

# ¿MENORES INFRACTORES O VÍCTIMAS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL?<sup>1</sup>

## Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *Sexting*

**José R. Agustina**

*Profesor de Criminología y Derecho Penal  
Universitat Internacional de Catalunya*

---

AGUSTINA, José R. ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *Sexting*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, núm. 12-11, p. 11:1-11:44. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 12-11 (2010), 24 dic]

**RESUMEN:** Ante la aparición de los nuevos fenómenos de “*Sexting*”, existe en la actualidad cierta des-orientación en las estrategias de política criminal en tanto que algunas tendencias, a pesar de tener el propósito evidente de proteger a la infancia y a la adolescencia, se encaminan en algunas jurisdicciones de Estados Unidos a criminalizar a los propios menores. En el presente artículo se exploran dichas tendencias así como distintas

respuestas legales y judiciales, así como otras vías para disuadir las distintas modalidades de *Sexting*, nuevo concepto que analizamos en profundidad. En estas páginas se revisan también los escasos estudios empíricos sobre la incidencia y prevalencia del *Sexting*, tratando de plantear hipótesis etiológicas y apuntando, en base a las mismas, hacia medidas y estrategias de prevención para hacer frente a estas nuevas tendencias, haciendo especial referencia a la responsabilidad ética, educacional y civil de los padres y tutores.

**PALABRAS CLAVE:** *Sexting*; pornografía infantil; Derecho penal de menores y Justicia juvenil; privacidad; Internet; educación sexual y nuevas tecnologías; ciberdelincuencia.

Fecha de publicación: 24 diciembre 2010

---

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1. Introducción. 2. El *Sexting* como fenómeno en el marco de la frágil situación de la indemnidad sexual de los menores. 2.1. Definición de *Sexting*. 2.2. Aspectos sociológicos: revolución tecnológica, socio-

<sup>1</sup> Deseo agradecer las observaciones, comentarios y críticas recibidas de distintos profesores y profesionales que me ayudaron a mejorar, reenfocar, ampliar o corregir distintas partes del presente artículo en sus versiones anteriores. En especial, quiero mostrar mi agradecimiento a Xiaolu Zhang, así como a Noemí Pereda, Pablo Sánchez-Ostiz, Juan José Márquez, María José Bartrina, Manuel Marchena, Esperanza Gómez, Enrique Echeburúa, Fanny Coudert, María Moreno, Ángel Luis Puertas, Miriam Amorós, Lydia Fiz, Anna Boix, Catherine Arcabascio y Francesca Gallardo. En todo caso, los errores y las omisiones son responsabilidad exclusiva de quien escribe estas líneas.

*logía de la sexualidad y radiografía de los adolescentes en la sociedad actual. 2.3. Cambio de circunstancias en los delitos contra la indemnidad sexual de los menores. II. ANÁLISIS DE CASOS. 1. La vulnerabilidad de los menores en la red, víctimas de su propia inestabilidad (Sentencia del Juzgado de Menores de Tarragona de 30 de diciembre de 2008). 2. Imágenes para el consumo compartido: ¿poseen los menores un derecho a la privacidad compartida frente a terceros? (A.H. v. State of Florida). 2.1. Legítima expectativa de privacidad versus protección de la indemnidad sexual e intereses de protección del menor. 2.2. Intereses públicos y justificación de la intervención del Estado. 2.3. La expectativa de privacidad y los ordenadores. 3. La libertad de expresión y el derecho a la educación de los hijos (Miller v. Skumanick). 4. Menores infractores: a propósito de Iowa v. Canal. III. DISCUSIÓN SOBRE POSIBLES ESTRATEGIAS POLÍTICO-CRIMINALES ANTE EL SEXTING. 1. Evaluación de estrategias y grupos de casos. 2. Estudios empíricos sobre Sexting y algunas consideraciones criminológicas. 2.1. Investigaciones específicas sobre Sexting carentes de hipótesis etiológicas. 2.2. Consideraciones criminológicas en torno al Sexting. 2.3. Diferenciación entre pornografía infantil y Sexting como base para una adecuada estrategia de política criminal. IV. REFLEXIONES FINALES. V. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 189 DEL CÓDIGO PENAL. BIBLIOGRAFÍA. INFORMACIÓN DE INTERÉS EN INTERNET.*

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

### 1. Introducción

Desde el advenimiento del uso generalizado del teléfono móvil, la distribución de información y la comunicación entre personas han adquirido una velocidad e inmediatez inusitadas. Las relaciones sociales, tras la proliferación del móvil y con la posterior generalización del uso de Internet, se han intensificado adoptando nuevas formas y matices, estando las personas más interconectadas que nunca. En esta *sociedad-red* digitalizada (por todos, Castells, 1997), donde cualquier persona puede, por ejemplo, hacer sus movimientos bancarios, comprobar el estado de sus acciones o *cotillear* en páginas web y redes sociales, todo ello desde su teléfono móvil o desde su ordenador, el Derecho ha estado luchando por mantenerse al día respecto de los cambiantes límites en torno a la privacidad. En efecto, junto al avance que han supuesto las nuevas tecnologías surgen también efectos negativos en forma de oportunidades para los usuarios de aprovecharse de otras personas o de encontrarse ellos mismos en situaciones comprometidas.

En un informe reciente publicado por Inteco y Orange sobre la utilización del móvil entre niños y adolescentes españoles de entre 10 y 16 años se pone de manifiesto el grado de generalización de su uso y los riesgos asociados al mismo<sup>2</sup>. Así pues, un 68,4% de los jóvenes españoles de 10-15 años disponían de teléfono móvil

<sup>2</sup> «Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles» (2010). Observatorio de la Seguridad de la Información. INTECO & Orange. Estudio basado en 644 encuestas personales en hogares españoles y disponible en: [http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios\\_e\\_Informes/](http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios_e_Informes/)

en 2009, con un crecimiento constante desde el año 2004, de los cuales hasta un 88,6% admitía realizar fotografías con su terminal y un 48,2% manifestaba, además, enviarlas a sus contactos. Ya en relación con el *Sexting*, un 17% afirmó conocer casos cercanos de amigos suyos cuyas imágenes habían sido difundidas sin su consentimiento (*incidencia indirecta*); en cuanto a la *incidencia directa*, las cifras son en todo caso menores (*vid. infra*).

El relato imaginario con que iniciamos nuestras reflexiones –como el de Jesse Logan<sup>3</sup>, el de los seis menores de Greensburg (Pennsylvania)<sup>4</sup> o el mediático caso de Vanessa Hudgens<sup>5</sup>–, refleja una realidad ciertamente extravagante, aunque no del todo desconocida. A una chica adolescente sus padres le compran un teléfono móvil con cámara digital incorporada. Utiliza la cámara para sacarse fotografías en posturas algo provocativas y, en algunas ocasiones, sexualmente explícitas. Unos meses después, inicia una relación sentimental con un compañero de clase, al que le envía varias de aquellas fotografías. En tales casos, sin embargo, cuando la relación se rompe con brusquedad (por un enfado, una riña, con las inestables reacciones propias de estas edades) esas fotografías pueden acabar de algún modo en un mensaje de texto para un grupo de gente bastante numeroso del instituto. Para un/a adolescente, empieza aquí una auténtica pesadilla. La historia puede llegar a ser terriblemente cruel y extremadamente embarazosa, llegando al ámbito de lo absurdo cuando esa misma chica acaba siendo condenada por producir, distribuir y poseer pornografía infantil. Además, se puede llegar a encontrar de pronto rechazada y ridiculizada por sus compañeros de clase, más si cabe cuando ha llegado a ser condenada como una delincuente sexual. Contextos como el que se acaba de describir son ciertamente propicios para sufrir acoso moral, chantaje, humillaciones y descalificaciones que pueden llevar al adolescente que lo sufre, como en el caso de Jesse Logan, a ver el suicidio como alternativa.

