M. SU DENUNCIA- GOYA"

Goya, 27 de Marzo de 2019

AUTO Nº: 347

**AUTOS: "F. M. SU DENUNCIA - GOYA"; EXPTE. Nº 28.834
(27515/18);;**

Y VISTO: 1) Que se inicia la presente causa con denuncia policial de M. F., quien expresa que su hija X.X. de 15 años el 16/12/17 siendo las 5 y 29 recibió un whatsapp de un numero desconocido, 3777539239, donde quería dar a conocer su identidad y le pedía para que sean novios por whatsapp, así también le pedía fotos suyas, su hija contestaba ya que el se hacía pasar por otra persona, le dio un nombre falso, GASTON SANTORO, y en un momento le llegó a decir que el siempre consigue lo que quiere, y que si le decía quien era ella le cortarían el rostro, se escribieron durante todo el día hasta que su hija no quiso contestar mas cuando le dijo que tenía treinta y pico; después ya no hubo mas mensajes pero nunca supieron quien era, hasta que el 26/12/17 en el grupo de familia y amigos que tienen el señor C.G. C. cambia su numero por otro y ese otro numero era el que le estaba escribiendo a su hija, ese hombre es un amigo de la familia de hace muchos años, por eso en un mensaje le dijo a X.X. que la conoce desde pequeña y que la vio crecer, C.G. C. tiene aproximadamente 35 años y conoce todo de la familia, por eso radica la presente denuncia, por temor a que intente algo ya que al ir a su domicilio el niega que le escribió a su hija



diciéndole que le prestó su celular a un amigo pero no quiera dar el nombre de ese supuesto amigo.

2) Que se agrega a fs.5-26: capturas de pantallas

de conversaciones vía whatsapp, 24: fotocopia de DNI de X.X., 26: informe del Psicólogo de la Policía respecto de M. F., 51: testimonio de W. N. S., 58: exposición policial de M. F., 59-60: informe de la audiencia a tenor del Art. 250 bis del C.P.P. respecto de X.X., 62: fotocopia de partida de nacimiento de X.X., respectivamente.

3) Que a fs. 45 se glosa el acta de declaración de imputado de C.G. C., quien expresa que haciendo uso del derecho que la ley le acuerda se abstiene de prestarla.

Y CONSIDERANDO: I) Que en opinión del suscripto existen

en autos indicios suficientes para incriminar “prima facie” a C.G. C., por el hecho que se investiga.

II) Que M. F. expresa en su denuncia

que es madre de la menor X.X., que recibió un whatsapp el 16/12/17 a las 5 y 29 de un desconocido quien le pedía mantener una relación de noviazgo y fotos, haciéndose pasar por GASTON SANTORO, escribiéndose todo el día hasta que le dijo que tenía 30 y pico de años, luego no hubo mas mensajes hasta que el 26/12/17 C.G. C., en un grupo de whatsapp de amigos y familiares cambió su número y el otro número era del cual le había escrito a su hija, siendo este amigo de la familia, yendo el día 29/12/17 al domicilio del mismo el que manifestó que había prestado su celular a un amigo de quien no dio el nombre; absteniéndose el imputado de prestar declaración sin que ello haga presunción alguna en su contra; relatando la menor que ese domingo efectivamente recibió un mensaje de un desconocido el que se llamaba GASTON, el que le pedía fotos y ser su novio por whatsapp, también de encontrarse en una plaza a lo que se negó,



comentándole lo ocurrido a su madre y luego descubrieron que se trataría de un conocido de la familia, G.; refiriendo el padre de la víctima, W. N. S., que el imputado era amigo de la familia y todo sucedió como lo tiene denunciado su esposa, recibiendo una noche un llamado del imputado quien le pasó para que hablara con otra persona, la que le pidió disculpas y admitió ser él quien había mandado los mensajes a su hija, incluso le pidió verse personalmente para disculparse, lo que no aceptó ya que consideró que era una mentira, desconociendo de quien se trata esta persona; obrando fotocopia de los mensajes intercambiados por la menor supuestamente con el prevenido en que efectivamente éste le solicita una foto, tener un encuentro en la plaza, proponiéndole que sea su novia, entre esos mensajes se puede leer *“mirá esos labios” “deben besar muy rico” “ayer eras tan pequeña (...) y ahora estas toda una mujer (...) me volvés loco”*; contándose con una fotocopia en la cual el número que contactara a la menor 3777-539239, fuera cambiado del 3777-200112 para inmediatamente regresar a dicho número; pudiendo tenerse por acreditado con el grado de probabilidad que requiere el auto de procesamiento que el encausado contactara a la menor de 15 años de edad al momento de comisión del hecho, ya que el mismo prevenido le admite al padre de la niña que los mensajes provenían de su línea de celular si bien alega en su descargo lo había prestado a un tercero quien fuera el autor de los mensajes, tercero que supuestamente luego telefónicamente admite la situación, pero que nunca se presentara en persona, aún ante la grave situación respecto de la conducta que se le atribuía al encausado y que éste prefiere soportar las consecuencias de lo hecho por el “tercero” a revelar su identidad; por lo que se ha arribado al grado de probabilidad necesaria para esta etapa del proceso para tenerse por acreditada la existencia material del hecho y la autoría responsable del encartado, tipificando su conducta el delito de **CONTACTO CON MENOR CON EL PROPOSITO DE ATENTAR CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL**

