

Capítulo 5

Marco normativo sobre el estado de situación del derecho a un uso seguro y responsable de las TIC

Por Sergio Balardini

Integradas las TIC en la vida cotidiana, a través de la digitalización y la convergencia tecnológica, su masividad introduce nuevas realidades y desafíos a medida que el universo de incluidos se amplía y diversifica.

En ese marco, “la velocidad con que surgen nuevos avances tecnológicos representa una barrera flagrante para tomar medidas más a tiempo. La industria de las TIC está muy adelantada respecto de los gobiernos y la mayoría de las comunidades, y muchos padres luchan por estar al tanto de los más recientes juegos de Internet que juegan sus hijos, por lo menos, sin darse cuenta realmente de las complejidades de la plataforma **-1-**”

Asimismo, el contraste entre legislaciones nacionales y entorno global, afecta la posibilidad de intervenciones más próximas (en tiempo y espacio) frente al imperio de la urgencia. Al mismo tiempo, conceptos relevantes para la vida democrática, como “libertad de expresión” en su referencia al mundo adulto, entran en tensión con la necesaria protección de la infancia y adolescencia, dotando de mayores dificultades, contrastes, y pujas de sentido e intereses (simbólicos y materiales), complejizando las respuestas y los vínculos entre diferentes actores.

En línea con esas consideraciones, el presente trabajo procura sobrevolar la normativa que existe actualmente en países de la región, a través de la revisión de Convenciones, Tratados, Protocolos, Leyes, Códigos civil y penal. Esta primera aproximación a herramientas del derecho, permite visibilizar y darnos una idea de los instrumentos con que contamos y, frente a la necesidad de protección ante los nuevos delitos, fortalecer las existentes o generar nuevas herramientas.

5.1 Marco Jurídico Internacional

Podemos referir, como piso normativo en temas de derechos, la existencia de un Marco Jurídico Internacional compuesto por una serie de instrumentos vinculados con los derechos humanos, “que reflejan las decisiones que adopta la comunidad jurídica internacional y están plasmados en convenciones o tratados, declaraciones, pactos y protocolos, entre otros. Las convenciones o tratados son acuerdos entre los Estados que, una vez ratificados, asumen carácter vinculante y pasan a integrar el marco normativo nacional, en un orden jerárquico superior a las leyes” **-2-**.

Para el caso de la protección de niños, niñas y adolescentes en relación a su presencia en los entornos TIC, contamos en la región, con los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; y, en el marco de los protocolos relacionados a la CIDN, el “Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño” respecto a la “Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Como elementos comunes en los artículos de estos instrumentos jurídicos, que constituyen referencia directa, aparecen los siguientes:

El concepto de no injerencia arbitraria en la vida privada (o abusivas) de las personas, sus familias, su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, y la protección de la ley contra tales injerencias o ataques, presentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 12), y que también encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Art. 11) y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (Art. 16).

El concepto de medidas de protección a las niñas y niños, expresados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Art. 19 y 25), y en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (Art. 3 y 34). Asociado a ello, podemos encontrar la exigencia de legislación penal pertinente, presente, en el “Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño” respecto a la “Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” (Art. 3). En una línea similar, se expide la Convención sobre Ciberdelito de Budapest (Art. 9) **-3-**.

Y, por sobre todo, merece atención destacada, el concepto de “interés superior del niño”, que se halla en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (Art. 3): “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

(Art. 3). Este artículo suele ser motivo de polémica en consideración a la tensión que establece con otros derechos reconocidos por los Estados, principalmente con un derecho clave en las sociedades democráticas, impreso a fuego en sus normas constitucionales, como es el “derecho a la libertad de expresión”, que debe resolver, en cada caso, la justicia **-4-**.

Por otra parte, varios países han adherido a la Convención Iberoamericana de la Juventud (en el caso de Uruguay, aprobada por la ley 18.270; 1978), que entiende sobre un franja poblacional que va de los 15 a los 24 años **-5-**. Esta Convención, garantiza un amplio arco de derechos, entre los cuales, se especifican el “Derecho a la protección contra los abusos sexuales” (Artículo 11) **-6-** y el “Derecho al honor, intimidad y a la propia imagen” (artículo 15) **-7-**.