En este artículo se tratará de analizar en profundidad el fenómeno del *Sexting* entre adolescentes y la tendencia, por parte de algunos fiscales norteamericanos, a procesar a estos mismos adolescentes por producción, posesión o distribución de pornografía infantil<sup>6</sup>, proponiendo una solución al problema que, desde hace relativamente poco tiempo, se viene planteando en Estados Unidos. Primero, abordaremos brevemente los potenciales problemas asociados al *Sexting*, refiriéndonos a su

<sup>3</sup> Jesse Logan se suicidó en Cincinnati el 6 de marzo de 2009 como consecuencia de haber sufrido en su persona las consecuencias del *Sexting* (véase, por ejemplo, <http://today.msnbc.msn.com/id/29546030/> (visitado el 14 de junio de 2010)).

<sup>4</sup> En enero de 2009 se les imputó a tres chicos y tres chicas (receptores y remitentes) por distribución y posesión de pornografía infantil durante las horas de colegio, al haberse enviado por teléfono móvil imágenes desnudas de las tres chicas.

<sup>5</sup> Véase <http://www.eluniversal.com.mx/notas/647926.html>

<sup>6</sup> Como ha sido puesto de manifiesto por muy diversos autores, el término “pornografía infantil” (o “child pornography”) es altamente inadecuado, alejándose de la naturaleza propia de los materiales a que en realidad se refiere. Se ha propuesto, en su lugar, el término “child abuse images” (para una exposición de las distintas opiniones por parte de la doctrina y los expertos, véase Leary, 2008: 2).

definición y a la extensión del problema. En segundo lugar, examinaremos algunos casos específicos en los que algunos menores se han enfrentado a acusaciones por delitos relacionados con pornografía infantil. Finalmente, realizaremos algunas consideraciones a la luz de los estudios empíricos sobre la incidencia del problema y apuntaremos algunas hipótesis explicativas del mismo con el propósito de dar con un mejor diagnóstico y mejores respuestas sociales al mismo.

## 2. El *Sexting* como fenómeno en el marco de la frágil situación de la indemnidad sexual de los menores

### 2.1. *Definición de Sexting*

Los fenómenos a que se hace referencia con el término “Sexting” pueden abarcar muy diversas conductas. Por la propia novedad del fenómeno, no existían apenas, hasta hace bien poco, definiciones legales en la materia, en la medida en que todavía no se había tipificado de forma expresa como tal en la inmensa mayoría de legislaciones penales vigentes. Por la misma razón, tampoco desde la Psicología, la Criminología u otras Ciencias Sociales, se ha aportado una definición suficientemente precisa. En este sentido, la literatura especializada y las investigaciones específicas en esta materia se hallan en un estado muy incipiente.

A los efectos del presente trabajo, partiremos de la definición de *Sexting* aportada por McLaughlin (2010), según la cual dicho fenómeno englobaría aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet (por ejemplo, subiendo fotografías o videos en páginas como Facebook o Myspace)<sup>7</sup>.

Desde una perspectiva jurídico-penal, el objeto de protección cuando se reacciona ante el *Sexting* sería doble: (i) evitar la producción de pornografía infantil por cauces que no son los habituales y en los que la iniciativa y la limitada libertad de los menores no se ve afectada por la intervención de adultos; (ii) proteger la deficiente autodeterminación sexual de los menores. A este respecto, conviene señalar que en la inmensa mayoría de países no se reconoce a todas las personas el derecho a decidir mantener relaciones sexuales o, en un sentido más amplio, a verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual. Es decir, se les niega la *libertad sexual* a los menores a partir de cierta edad (en España, por ejemplo, por debajo de los 13 años), por razones vinculadas con su desarrollo y bienestar y, por ese motivo, el

<sup>7</sup> No obstante, en algunos estudios se amplían los límites de la definición anterior incluyendo el intercambio de mensajes de contenido sexual explícitamente provocativos que no incorporen imágenes, siempre que se pueda deducir de ellos una clara intencionalidad provocativa de acuerdo con los usos sociales.

bien jurídico protegido en tales casos se denomina *indemnidad sexual* (entre otros, Ragués i Vallès, 2006: 107).

Las primeras referencias al *Sexting* datan de 2005<sup>8</sup> y, desde entonces, se ha constatado su incidencia en diversos lugares del mundo, con mayor profusión inicial en los países anglosajones: Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Reino Unido.

Según una encuesta llevada a cabo en 2008 por *The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy* (vid. *infra*), el 20% de los jóvenes encuestados entre 13 y 19 años (*teens*) había enviado o colgado en Internet fotos en las que aparecían desnudos o semidesnudos<sup>9</sup> –el 22% de las chicas encuestadas (con un 11% de las adolescentes entre 13 y 16 años), por el 18% de los chicos–. Adicionalmente, el 39% de estas chicas adolescentes y el 38% de los chicos encuestados habían enviado imágenes de otras personas desnudas o semidesnudas. La misma encuesta resalta que el 38% de los encuestados piensa que intercambiar imágenes de contenido sexual lleva a una mayor probabilidad de que se produzcan finalmente citas o relaciones sexuales con otros. Aparte de los peligros inherentes a una creciente promiscuidad sexual, no debe minusvalorarse la eventual o fortuita difusión involuntaria de tales imágenes, de contenido explícito, a terceras personas.

De acuerdo con esta encuesta, los mensajes sexuales eran más comunes que las imágenes: un 39% de los chicos habían enviado este tipo de mensajes (o los habían publicado en Internet) y el 50% los había recibido. Aunque la validez estadística de esta encuesta ha sido puesta en entredicho, por haber partido de una muestra auto-seleccionada, otras encuestas recientes arrojan cifras similares. En otra encuesta realizada en abril de 2009<sup>10</sup> entre 655 chicos estadounidenses se observó que el 19% de los adolescentes habían enviado, recibido o reenviado fotos con desnudos o semidesnudos sexualmente sugerentes, por medio de mensajes de móvil o mediante correo electrónico. El 60% de ellos los habían enviado a su novio/a, pero el 11% afirmó haberlos enviado a personas que ni siquiera conocían. El 80% de quienes practican *Sexting*, según esta encuesta, es menor de 18 años. El propio Departamento de Justicia norteamericano ha alertado sobre el auge de este fenómeno que, según reconocen, está dando lugar a nuevas formas de delito.