(GROOMING) (Art. 131 del C.P.), dado que el día 16/12/17 aproximadamente a las 5 y 29 inició un contacto telefónico mediante mensajes de whatsapp desde el



número 3777-539239 al número 3777-221744, con la menor, a la fecha con 15 años de edad, a quien conocía, ocultando su identidad haciéndose pasar por una persona de nombre GASTON, contacto que tenía el propósito evidente de cometer un delito contra la integridad sexual de la niña, denotándose ello en los mensajes que le envía y que se hallan en las capturas de pantalla glosadas en autos, los que se inician con preguntas de su actividad y de sus relaciones sentimentales, pasando a halagarla físicamente y de indudable contenido sensual, solicitándole una foto y tratando de mantener un encuentro en la plaza, aumentando paulatinamente la intensidad de tono del intercambio de mensajes ya que hace insinuaciones y observaciones impropias por parte de un desconocido, mayor de edad hacia una menor de edad, en cuanto a los labios, a la manera de besar, expresar que ya es una mujer y que lo vuelve loco, haciendo ello indiscutible que la intención del prevenido era atender contra la integridad sexual de la misma; teniendo el intercambio mantenido entre el encartado y la niña todas las características de los delitos informáticos, el anonimato que dan las redes sociales, la facilitación de la identidad falsa por parte del adulto, el aprovechamiento de la inexperiencia sexual del menor con quien se contacta y con quien tratan de organizar un encuentro u obtener material íntimo; así en tal sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 6, el 4/12/17, en autos CCC12758/2016 ha sostenido, confirmando el procesamiento dictado por el

Juzgado Criminal y Correccional N° 10, que: ***“El contenido de los chats es mas que sugestivo ya que utiliza frases como ‘sabes guardar secretos, me pareces re linda, nos podemos encontrar y ver, te llevo al río a andar en moto de agua’ y, por si no fuese suficiente las imágenes que mandó despejan cualquier duda al respecto dado que responden a su miembro viril (...) en este tipo de delitos, dificultar la conexión del autor con el hecho, no obstante, la seguridad con que la damnificada lo identificó permite superar el punto (...) pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito (...) La palabra grooming, que proviene del término inglés groom, significa***



preparar o entrenar para un objetivo específico o actividad concreta. Constituyen la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológicas, facilitando su propósito sexual (...) Esta conducta tiene una intención determinada que podemos dividirlas en etapas o fases (...) una inicial o de relación donde se trata de acercarse al menor generalmente suplantando identidad (...) una intermedia o de amistad (...) pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil (...)”; estando en la conducta del prevenido que se describe, sintetizados los elementos del tipo objetivo y la ultra intención que también exige el tipo, el propósito de cometer un delito sexual en perjuicio del menor, no pudiendo tener otra interpretación el hecho que el encausado mayor de edad haya contactado a la niña de 15 años de edad proponiéndole noviazgo, haciéndole insinuaciones de contenido erótico y un encuentro; habiéndose vulnerado así el bien jurídico protegido que es la integridad sexual y psicológico de los menores de edad; siendo tal conducta reprochable, aun cuando no haya existido peligro de lesión para el bien jurídico protegido; en ese sentido JORGE BUOMOPADRE en su obra “GROOMING” señala: **“Vale decir, que el ilícito en cuestión se satisface con una conducta que no significa otra cosa que “contactarse”, “relacionarse”, “vincularse”, “comunicarse”,...con un menor de 18 años de edad, a través de alguno de los medios tecnológicos existentes..., con la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual en perjuicio del mismo, sin que el tipo requiera de actos materiales alguno (ni previos ni ulteriores a la acción básica) que pudieren poner en riesgo real de lesión al bien jurídico protegido, circunstancia que implicara, de seguro, cuestionamientos y dificultades no solo en la faz probatoria (en particular, del dolo del delito y de su elemento subjetivo finalístico), sino en cuanto a cuestiones de justicia material, ya que solo se estaría castigando la tentativa de la tentativa de un delito sexual.”** Es por lo expuesto que,,,,;



RESUELVO: 1º) Dictar **AUTO DE PROCESAMIENTO** en contra de C.G. C., de 36 años de edad, soltero, empleado, de nacionalidad argentina, nacido en Goya, el día 06/09/82, DNI: 29.803.013, domiciliado en , estudios secundarios incompletos, hijo de O.C. y de M. A. B.; por hallarlo incurso “prima facie” en la comisión del delito de **CONTACTO CON MENOR CON EL PROPOSITO DE ATENTAR CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL (GROOMING) (Art. 131 del C.P. y Art. 303 del C.P.P.)**, lo que se notificará en forma personal.

2º) Dictar **AUTO DE PRISION PREVENTIVA** en contra de C.G.

C, de condiciones personales referenciadas; por hallarlo incurso “prima facie” en la comisión del delito de **CONTACTO CON MENOR CON EL PROPOSITO DE ATENTAR CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL (GROOMING) (Art. 131 del C.P. y Art. 308, del C.P.P.)**, ordenándose en consecuencia su **INMEDIATA DETENCIÓN**, lo que se notificará en forma personal.

3º) **CÍTESE** a prestar declaración testimonial a **M. F.** para el 14/5/19 a las 9, bajo apercibimiento de ley, lo que se notificara en forma personal.

4º) **SOLICITESE** a la empresa PERSONAL informe de titular de la línea 3777-221744 y si los números 3777-20112 y 3777-539239 corresponden a un abonado de esa empresa, titular y domicilio de éste; mismo informe se requerirá de las empresas CLARO y MOVISTAR.

5º) **RECARATULESE** la presente causa según lo aquí dispuesto.

6º) **REGISTRESE**, Notifíquese, Oficiése.- **DESE** cumplimiento a lo dispuesto por la Ley Nacional de Reincidencia. (**Ley 22.117**).