5.2 Marcos Jurídicos Nacionales

Todos los países de la región han ido adecuando su legislación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a la cual han adherido, en consecuencia, este instrumento ha devenido una herramienta presente en todos los sistemas judiciales a través de variadas Leyes de Protección Integral **-8-**. En el marco de estas legislaciones, por su amplitud, puede considerarse que la protección de derechos enunciada, incluye a su ejercicio en entornos tecnológicos (o a través de recursos que lo son), más allá de su especificidad.

Entre otros puntos, incluyen:

“Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior.”

“la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, y a protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación.

“prohibición de la comercialización, prostitución y pornografía, y la utilización en pornografía de niños, niñas y adolescentes.” (subsidiaria entre padres y Estado).

“Derecho a la protección de la imagen de niños, niñas y adolescentes”, prohibiéndose el “disponer o divulgar, a través de cualquier medio, la imagen y datos de los niños, niñas y adolescentes en forma que puedan afectar su desarrollo físico, moral, psicológico e intelectual, su honor y su reputación, o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada e intimidad familiar o que puedan estigmatizar su conducta o comportamiento”.

Aparte de ello, los países cuentan con otras normas de promoción y protección de derechos. Tal vez el más relevante sea el caso de Paraguay, país en su misma Constitución (1992), con-

tiene un artículo (54) que expresa “los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente **-9-**”.

En cuanto a los marcos jurídicos y normativos específicos, en la región, se pueden reconocer los siguientes campos de intervención:

A) Normas de promoción de derechos y protección en relación al acoso entre pares (bullying);

B) Normas sobre dispositivos tecnológicos protectivos;

C) Normas del sistema penal relativas a:

C1) Acoso adulto sobre niños/as y adolescentes (grooming)

C2) Tráfico y difusión de imágenes, pornografía infantil (sexcasting; sextorsión).

A) Promoción de derechos y protección en relación al bullying/ciberbullying.

Se trata de leyes (y programas) orientadas a promover prácticas saludables de vida, en general, conteniendo artículos o menciones específicas al uso de herramientas tecnológicas. Suelen, referir a la “formación en valores”, y, al “ejercicio de derechos”. Su objetivo explícito suele ser promover la “convivencia escolar”, o bien, mitigar la “violencia escolar”.

Junto a normativas generalistas, encontramos otras que refieren, particularmente, al “combate al fenómeno del bullying”. Todas estas normas, se enmarcan dentro del sistema de educación y su aplicación incluye tanto a las instituciones de enseñanza de gestión pública, como privada. Sin embargo, sus alcances y definiciones difieren en amplitud y especificidad.

En algunos casos, incluyen: desde la prevención hasta la atención posterior al hecho, asistencia médica, psicológica y legal. En otros, se propone la creación de redes u observatorios. La ley argentina tiene un capítulo que lleva por título “Investigación y recopilación de experiencias **-10-**”.

En unos pocos países estas normas incluyen una sanción económica para adultos e instituciones responsables que, por acción u omisión, no impidieran estas acciones. También la destitución de autoridades en institutos. Es el caso del anteproyecto de ley de México (Estado Federal) **-11-**, **-12-**.

Una particularidad, a contramano del concepto más extendido, es el caso de Perú, que da un lugar relevante a las sanciones a los estudiantes. En el caso de la ley argentina, se expresa, en cambio, que las sanciones “Deben tener un carácter educativo, enmarcándose en un proceso que posibilite al educando hacerse responsable progresivamente de sus actos, según las características de los diferentes niveles y modalidades”, a la vez que “garantizando el derecho del estudiante a ser escuchado y a formular su descargo”. Y, junto a ello, “Quedan expresamente prohibidas las sanciones que atenten contra el derecho a la educación o que impidan la continuidad de los educandos en el sistema educativo”.

Otro aspecto singular, también en la ley argentina, es que se valora la participación de los sujetos, al punto que “Queda expresamente prohibida cualquier norma o medida que atente contra el derecho a la participación de los docentes, estudiantes o sus familias en la vida educativa institucional”.