La gravedad de tales conductas entraña que de ellas se sigan consecuencias personales y comunitarias nada despreciables. Los fenómenos de *Sexting* han llegado así a ser identificados como causa principal de ciertas consecuencias imprevistas y graves. Se ha relacionado con situaciones enormemente embarazosas en las que,

<sup>8</sup> El término aparece en el *Sunday Telegraph* utilizado por Yvonne Roberts (31-07-2005). *The One and Only*, p. 22. «Following a string of extramarital affairs and several lurid "Sexting" episodes, Warne has found himself home alone, with Simone Warne taking their three children and flying the conjugal coop».

<sup>9</sup> The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy: *Sex and Tech, Results from a Survey of Teens and Young Adults* (Dec. 2008):

[http://www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech\\_Summary.pdf](http://www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf)

<sup>10</sup> Teen Online & Wireless Safety Survey. Cyberbullying, Sexting, and Parental Controls (2009): [http://www.cox.com/takecharge/safe\\_teens\\_2009/media/2009\\_teen\\_survey\\_internet\\_and\\_wireless\\_safety.pdf](http://www.cox.com/takecharge/safe_teens_2009/media/2009_teen_survey_internet_and_wireless_safety.pdf)



tras haberse difundido las imágenes a terceros, se han derivado consecuencias muy perjudiciales para los menores involucrados. Asimismo, ha sido señalada como una actividad que puede exponer a los menores de edad al *grooming* y al *cyberbullying*, como medio de presión, chantaje, explotación y/o ridiculización contra la persona fotografiada. La difusión de las imágenes a terceros puede suponer un estresor vital de tal magnitud que se ha relacionado con conductas de intento de suicidio y suicidio consumado<sup>11</sup>.

Los adolescentes, por su propia naturaleza, están siempre a la última en materia de nuevas tecnologías, conociendo sus límites y explorándose ellos mismos, experimentando la libertad que estas tecnologías lleva consigo. Muchos padres y algunos legisladores han luchado por tratar de asir el problema que plantea cómo proteger adecuadamente a los adolescentes ante los nuevos peligros que se derivan de esa libertad digital. En este apogeo de la etapa adolescente, los padres deben tratar de descubrir, ciertamente, cómo educar a sus hijos frente al *cyberbulling*, *cyberchatting*, *hacking*, el fraude de tarjetas de crédito y, por supuesto, la pornografía online. Aunque la típica actitud de los adolescentes tendente a explorar en materia sexual no es, en absoluto, un fenómeno novedoso, el amplio uso de Internet, de cámaras digitales, teléfonos móviles y páginas de redes sociales ha hecho que esta exploración y experimentación sexual adopte distintas formas. No obstante, cuando algunas manifestaciones de curiosidad sexual adolescente son consideradas como normales e inofensivas, en ese momento nos enfrentamos a peligros verdaderamente reales, y no sólo virtuales, como sucede en los casos de *Sexting*.

## 2.2. Aspectos sociológicos: revolución tecnológica, sociología de la sexualidad y radiografía de los adolescentes en la sociedad actual.

El *Sexting* es una manifestación y consecuencia tanto de los avances tecnológicos que facilitan nuevas formas de interacción social, como de los cambios que se han producido en la sociología de la sexualidad desde la *revolución de los sesenta*. A lo largo de la historia de los sistemas de comunicación, siempre han existido formas de intercambio de mensajes con contenido sexual. No obstante, las nuevas tecnologías permiten la comunicación mediante imágenes y vídeos, los cuales son intrínsecamente más explícitos y tienen un mayor impacto. El peligro novedoso del *Sexting* es que ese material puede ser difundido de manera muy fácil y ampliamente.

<sup>11</sup> En relación con los delitos de *grooming*, con la entrada en vigor de la nueva reforma del Código penal español (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), se ha incluido un nuevo artículo 183 bis, con la siguiente redacción: «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 y 189, 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».

te, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión de dichos contenidos.

En el presente artículo se apuntan algunas hipótesis explicativas del *Sexting*. Nuestros jóvenes, en realidad, imitan los comportamientos que la sociedad les proporciona (teorías del aprendizaje social y del mimetismo)<sup>12</sup>. Los *mass media*, el entorno cultural y social, el comportamiento de los adultos y los dis-valores de una sociedad hipersexualizada, han potenciado una cultura adolescente en la que la experimentación propia de esta edad, el consumo sexual precoz y los bajos niveles de autocontrol conducen a actitudes frívolas, o cuando menos irreflexivas, transgresoras en relación con la propia intimidad y con las manifestaciones sexuales. La dimensión sexual de la persona se ha disociado, en buena medida, de una relación interpersonal estable, madura y responsable<sup>13</sup>.

Aun cuando muchos factores distintos contribuyen a que un episodio trágico desemboque en suicidio, como en el caso de Jesse Loan, y por lo tanto sería muy simple atribuirle al *Sexting* la sola causa de este hecho, sucesos como los acabados de apuntar señalan cómo la tecnología propulsa a los adolescentes a situaciones contra las que los padres no están preparados para luchar. En Inglaterra, *The Child Exploitation and Online Protection Centre* informa diariamente de hostigamientos y chantajes, y advierte que algunas fotografías, incluso las usadas en forums, pueden ser utilizadas por los delincuentes sexuales<sup>14</sup>. El problema ha evolucionado hasta convertirse en un problema social, exponiendo a los niños a una gran variedad de peligros.

E incluso, todos estos peligros (la vergüenza, el hostigamiento, el *bullying*, la exposición y la posibilidad de aparecer en el radar de un depredador sexual peligroso), existen en combinación con la posibilidad de que el menor víctima llegue a ser acusado por hallarse en el origen de la producción de material de pornografía infantil. En muchos de estos casos, la posesión, producción y distribución de pornografía infantil conlleva, entre sus duras consecuencias, una grave condena, la posible

<sup>12</sup> Así la teoría de Akers o de Sutherland (véase, por ejemplo, en Serrano Maíllo, 2008: 338-343); o la teoría del *deseo mimético* de René Girard (1997).

<sup>13</sup> Ya en su introducción a *The Transformation of Intimacy* (1992), Anthony Giddens contrapone las relaciones basadas en los "ideals of romantic love" a las "pure relationships", atribuyendo a las primeras una carga valorativa del pasado, un lastre del que se ha liberado especialmente la mujer de forma que, superadas tales limitaciones, se ha obtenido la igualdad de géneros. En ese sentido dirá que la sexualidad separada de la función reproductora es un signo de los tiempos, siendo la "plastic sexuality" un factor crucial para la emancipación que lleva implícito el modelo de las "pure relationships" (Giddens, 1992: 2). En una sociedad hedonista en la que los cambios experimentados en el modo de entender la sexualidad la llevan a considerar, de modo prevalente, como *una realidad lúdica disociada de su dimensión reproductiva*, los menores no dejan de ser espectadores ante los que se presentan modelos de conducta, estilos de vida susceptibles de imitación. Si la sociología se dedica principalmente a estudiar el cambio social, al hablar de la *revolución sexual* nos estamos refiriendo al mayor cambio en los estilos de vida de la gente que ha tenido lugar en la historia conocida (Pérez Adán y Ros Codoñer, 2003: 47).

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, *Sexting Absolutely Mortified Me* (Aug. 4, 2009):

[http://news.bbc.co.uk/newsbeat/hi/technology/newsid\\_8181000/8181751.stm](http://news.bbc.co.uk/newsbeat/hi/technology/newsid_8181000/8181751.stm)

estancia en prisión, penas de multa y largas décadas de permanencia en el registro de delincuentes sexuales (en los Estados en los que poseen este tipo de registros)<sup>15</sup>. A primera vista, parece un gran abuso por parte de la ley, no en la línea de los intereses de los tipos penales vigentes, e inaceptablemente desproporcionada por el supuesto delito. ¿Cómo puede un fiscal utilizar la ley para tales fines y qué límites o garantías se establecen, si es que existen? Más adelante, vamos a examinar algunos casos en detalle.

### 2.3. *Cambio de circunstancias en los delitos contra la indemnidad sexual de los menores*

A este respecto, conviene revisar la evolución histórica de los delitos contra la indemnidad sexual del menor y el cambio de circunstancias que ha experimentado con el paso del tiempo. La utilización de menores como *objeto sexual* ha existido, ciertamente, a lo largo de los siglos y, por tanto, también la producción de literatura erótica y las representaciones gráficas en las que hubiera menores involucrados. Sin embargo, la *pornografía*, en el sentido moderno de la expresión, empezó en cuanto tal con la invención de la cámara a principios del siglo XIX. Prácticamente de inmediato, se empezaron a producir, comercializar y recopilar imágenes de contenido sexual en las que aparecían menores (Tate, 1990; Tyler, 1985). Con todo, el fenómeno de la pornografía infantil no dejó de ser una actividad restringida a lo largo de prácticamente todo el siglo XX. Las imágenes se producían en lugares puntuales, siendo de baja calidad, de alto coste y de difícil obtención.

Un hecho relevante fue el relajamiento de los estándares de censura social en la década de los sesenta con el advenimiento de la *revolución sexual* (Navarro & Peters, 1995), situación que condujo a un incremento de la disponibilidad respecto de contenidos pornográficos infantiles, de modo que alrededor de 1977 se hallaban en circulación en Estados Unidos –procediendo muchas de ellas de Europa– en torno a 250 revistas de pornografía infantil (Crewdson, 1998). Sin embargo, el advenimiento de Internet en la década de los ochenta ha supuesto una transformación radical en las dimensiones y la naturaleza del problema, requiriendo una nueva aproximación a las formas de investigación y control (Wortley & Smallbone, 2006a: 1).

Para la prevención y efectiva protección de jóvenes, adolescentes y niños puede resultar eficaz la implementación de estrategias de prevención situacional referidas a los delitos de abuso de menores en aquellos lugares de trabajo en los que se está en contacto habitual con éstos<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, el *Maine Sex Offender Registry* en <http://sor.informe.org/sor/>.

<sup>16</sup> En este sentido, en las investigaciones sobre delitos contra la libertad sexual se han tenido poco en cuenta los factores situacionales del contexto: «The sexual offending literature has largely ignored the role of situational factors in the prevention of sexual offending against children» (Wortley & Smallbone, 2006b: 10).



Mediante las investigaciones empíricas, se puede –a partir del estudio de los patrones delictivos– tratar de incidir sobre las situaciones en las que, con mayor frecuencia, tienen lugar los abusos a menores, a fin de establecer medios de control internos y externos. Sin menospreciar el resto de factores y condicionantes personales en tales delitos, los menores llegan a convertirse en víctimas de abusos sexuales *porque se muestran vulnerables* –son un objetivo delictivo de fácil acceso–<sup>17</sup>, habiéndose permitido, también socialmente, la generación de oportunidades para el delito. Se puede tratar así de reducir al menos las ocasiones propicias mediante la interposición de barreras cognitivas, una mayor vigilancia natural y específicas estrategias normativas de prevención.

Desde este punto de vista, convendría adaptar las estrategias de prevención en función de los entornos en los que se desenvuelven habitualmente los menores (*taylor-made prevention strategies*). La escuela, los jardines de infancia, los centros de actividades extraescolares, aquellos entornos propicios deben estructurar el modo en que diseñan la organización de su actividad teniendo en cuenta protocolos preventivos, con el soporte de normas jurídicas que creen obligaciones positivas en el garante referidas a la selección del personal y a su control y vigilancia. El perfil psicológico y personal de un maestro de escuela o de un monitor de actividades extraescolares, o incluso el de un conductor de transporte escolar debe reunir unas mínimas características que garanticen la indemnidad del menor. La protección de los menores debería ocupar un lugar preponderante en las políticas públicas, que incidieran no sólo sobre los ámbitos laborales en los que interactúan menores<sup>18</sup>.

Entre las estrategias de prevención aplicables en entornos institucionales –frente a espacios públicos o entornos domésticos–, el estudio señala los siguientes campos de reducción de la oportunidad: (1) elevar el nivel de esfuerzo o dificultad para el potencial agresor (*increasing effort*), mediante un control de accesos a los lugares y mediante criterios de selección y control de los trabajadores de acuerdo con patrones de idoneidad (*employee screening*); (2) aumentar el riesgo de detección (*increasing risk*), reforzando los medios de *vigilancia formal*, estableciendo y supervisando el cumplimiento de protocolos de actuación en el modo de relacionarse con menores por parte de los trabajadores, facilitando procedimientos para presentar

<sup>17</sup> Sobre la vulnerabilidad de los menores, *vid.* Finkelhor (2007:30), en donde menciona tres factores que incrementan la “vulnerabilidad a la victimización” (en relación con el abuso sexual infantil); a saber: (i) *target vulnerability*; (ii) *target gratifiability*; (iii) *target antagonism*. Estas tres características de la víctima guardan una *relación de congruencia* con las necesidades y motivos del agresor.

<sup>18</sup> Los perfiles criminológicos y modalidades delictivas –según los estudios anteriormente citados– en el abuso de menores muestran que (1) un 23% son delincuentes sexuales en serie –con una desviación sexual patológica–, depredadores que manipulan de forma activa el entorno para crear la oportunidad delictiva (*predatory*); (2) un 41% responde a un perfil criminológico ordinario: personas con escaso nivel de autocontrol que responden a la tentación delictiva –no teniendo un objetivo sexual específico–, que cometen un delito sexual por primera vez, con un historial delictivo versátil (*opportunistic*); y finalmente (3) un 36% son personas que delinquen por vez primera, sin especial atracción por los menores, gente ordinaria que responde a estímulos o situaciones de especial tensión (*situational*).

una queja y/o previendo una revisión o auditoría externa; y potenciando los medios de *vigilancia natural* (*increasing natural surveillance*), como por ejemplo, instalando en las puertas de los despachos y salas de entrevista o tutoría una franja de vidrio transparente; (3) reducir la tolerancia del entorno (*reducing permissibility*), explicitando reglas y normas de actuación<sup>19</sup>.