Abordando otro aspecto, hay que señalar que los términos utilizados en las normas suelen ser diferentes desde “hostigamiento e intimidación” (Puerto Rico), hasta el más común “acoso”. Y, en cuanto al marco conceptual mayor, se habla de “convivencia”, “seguridad”, “violencia”, y, “derechos”. En este punto, no siempre el lenguaje en que se presentan las normas parece acorde a las expresiones de valores de paz social y respeto al otro que dicen encarnar. Algunas parecen reflejar una idea de procesos sociales, mientras otras, de producto.

De estas normativas, se han derivado programas específicos o la integración del tema a las currículas de diferentes materias o disciplinas **-13-**.

En cuanto al tema del acoso o bullying, queda pendiente la pregunta sobre el acotamiento normativo restringido a la institución escolar, e inversamente, si esta es la única institución de la sociedad que amerita tener una normativa al respecto, quedando afuera, organizaciones sociales, deportivas, religiosas y otras, cuando el acoso se produce en cualquier ámbito social, y no solamente en el escolar.

B) Normas y dispositivos tecnológicos protectivos. Filtros y regulación.

Se trata de normativas que buscan evitar circunstancias de riesgo mediante la aplicación de elementos tecnológicos que medien en la relación del sujeto y el dispositivo con el que interactúe (bloqueos de páginas; filtros en destino). También incluyen códigos de conducta y acceso a establecimientos del tipo “café internet”.

Colombia dictó la ley 1336 (2009) por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 (2001), de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes. En dicha norma, se requiere de los proveedores de internet, mecanismos o filtros de control para el bloqueo de páginas con contenido de pornografía con menores de edad en Internet. También, conceder acceso a sus redes a las autoridades judiciales y de policía cuando se adelante el “seguimiento a un número IP desde el cual se produzcan violaciones a la presente ley”. En la misma, aparece la figura de la “autorregulación” en establecimientos públicos, con reglamentos de uso y códigos de conducta.

En Costa Rica, la ley N° 8934 (2011), “Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia frente al contenido nocivo de Internet y otros Medios Electrónicos”, regula los “Cafés Internet”, estableciendo que se deben utilizar filtros en estos locales.

En Perú, la ley 28119 (2011) “prohíbe el acceso de menores de edad a páginas Web de contenido pornográfico”, y establece la obligación a los “establecimientos de cabinas públicas que brindan servicios de acceso a Internet”, de que los menores de edad que concurran a sus establecimientos no tengan acceso a Páginas web de contenido y/o información pornográfica que atenten contra su integridad moral o afecten su intimidad personal y familiar.

En Venezuela, se sancionó en 2006, la “Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, videojuegos y otros multimedia” (38.529; 2006). Regula el acceso y permanencia de niños y adolescentes en locales con la exigencia de que los espacios sean adecuados y puedan ser supervisados por adultos. Prohíbe “el acceso a información y contenidos que promuevan, hagan apología o inciten a la violencia, a la guerra, a la comisión de hechos punibles, al racismo, a la desigualdad entre el hombre y la mujer, a la xenofobia, a la intolerancia religiosa y cualquier otro tipo de discriminación, a la esclavitud, a la servidumbre, a la explotación económica o social de las personas, al uso y consumo de cigarrillos y derivados del tabaco, de bebidas alcohólicas y demás especies previstas en la legislación sobre la materia y de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como aquellos de carácter pornográfico...” Asimismo, prohíbe, que las personas en general tengan acceso a pornografía de niños, niñas o adolescentes, así como a información que promueva o permita su abuso o explotación sexual.

En Argentina, la Ley 25.690 (2002), “Proveedores de internet”, expresa que las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet.

Si bien este tipo de respuestas no están consideradas como las más efectivas, que son aquellos centradas en el desarrollo de capacidades en el sujeto, acompañan, generalmente, las iniciativas de protección en casi todos los casos.

C) Normas del sistema penal.

Son varios los países de la región que han ido generando legislación penal referida al grooming (acoso de un adulto a niñas/os y adolescentes) o “preparación en línea para el abu-

so” (del verbo “groom” referido a conductas de acercamiento, preparación). Pero, también, se han ido sancionando normas referidas a la pornografía infantil por internet, o al envío de imágenes de niñas/os y adolescentes.

C1) Acoso adulto. Grooming.