En otro lugar he reflexionado sobre los efectos criminógenos que se derivan de las arquitecturas digitales (Agustina, 2009). Ello es aplicable, sin duda, a los menores, cuya sola protección podría justificar algunos recortes en las libertades en la red, la reducción de ciertos espacios de anonimato, o la adopción de controles externos, sean o no centralizados por el Estado o a cuenta de los intermediarios o servidores en la red. Castells (1998: 156), en un contexto más global de análisis de los problemas y efectos sociales derivados de las nuevas tecnologías, afirma que resulta más fácil culpabilizar al remitente (o al causante) que cuestionar la idoneidad del canal o fuente de donde surge el mensaje (o el problema); es decir, se plantea preguntarse por qué en nuestra sociedad de la información tienen lugar tal tipo de delitos o de conductas nocivas y por qué se producen a gran escala.

## II. ANÁLISIS DE CASOS

### 1. La vulnerabilidad de los menores en la red, víctimas de su propia inestabilidad (Sentencia del Juzgado de Menores de Tarragona de 30 de diciembre de 2008)

En los casos que analizaremos a continuación, se ponen de manifiesto las importantes implicaciones que tiene para la vida de los menores la nueva era digital. Sin duda, éstas todavía deben ser estudiadas en profundidad. En todo caso, las comunidades de *realidad virtual* que se generan en Internet, y mediante las que los menores vienen a crear una segunda personalidad, conducen a que, en virtud del entorno y de sus propias particularidades, se facilite que las personas, y de modo especial los menores, produzcan un modo de pensar y lleven a cabo conductas que, de otro modo, serían refrenadas por la persona. Todo ello ejerce una función en las personas que viene a acelerar cambios en la actitud moral de las mismas (Parti, 2008: 12).

Los hechos relatados en la Sentencia del Juzgado de Menores de Tarragona de 30 de diciembre de 2008 son una muestra de ello. No parecería posible que un adolescente interactuara en el mundo real con la misma temeridad, irreflexividad y falta de autocontrol, sin la fuerza y el empuje a la acción que confiere el anonimato

<sup>19</sup> Sin duda, la selección y formación del profesorado constituye el primer paso, aunque no el único, siendo las normas y modos de organizar la actividad en las instituciones que trabajan con menores un factor condicionante que puede incidir decisivamente sobre los agresores que responden a factores situacionales (36%) y oportunistas (41%).

de la red. Así, en la sentencia se recoge la conducta de un menor que contactó desde su domicilio, sito en Reus, a través de una aplicación informática de mensajería instantánea con otra menor de 15 años de edad, a quien suministró una identidad falsa. Al cabo de los días fue ganándose la confianza de su víctima y consiguió que ésta se desnudara y se masturbara ante la cámara web, obteniendo de tal forma imágenes de ella.

Apenas un mes después, el menor exigió a su víctima que posara desnuda alguna amiga suya o que, en caso contrario, publicaría en Internet las fotos que poseía, lo que motivó que la víctima contara a sus padres lo que había estado sucediendo. Iniciada la investigación criminal, como consecuencia del registro domiciliario efectuado se aprehendió el disco duro del ordenador en donde se hallaron las imágenes de contenido pornográfico de la víctima y de otras jóvenes, así como 10 vídeos de carácter pornográfico en donde figuran menores, alguno de ellos con imágenes explícitas extremas. Tales vídeos fueron obtenidos por el menor a través del programa de intercambio *peer to peer* “Ares” y, por tanto, eran compartidos por otros. Llevaban en su poder unos dos años hasta que el disco duro fue tomado por la Guardia Civil.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de amenazas condicionales sin resultado, previsto y penado en el artículo 169 del Código Penal, y un delito de tenencia y difusión de pornografía infantil, previsto y penado en el artículo 189.1 a) y 2 del Código Penal, reputando autor al menor y solicitando en el acto de la audiencia que se le impusiera la medida de un año y seis meses de libertad vigilada con la obligación de asistir a un programa de control de impulsos y de educación sexual.

La víctima manifestó en el juicio que conocía al acusado de cuando iban al mismo colegio, pero que cuando se conectaba a la citada cuenta de correo no sabía que era él, pues ignoraba con quién se conectaba. Reconoció que se desnudó y masturbó porque se lo pidió “esa persona”, aun sin conocerla, y afirmó que sólo lo hizo una vez y sólo un día. Pasado un tiempo volvió a contactar, pero no accedió a ello. La amenazó con que si no se desnudaba colgaría las fotos en Internet; de hecho, a ella le envió dos fotos. Conoció la identidad del acusado cuando le llegó la carta del Juzgado. En cuanto al delito de amenazas, esta testigo manifiesta que consistieron en que ante su negativa de no volver a desnudarse, le dijo que lo hiciera una amiga suya, pues de lo contrario colgaría las fotos en Internet, y para demostrarle que las tenía, le puso una en el “avatare”. Las amenazas le causaron miedo. Por último, es importante resaltar que la víctima llegó a manifestar que le supo mal enterarse, pero que no se siente mal por ello, que lo único que le preocupa es que las fotos lleguen a alguien.

En los informes elaborados por el Equipo Técnico perteneciente a los Servicios Territoriales de Tarragona del Departament de Justicia se hacía constar que el

acusado vivía en un núcleo familiar en el que el padre era minusválido y no ejercía rol formativo alguno, siendo la situación económica familiar suficiente y estable. Junto a ello, se afirmaba que el menor presentaba problemas de autoestima y de propia imagen, careciendo de habilidades para gestionar situaciones de riesgo. Finalmente, el Juez condenó al acusado a una medida de un año de libertad vigilada con la obligación de asistir a un programa de control de impulsos y de educación sexual por los delitos de amenazas condicionales sin resultado y de posesión de material pornográfico en cuya elaboración se han utilizado menores de edad, absolviéndole del delito de difusión de pornografía infantil del que se le acusaba, así como del pago de responsabilidad civil por daños, en tanto que no quedaron acreditados, pues la propia menor manifestó que no los ha sufrido, dijo que le supo mal enterarse, pero no se siente mal por ello salvo que las fotos lleguen a alguien, cosa que tampoco quedó probada.

## **2. Imágenes para el consumo compartido: ¿poseen los menores un derecho a la privacidad compartida frente a terceros? (*A.H. v. State of Florida*)**

Siguiendo las reflexiones apuntadas por Xiaolu Zhang (2010), trataremos a continuación sobre algunos de los primeros casos de *Sexting* en los Estados Unidos. Uno de los primeros en los que esta práctica fue objeto de respuesta penal tuvo lugar en el año 2007 en *A.H. v. State of Florida*<sup>20</sup>. A.H., menor en el momento en que sucedieron los hechos, recurrió la sentencia que la condenaba por haber producido, dirigido o promovido dolosamente (*knowingly*) fotografías o imágenes de contenido sexual, tal y como recoge la Sección 827.071(3) del Código penal de Florida<sup>21</sup>. En dicho tipo penal se tipifica, en el tercero de sus apartados, la acción de promover una *performance* sexual por un menor cuando, conociendo el carácter y contenido de la misma, se *produce, dirige o promueve* cualquier actuación o representación que incluya una conducta sexual de un menor de 18 años, entendiendo por “performance”, según 827.071(1)(b), cualquier obra, filmación, fotografía o baile, o cualquier otra representación visual. Tal conducta tiene la consideración, en la legislación penal del Estado de Florida, de un delito grave (*felony*) en segundo grado<sup>22</sup>.

Conviene observar que, de la simple lectura del tipo penal, se deduce que estamos ante un delito que no requiere, en realidad, más que la mera producción del material en el que aparezca una conducta sexual llevada a cabo por un menor, con independencia de que (i) se trate de una conducta entre menores; (ii) tal conducta

<sup>20</sup> *A.H. v. State of Florida*, 949 So. 2d 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007).

<sup>21</sup> FLA. STAT. ANN. §827.071(3) (2007).

<sup>22</sup> (3) A person is guilty of promoting a sexual performance by a child when, knowing the character and content thereof, he or she produces, directs, or promotes any performance which includes sexual conduct by a child less than 18 years of age. Whoever violates this subsection is guilty of a felony of the second degree.

haya sido consentida por ambos; y (iii) no llegue a ser objeto de transmisión o difusión a terceros.

A.H. recurrió la sentencia amparándose en que consideraba inconstitucional que se le aplicara dicho tipo penal. En marzo de 2004, A.H. y su novio, el también menor J.G.W., se hicieron alrededor de cien fotografías con una cámara digital mientras mantenían un comportamiento sexual inespecífico. Estas fotografías fueron luego descargadas y enviadas a otro ordenador (cuyo propietario era J.G.W.) desde el domicilio de A.H. Las fotografías nunca fueron enseñadas o puestas al alcance de terceros por parte de los acusados. Antes de dictarse sentencia condenatoria, A.H. presentó una moción para defenderse de los cargos que se le imputaban, alegando violación de su privacidad y que las medidas adoptadas para preservar los intereses públicos no eran, a su entender, las menos intrusivas. El Tribunal de instancia desestimó su requerimiento advirtiendo que los intereses del Estado (intereses que exigían su intervención en tales supuestos) eran la protección de menores frente a su explotación sexual, sin ser relevante la edad de la persona que llevara a cabo la explotación. También declaró que las medidas adoptadas sí eran, según su entender, las menos intrusivas para perseguir los importantes intereses del Estado en una materia en la que era exigible su intervención<sup>23</sup>.

### 2.1. *Legítima expectativa de privacidad versus protección de la indemnidad sexual e intereses de protección del menor*

Tras plantearse el recurso, el Tribunal de Apelación de Florida desestimó la petición y confirmó la sentencia recurrida sobre la base de que la Constitución de Florida no protege el derecho de los menores a que mantengan relaciones sexuales y puedan inmortalizarlas mediante fotografías<sup>24</sup>. A este respecto, conviene tener en cuenta que el Estado de Florida sí protege expresamente el derecho a la privacidad (*right to privacy*) en su Constitución<sup>25</sup>, a diferencia del resto de Estados, en los que se reconoce este derecho pero sin tener éste un soporte constitucional (en tales Estados se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las expectativas de privacidad recogidas en la Cuarta Enmienda<sup>26</sup>). Por tanto, habiendo incorporado expresamente el derecho a la privacidad, el Estado de Florida provee una protección más fuerte que la que otorga la propia Constitución de los Estados Unidos<sup>27</sup>.

En *A.H. v. State of Florida*, la cuestión de fondo que se planteaba era si el menor tenía una legítima y razonable expectativa de privacidad frente al Estado. El Tribunal de Apelación razonó que no existía una tal expectativa de privacidad basándose

<sup>23</sup> A.H., at 235.

<sup>24</sup> A.H., at 236.

<sup>25</sup> Art. I, §23, Fla. Const. (added Nov. 4, 1980).

<sup>26</sup> See *Bernie v. State*, 524 So. 2d 988 (Fla. 1988).

<sup>27</sup> John Sanchez, "Constitutional Privacy in Florida: Between the Idea and the Reality Falls the Shadow", 18 *Nova L. Rev.* 775, 777 (1994).



en dos hechos: (i) que las fotografías se obtuvieron a modo de recordatorio entre los dos menores; y (ii) que éstas fueron compartidas entre ellos (los dos menores), quienes no podían esperar que el otro conservara las fotos sólo para sí<sup>28</sup>.

Respecto al razonamiento de la sentencia, se pueden discutir algunas cuestiones. En la primera razón esgrimida por el Tribunal de Apelación (*que las fotografías fueron obtenidas a modo de mero recordatorio*), se cita como caso precedente *Four Navy Seals v. Associated Press*, en el que *Associated Press* (AP) publicó unas fotografías que habían sido encontradas en Internet, poniendo al descubierto los comportamientos violentos de soldados marines contra presos iraquíes<sup>29</sup>. En este caso, el Tribunal concluyó que los marines no podían alegar ninguna expectativa razonable de privacidad porque las fotografías habían sido colgadas en Internet por la esposa de uno de ellos. En efecto, las fotografías habían sido colgadas en una cuenta de “smugmug”<sup>30</sup>, una página web diseñada para compartir fotos entre usuarios de una comunidad *online*. El Tribunal se basó en este hecho como indicio de que los marines que aparecían en las fotografías habían consentido en ser fotografiados y también habían permitido que las fotografías fueran colgadas *online*, decidiendo así que no conservaban ninguna expectativa razonable de privacidad<sup>31</sup>. A juicio del Tribunal, el hecho de que su intención fuera compartir las fotografías sólo con un selecto grupo de terceros no afecta a la *razonabilidad* de su expectativa de privacidad. A diferencia del caso de los cuatro marines, los menores en *A.H. v. State of Florida* no habían dado ningún paso para compartir sus fotografías con nadie que no fueran ellos mismos. Las fotos no se habían subido o publicado en una página web, ni éstas habían sido etiquetadas en la misma<sup>32</sup>. Por el contrario, el periodista de AP había dado con las fotografías haciendo una simple búsqueda en Google con las palabras “Camp Jenny Pozzi”, entrando así fácilmente en la cuenta de la mujer del marine que, además, había etiquetado las fotografías en su álbum.

Ciertamente, en determinadas cuestiones, los jueces deben trazar una delgada línea que separa casos bien similares. Sin embargo, la diferencia esencial entre los dos escenarios objeto de comparación es que en *Four Navy Seals v. Associated Press* el demandante había dado el paso de compartir las fotografías con su grupo. En cambio, los menores sólo pretendieron compartir las fotografías entre ellos. A nuestro juicio, existe una diferencia importante entre, por un lado, descargar una fotografía privada en el ordenador propio y compartir la fotografía con alguien con quien se mantiene una relación privada y, por otro, poner la fotografía en una página web para compartirla con más personas y etiquetarla.

<sup>28</sup> A.H., at 237.

<sup>29</sup> *Four Navy Seals and Jane Doe v. Associated Press*, 413 F. Supp. 2d 1136 (S.D. Cal. 2005).

<sup>30</sup> <http://www.smugmug.com>

<sup>31</sup> *Four Navy Seals*, at 1145.

<sup>32</sup> El etiquetado es la práctica de adjuntar etiquetas o descripciones en ciertas fotografías o álbumes para hacer más fácil encontrar lo que se está buscando en la red.