Costa Rica, Argentina y Chile son los primeros países de la región en tipificar y sancionar específicamente la práctica del grooming, mediante distintas formulaciones normativas.

En el grooming, el objetivo del adulto puede ser tanto conseguir fotos del menor –en situación de desnudez o afectando su intimidad–, conseguir ciertas acciones frente a una cámara, como establecer un contacto físico y abusar sexualmente de él. La seducción puede finalizar en el abuso, o en la obtención de imágenes (u otro tipo de información). Puede ser realizado mediante un identidad falsa, o no.

Dependiendo de la tipificación concreta del delito imputado y sus características, varían los años de prisión que definen estas leyes, yendo, en general, desde el año de prisión a los 4 años de cárcel.

Costa Rica, ha modificado el código penal (Ley 9135, art. 167 bis ; 2013) para incluir la figura del grooming. El artículo 167 bis “Seducción o encuentros con menores por medios electrónicos”, lo regula de la siguiente forma: Será reprimido con prisión de uno a tres años a quien, por cualquier medio, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no imágenes, videos, textos o audios, con una persona menor de quince años o incapaz. La misma pena se impondrá a quien suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa, por cualquier medio, procure establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que se incluyan o no imágenes, videos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz. La pena será de dos a cuatro años, en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores, cuando el actor procure un encuentro personal en algún lugar físico con una persona menor de edad o incapaz”.

En Chile, la ley 20.526 modificó el Código Penal, agregando al art. 366 quáter (sobre abuso sexual a menores) dos incisos referidos expresamente al grooming: 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.

Una reflexión particular merece la ley Argentina.

Mediante la ley 26.904 (2013) se incluyó el art. 131 en el Código Penal que expresa: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro 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”.

Sin embargo, más allá de su sanción, es interesante observar los avatares de su debate parlamentario y los cuestionamientos que ponen de relieve las diferencias en su tratamiento y diferentes perspectivas conceptuales.

El proyecto votado por unanimidad en el Senado de la Nación, recibió modificaciones en la Cámara de Diputados, las que fueron rechazadas posteriormente por los Senadores, resultando sancionada la versión original propuesta en el Senado. Empero las modificaciones propuestas por los diputados merecen ser analizadas.

Son las siguientes:

- 1) Que la escala penal fuera reducida a dos meses a dos años de prisión;

Por el hecho de que otros delitos que implican el acto físico mismo (el abuso) son sancionados con la misma escala. Y estaría equivaliéndose la “preparación” con el hecho.

2) Que el delito pasara a ser de acción privada; “el tipo penal propuesto no establece si se trata de un delito de acción pública o dependiente de instancia privada. Así, puede darse el caso de que el delito cuya finalidad se persigue con el “contacto” sea dependiente de instancia privada y el “grooming” sea interpretado como de acción pública, con las consecuentes complejidades procesales que dicha situación conllevaría. **-14-**”

3) Que se distinga según la víctima tuviese más o menos de 13 años de edad; “el proyecto no distingue la edad del menor, de manera tal que del texto del dictamen se desprende que la víctima del delito de grooming puede ser cualquier persona menor de dieciocho años. Es por ello que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, considero necesario que el tipo penal solo se aplique para el caso en que la propuesta de encuentro con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual, sea dirigida por un mayor de edad a una persona menor de trece años de edad. **-15-, -16-**”

4) Que a través de Internet se hubieran enviado imágenes explícitas o actos de connotación sexual y que mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación. En la redacción establecida, en cambio, “incrimina la conducta de quien “contacte” a una persona menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual en su contra. De esta forma, la mera comunicación, comprobada la ultrafinalidad exigida, basta para la realización del tipo.” Además, “se procura un adelantamiento de la punibilidad a lo que es en realidad un acto preparatorio del delito cuya comisión se perseguiría, que no se enmarca adecuadamente al exigir el mero “contacto” y completarlo con un elemento exclusivamente subjetivo de difícil determinación. **-17-**”

Lo expuesto en los párrafos anteriores, refleja la necesidad de debatir la norma lo suficiente como para dotarla de la necesaria solidez interna y coherencia con el resto de la normativa legal.

En la región, entre otras leyes que pueden aplicarse, aún sin mentar el grooming como tal, debemos mencionar a la ley 53 (2007) de República Dominicana, que sanciona el ejercicio de “atentado sexual contra un niño, niña, adolescente, incapacitado o enajenado mental, mediante la utilización de un sistema de información o cualquiera de sus componentes”. Este amplio enunciado, podría incluir al grooming.

Finalmente en un relevamiento sobre proyectos de ley en los parlamentos, encontramos proyectos presentados en Paraguay, Perú, México y Uruguay. Es posible que, a la fecha, los haya en todas las legislaturas de los países de la región.

Por otra parte, más allá de las normas específicas sobre grooming, también en los códigos penales, encontramos artículos y figuras que pueden referenciarse, por ejemplo, el CP de Paraguay, sobre amenaza y coacción sexual (“en forma apta para alarmar, amedrentar o reducir su libertad de determinarse”; artículos 122 y 128), abuso sexual en niños (Artículo 135). En el caso de Uruguay, para disponer de otro ejemplo, cumplen función parcialmente similar, los artículos 273 (Atentado violento al pudor) y 274 (Corrupción).

C2) Tráfico y difusión de imágenes; pornografía infantil.

También en ese caso, disponemos de leyes específicas, tanto como artículos en los códigos penales de cada país, que reprimen la pornografía infantil y el tráfico de imágenes. Tanto sea difusión o exhibición de material pornográfico que pueda ser accedido por niñas /niños, como la imagen de los mismos. Se trata de artículos sencillos con sanciones penales y, en ocasiones, pecuniarias. En algunos casos, se aborda el tema desde el encuadre de “delitos tecnológicos”, y, en otros, de “pornografía infantil”, cuya perspectiva es la integridad sexual del sujeto.

Entre algunas de las nuevas normas sancionadas, tenemos, por ejemplo:

República Dominicana, dictó la ley No. 53-07, “Contra Crímenes y Delitos de Alta Tecnología”. En ella, se tipifican y abordan diversos delitos, como el Chantaje (Artículo 16), el Robo de Identidad (Artículo 17), el Uso de Equipos para Invasión de Privacidad (Artículo 19), la Difamación (Artículo 22).

En particular, son de interés los referidos a “Atentado Sexual (contra niños/as)” (Artículo 23), y la “Pornografía infantil” (producción y adquisición/posesión) (Artículo 24), que establecen sanciones penales y pecuniarias.

En Venezuela, la “Ley especial contra los delitos informáticos” (2001), incluye un capítulo específico (IV) dirigido a sancionar delitos cometidos contra niños, niñas o adolescentes. Allí encontramos los siguientes artículos:

Artículo 23. Difusión o exhibición de material pornográfico. El que por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, exhiba, difunda, transmita o venda material pornográfico o reservado a personas adultas, sin realizar previamente las debidas advertencias para que el usuario restrinja el acceso a niños, niñas y adolescentes será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

Artículo 24. Exhibición pornográfica de niños o adolescentes. El que por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, utilice a la persona o imagen de un niño, niña o adolescente con fines exhibicionistas o pornográficos, será penado con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias

Como ejemplo de una ley que modifica el Código Penal, En Paraguay, la ley 4439 (2011), “Ampliación de Código Penal sobre delitos informáticos”, modifica y amplía varios artículos de la Ley No 1160/97 (Código Penal) en lo referente a hechos punibles de pornografía relativa a niños y adolescentes, mediante acceso indebido a datos, interceptación de datos, programas de computación, y otros.

De modo similar, en Argentina, se sancionó la Ley 26.388 (2008), “Delitos Informáticos”, cuyo 2do artículo sustituyó el artículo (128) del Código Penal, por el siguiente: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores”.

Por último, en el ítem referido a normas penales, es Llegados a este punto, es necesario hacer algunos menester incluir a las leyes de protección de datos, señalamientos: como la Ley 18.331 (2008) de Uruguay, sobre Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data. En ellas, hallamos la exigencia del resguardo de los datos, preservando su seguridad, la responsabilidad de proveedores y el uso reservado de las mismas, que deben ser utilizadas para los fines legales originarios prohibiendo su difusión a terceros. El caso de Uruguay, sirve además, para señalar que las Constituciones Nacionales suelen incorporar artículos que garantizan la inviolabilidad de papeles personales y correspondencia, como en su caso (artículo 28): “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

Otro ejemplo que puede mentarse, es el de la legislación argentina, que mediante la ley 25.326 (2000), “Protección de los datos personales”; protege integralmente los datos personales que se hallen registrados, incluyendo la definición de “datos sensibles”, como aquellos que “revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”.