Otra cuestión discutible en el razonamiento del Tribunal viene de la afirmación de que los menores, por su propia naturaleza, en cuanto menores, están mayormente inclinados a compartir fotografías con terceros porque, a diferencia de los adultos, no están preparados para comprometerse y mantener una relación madura<sup>33</sup>; en ese sentido, no poseen una expectativa de igual intensidad acerca de que su relación continuará de forma estable, siendo más probable que quieran demostrar su “destreza sexual” enseñando las fotografías a terceras personas.

A este respecto, algunos autores afirman que conviene ser prudentes al formular generalizaciones o afirmaciones estereotipadas sobre adultos y menores (Zhang, 2010). *¿Los menores realizan comportamientos que los adultos no harían debido a su falta de madurez?*<sup>34</sup>. Del razonamiento seguido por el Tribunal de Apelación se puede deducir que los menores, por el hecho de ser menores, son menos acreedores que los adultos del derecho a ver protegida su privacidad en los términos establecidos por las leyes. Si se asume que los adultos son más racionales y maduros, y menos propensos a ser indiscretos sobre sus vidas privadas, entonces parece que las personas adultas tienen una expectativa de privacidad más *razonable*. Por el contrario, los menores, al ser más caprichosos y tener un menor sentido de responsabilidad, parecería lógico que vieran reducidas sus expectativas de privacidad. Sin duda se trata de un planteamiento que genera una encendida discusión.

En líneas generales los niños y adolescentes deben estar más protegidos en términos de privacidad debido a su inmadurez. La protección de la infancia y de la adolescencia, entre otras manifestaciones, conduce a que se halle más restringida la publicación de nombres o fotografías cuando se trata de menores. Sin embargo, conviene distinguir entre los casos en que se debe proteger la privacidad de los menores en virtud del *interés del menor*, de aquellos otros casos en los que, precisamente en virtud del interés de protección del menor, el Estado interviene para salvaguardar otros intereses superiores a la privacidad, siempre en beneficio no sólo de los propios menores sino de todos los menores y de la sociedad en su conjunto. Y en tales casos, sin duda, se hallan los supuestos en los que existe un riesgo elevado de difusión de pornografía infantil.

Además, conviene tener presente que los menores tienen restringida su libertad de autodeterminación, de acuerdo con las leyes de cada país, en atención al proceso de maduración en el que se hallan inmersos. En concreto, en materia de libertad

<sup>33</sup> A.H., at 237.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, *Christine Schiavo, Trooper Posted Nude Photos of Ex-wife Online, Affidavit Says* (Apr. 1, 2006); *Associated Press, Woman Sues over Nude Shots on Web* (May 28, 2005), disponible en:

[http://seattletimes.nwsources.com/html/localnews/2002291643\\_yahoo28m.html](http://seattletimes.nwsources.com/html/localnews/2002291643_yahoo28m.html) (in which a woman sues Yahoo! for failing to take down nude photos of herself that her boyfriend has uploaded without her permission). See also Beth Hale, *Jilted Boyfriend Sent Nude Pictures of Nurse Ex-girlfriend to Everyone in Her E-mail Address Book* (Aug. 6, 2008), disponible en:

<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1042096/Jilted-boyfriend-sent-nude-pictures-nurse-ex-girlfriend-email-address-book.html>

sexual, los menores no están en condiciones de *normalidad* para consentir libremente a una relación sexual, a juicio del artículo 181.2 del Código Penal Español (CPE)<sup>35</sup>. Sin duda, la libertad sexual de los menores y su derecho a la privacidad se hallan en una relación de conflicto en la que debería prevalecer aquel bien jurídico de mayor valor.

## 2.2. Intereses públicos y justificación de la intervención del Estado

En la sentencia que desestima el recurso de apelación de A.H., el Tribunal de Apelación de Florida afirma que, incluso a pesar de existir una razonable expectativa de privacidad, el interés del Estado en este caso sería mayor que el derecho de privacidad. El propósito del tipo penal previsto en la Sección 827.071(3) es la protección de los menores frente a la explotación por parte de cualquiera que los induzca a aparecer en conductas sexuales y muestre imágenes de tales conductas a terceros<sup>36</sup>.

Según las propias palabras del Tribunal, el interés del Estado es proteger a los menores que son víctimas de ser inducidos a aparecer en un video, o en unas imágenes, que acaben siendo vistas por terceros. El Tribunal advierte de la gravedad de las consecuencias para la futura evolución de los menores si las fotografías alguna vez llegan a hacerse públicas. Es más, en realidad la sola producción de las fotografías podría tener un serio impacto psicológico en los niños y adolescentes. En este sentido, la norma penal ha significado la protección de los menores frente a su propia inmadurez y a la carencia del necesario juicio, protegiéndoles de las indeseables y negativas consecuencias que pueden derivarse de sus acciones<sup>37</sup>.

Por ello, se puede seguir hablando de *explotación*, a pesar de que *prima facie* se trate de conductas espontáneas, consentidas entre menores. Se les está protegiendo a ellos mismos frente a la frivolidad de sus propias acciones. Poniendo su intimidad más radical a disposición de terceros, aunque sea tan sólo potencialmente, de forma irreflexiva están generando un acto de explotación sexual contra ellos mismos y contra la indemnidad sexual de los menores en general, en tanto que este tipo de material acaba instigando un círculo vicioso: la producción “espontánea” (en la que no media fuerza, engaño o intimidación) de material apetecible para los pedófilos conduce a dar alas un mercado en el que conviven intereses lucrativos importantes junto a personalidades pervertidas.

Más allá del problema que se acaba de analizar, se debe tener presente el peligro derivado de la ubicación de tales materiales en los ordenadores de los menores acusados. El Tribunal apunta a este respecto que los ordenadores pueden llegar a ser objeto de intrusiones externas por parte de *hackers* y, como consecuencia de

<sup>35</sup> A efectos del abuso sexual no consentido se tipifican «los que se ejecuten sobre menores de trece años».

<sup>36</sup> A.H., at 238.

<sup>37</sup> *Id.*, at 238-9.

ello, las fotografías pueden acabar siendo enviadas por e-mail a otros, poniendo a los menores en una situación de mayor riesgo. De este modo, las imágenes pueden llegar a hacerse accesibles a servicios de proveedores en Internet. Conviene no despreciar el hecho de que el propio diseño de los ordenadores permite un almacenamiento de sus contenidos a largo plazo, siendo así que la información en ellos almacenada puede ser difundida en cualquier momento y, por tales razones, el Estado debería actuar para prevenir tales posibilidades<sup>38</sup>.

Hay varios problemas con el análisis del Tribunal sobre el interés del Estado. Primero, se enfatiza que el interés del Estado es proteger a los menores de la explotación sexual y protegerlos de las negativas consecuencias de sus acciones. La *explotación* viene definida en el *Black's Dictionary* como “el acto de aprovecharse de algo; especialmente el acto de aprovecharse injustamente de otra persona en beneficio propio”<sup>39</sup>. La *explotación sexual* se define como “la utilización de una persona, especialmente un niño, en prostitución, pornografía u otra actividad sexual de carácter manipulador que cause o puede causar un serio daño emocional”<sup>40</sup>. En este sentido, ciertamente el Tribunal no explica cómo el hecho de que los dos menores captados en una actividad sexual *consensuada* constituya una explotación cuando no hay hechos que apoyen que uno presionó al otro.