COMENTARIOS FINALES

Poco a poco la región va asumiendo la necesidad de adecuar sus normativas a las nuevas realidades tecnosociales devenidas de la digitalización de los entornos.

Llegados a este punto, es necesario hacer algunos señalamientos:

En primer lugar, sostener la posición de que las propuestas se inscriban conceptualmente en una perspectiva de DD.HH., contemplando diferencias de edad y género. Junto a ello, una programación participativa, que fomente la apropiación colectiva de los conceptos.

En cuestiones de discriminación, aportar respuestas orientadas a la educación en valores, más que a sanciones administrativas que no aportan a la cuestión de fondo, y a impedir su reproducción.

Va de suyo, el derecho penal no es el ámbito apropiado para evitar o impedir la discriminación, sino un disuasivo y sólo en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias. Asimismo, porque no es deseable contribuir a una inflación del sistema penal como última ratio de toda conducta socialmente reprochable.

En cuanto a la normativa futura, sería importante consensuar definiciones que permitan avanzar hacia la construcción de un marco común. Ejemplos de ello: “convivencia escolar” o “contra la violencia escolar”; ciberacoso, ciberintimidación o ciberbullying, práctica “sostenida en el tiempo” o contingente.

Del mismo modo, contemplar las diferentes herramientas que se han puesto en marcha, en el caso del ciberacoso, desde la prevención a la atención, pasando por líneas dedicadas y la creación de observatorios y dispositivos participativos en las instituciones escolares.

En cuanto al “grooming”, considerar la experiencia de la sanción de las primeras leyes (Costa Rica, Argentina y Chile), y, en particular, el debate alrededor de la ley argentina, acerca de franjas de edad, escalas de sanciones y evitar la subjetividad en la definición del “acto preparatorio”, que se detalló en su ítem.

Respecto a la sanción del tráfico de imágenes, hay suficiente normativa producida en extensión y profundidad, que puede ser revisada, frente a la necesidad de actualización respecto a los entornos tecnológicos.

Algo similar puede decirse respecto a la “protección de datos” (Argentina, Paraguay, Uruguay, etc.) y la prohibición de publicar o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables. Se incluyen temas de intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminación, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias, en general, y, en particular de niñas y niños.

Para finalizar, retomamos las recomendaciones del Memorándum de Montevideo (28 de julio de 2009), cuya referencia conceptual es la Convención Internacional de Derechos del Niño:

“La creación, reforma o armonización normativa deben hacerse tomando como consideración primordial el interés superior de niñas, niños y adolescentes”. En ese mismo sentido, asumir que “Debe asegurarse que cualquier acción u omisión contra una niña, niño o adolescente considerada ilegal en el mundo real tenga el mismo tratamiento en el mundo virtual, siempre garantizando su bienestar y la protección integral a sus derechos.”

Los Estados deben legislar el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes directamente o por medio de sus representantes legales, a solicitar el acceso a la información que sobre si mismos se encuentra en bases de datos tanto públicas como privadas, a la rectificación o cancelación de dicha información cuando resulte procedente, así como a la oposición a su uso para cualquier fin.

Debe desarrollarse una adecuada regulación para el funcionamiento de los centros de acceso a Internet (públicos o privados) que puede incluir, por ejemplo, la obligación de utilizar mensajes de advertencia, filtros de contenido, accesibilidad para las niñas, niños y adolescentes, etc.”

Y, especialmente, “Desarrollar capacidades en los actores jurídicos involucrados en materia de protección de datos, con especial énfasis en la protección de niñas, niños y adolescentes.” Para lo cual, sería de utilidad el desarrollo y difusión de “una base de datos sobre casos y decisiones (fallos judiciales o resoluciones administrativas anonimizadas) vinculada a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, en especial a Internet y las redes sociales digitales,”

Finalmente, se debe garantizar:

“Que existan procesos judiciales y administrativos sencillos, ágiles, de fácil acceso y que sea tramitados con prioridad por parte de los tribunales y autoridades responsables.

Las sanciones judiciales por los daños derivados tienen la ventaja de ser una respuesta inmediata, eficiente y capaz de desincentivar los diseños peligrosos.

Se debe establecer un canal de comunicación que permita a los niños, niñas y adolescentes presentar las denuncias que puedan surgir por la vulneración de sus derechos, en materia de protección de datos personales.”

“Los niños, niñas y adolescentes deben conocer que la distribución de contenidos prohibidos por la regulación local y regional (en especial la pornografía infantil), el acoso (en especial el acoso sexual), la discriminación, la promoción del odio racial, la difamación, la violencia, entre otros, son ilegales en Internet y en las redes sociales digitales y están penados por la ley.

Asimismo se debe informar sobre los mecanismos de protección y las responsabilidades civiles, penales o administrativas que existen cuando se vulneran derechos propios o de terceros en la red.”

Notas

-1- ECPAT Internacional 2005. P9.

-2- UNICEF 2012. P. 49.

-3- Primera convención internacional sobre el tema redactada por el Consejo de Europa, junto a Estados Unidos, Canadá, Japón, Costa Rica, México y Sudáfrica, a la que han adherido terceros países con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, en el caso Argentino, la Ley 26.032. Servicio de internet y libertad de expresión. (18-05-05). Artículo 1: La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

-4- A la fecha, han ratificado la CIDJ: República Dominicana, Ecuador, Costa Rica, Honduras, España, Uruguay y Bolivia. Firmaron el tratado y su ratificación esta en proceso: Cuba, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela.

-5- Los Estados Parte tomarán todas las medidas necesarias para la prevención de la explotación, el abuso y el turismo sexual y de cualquier otro tipo de violencia o maltrato sobre los jóvenes, y promoverán la recuperación física, psicológica, social y económica de las víctimas.

-6- Los jóvenes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias y formularán propuestas de alto impacto social para alcanzar la plena efectividad de estos derechos y para evitar cualquier explotación de su imagen o prácticas en contra de su condición física y mental, que mermen su dignidad personal.

-7- En el caso de Uruguay, la Ley N° 1.680, instituye el Código de la Niñez y la Adolescencia (2001)

-8- En Argentina, La ley 26.061 (2005), “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, expresa con claridad el concepto de “interés superior del niño”: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (artículo 3); y, en su artículo 5: Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica:

1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;

2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas.

-9- Artículo 54.-De la protección al niño. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

-10- Ley para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas (Ley 26.892; 11 de septiembre de 2013).

-11- El Estado de San Luis Potosí, ha puesto en marcha (08/15) una ley basada en el anteproyecto federal.

-12- Puerto Rico, enmendó en 2010, la ley 149 (1999) “Ley Orgánica del Departamento de Educación de Puerto Rico” y la Ley 148 (1999) “Ley del Consejo General de Educación de Puerto Rico de 1999”, estableciendo penalidades a las instituciones públicas y privadas y a los estudiantes que incumplan con la reglamentación que rige los actos de hostigamiento e intimidación (“bullying”) entre estudiantes; y para otros fines.

-13- Entre los países que incluyen estas iniciativas están: Colombia (Ley 1620; 2013); Chile (Ley 20.536; 2011), refiere al acoso “ya sea por medios tecnológicos o cualquier otro medio”.; Perú (Ley 29.719; 2011); Puerto Rico (Ley 256; 2012); México DF (2012), pero casi todos los Estados tienen alguna ley; Argentina (Ley 26.892; 2013); Paraguay (Ley 4.633; 2012. Contra el acoso escolar en instituciones educativas públicas, privadas o privadas subvencionadas).

-14- Observaciones a la Orden del Día N° 2164, que contiene el dictamen de la Comisión de Legislación Penal y Familia sobre el proyecto de ley por el que cual se incorpora el delito de “grooming” como artículo 131 del Código Penal de la Nación. Realizadas por el Diputado Manuel Garrido. 25-06-13.

-15- Id. Ant.

-16- Art. 119 del CP (“Delitos contra la integridad sexual”). “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder...”

-17- Id. Ant.