Otra cuestión alegada por Zhang (2010) es que ninguno de los menores ha experimentado un serio daño emocional, aspecto tal vez discutible. De hecho, Zhang afirma que los únicos daños emocionales que se han derivado son los que el propio Tribunal les ha causado. Es decir, los daños que el Tribunal puede causar (pena de banquillo) a unos menores encausados al someterles a la rememorización y al obligarles a reproducir verbalmente una conducta vergonzante ante personas extrañas, quienes pasan a tener conocimiento de unas relaciones de corte estrictamente íntimo y privado.

Sin embargo, habría que analizar los posibles daños psicológicos y evolutivos que pueden causarse por el solo hecho de mantener relaciones sexuales a edades tempranas (en la línea de investigación apuntada por Mitchell, 2010: véase *infra*), considerando como factor adicional de riesgo el recurso accesible a las nuevas tecnologías como forma de divertimento. A este respecto, cabe recordar, por ejemplo, que en el Derecho penal español la edad de autodeterminación sexual está fijada en los 13 años, considerándose por tanto al menor de esa edad una persona todavía inmadura para este tipo de relaciones<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> *Id.*, at 239.

<sup>39</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY 660 (9<sup>th</sup> ed.2009).

<sup>40</sup> *Id.*, At 1498-9.

<sup>41</sup> Además, la idea de que uno se aprovechara del otro sugiere una disparidad de poder –sigue argumentando Zhang, como si una parte estuviera ejerciendo dominación sobre la otra–. Esto es, se produce una extraña yuxtaposición de víctima e infractor porque, por una lado se entiende que se trata de una relación mutuamente consentida pero, al mismo tiempo, se criminaliza a quien produce el material gráfico en contra

### 2.3. La expectativa de privacidad y los ordenadores

Uno de los aspectos más problemáticos del análisis del Tribunal de Apelaciones radica en su argumento de que las fotografías en cuestión podrían haber sido sustraídas de sus ordenadores en cualquier momento por *hackers* o por proveedores de servicios de Internet. El juez Padovano disintió rotundamente de esta argumentación afirmando que los menores pretendían mantener las fotografías en privado, que no había la intención de explotar o de avergonzar a nadie y, por tanto, sus expectativas de privacidad eran razonables. En ese sentido, el hecho de que haya un universo de maneras mediante las que las fotografías podían haber sido sustraídas (intervención del correo electrónico, *hacking*, ruptura de la relación) no importa en realidad, porque cualquier método de entregar las fotografías a alguien entrañaría siempre riesgos, del mismo modo que el simple mantenimiento de un documento, video o fotografía en tu propio ordenador podría ser objeto de *hacking*.

Ciertamente, existen muy diversas maneras de obtener incorrectamente información de alguien que intenta mantenerla en privado, pero no por ello se debe destruir o poner en duda su razonable expectativa de privacidad.

En ocasiones, la expectativa de privacidad puede verse reducida, por ejemplo, en el caso en el que la información sale del ordenador siendo enviada por correo electrónico y llegando a su receptor<sup>42</sup>. Las fotografías fueron efectivamente enviadas en el caso de A.H. contra el Estado de Florida, pero debe hacerse notar una distinción aquí, porque la información, en este caso, fue enviada al otro acusado. Por tanto, ello no debería destruir sus expectativas de privacidad, siendo así que la posible exposición a terceros está todavía dentro del dominio y control de los propios acusados.

El juez Padovano advirtió de la importancia de tomar la decisión de enseñar las imágenes a terceros ajenos a la relación, citando el caso *State v. A.R.S.*<sup>43</sup>, a pesar de que este mismo caso fue utilizado por la mayoría del Tribunal para legitimar la participación del Estado. Según el resto de jueces, el Estado actúa aquí en protección de los intereses públicos de proteger a los menores frente a la explotación por parte de alguien que los induce a aparecer en una representación sexual y enseña esa representación a otras personas. Sin embargo, tal y como señala el juez Padovano, este caso no puede sustentar la decisión de la mayoría.

En *State v. A.R.S.*, un chico de 15 años fue acusado del mismo delito que los acusados del caso A.H. contra el Estado de Florida, por poseer y mostrar a otro menor una cinta de video en el que aparecía él mismo practicando sexo con su novia, también menor. La novia no estuvo presente durante la visualización del

del otro, cuando, desde el punto de vista de la relación entre los menores la víctima también se aprovecha del infractor. Ambos argumentos se contradicen en parte.

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, *United States v. Lifshitz*, 369 F.3d 173 (2d. Cir. 2004).

<sup>43</sup> *State v. A.R.S.*, 684 So. 2d 1383 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).



video. El hecho de enseñar la cinta de video a una tercera persona también menor es relevante. En este caso, hay personas que pueden ser definirse claramente como víctimas: la novia, en primer lugar, y tal vez el menor al que fue mostrada la cinta de video. Mientras que en el caso de A.H. en ningún momento se mostró la cinta a una tercera persona y los dos intervinientes fueron acusados. Por consiguiente, A.R.S. no debería haber sido invocado porque no parece apoyar claramente los argumentos defendidos por la mayoría del Tribunal. En *State v. A.R.S.* se enfatizó que la expectativa de privacidad del acusado desaparecía en el momento en el que él mismo le mostraba la cinta de video a una tercera persona.

### **3. La libertad de expresión y el derecho a la educación de los hijos (*Miller v. Skumanick*)**

Uno de los casos de *Sexting* que ha recibido mayor interés en la prensa ha sido el de las tres chicas adolescentes de Greensburg, Pennsylvania, que se fotografiaron con el torso desnudo, en sujetador, o saliendo de la ducha con una toalla debajo del pecho. Las fotografías no exponían ninguna actividad sexual ni fueron expuestas en lugares públicos. Las fotografías acabaron en algunos de los teléfonos móviles de sus compañeros de clase antes de que el suceso llamara la atención de los responsables de la dirección del centro. El Fiscal de Distrito, George Skumanick, llevó a cabo una investigación del incidente y envió una carta a los padres de aproximadamente veinte estudiantes, identificándolos como implicados en la difusión de pornografía infantil y advirtiéndoles de una condena si los chicos no se apuntaban a un programa de reeducación de entre 6 y 9 meses de duración<sup>44</sup>. Los padres de Marisa Miller, de 13 años de edad en el momento de las fotografías, insistieron en que las fotografías no eran “pornografía infantil” porque su hija no estaba del todo desnuda. Skumanick afirmó que sí lo eran, alegando que las poses de las chicas eran “provocativas”<sup>45</sup>. Muchos de los padres se opusieron a los argumentos y peticiones del Fiscal, molestos con que Skumanick fuera el único que decidiera lo que era “provocativo” o no. Bajo la amenaza de una grave condena, sin embargo, casi todos los padres aceptaron el trato excepto los padres de las tres chicas que se hicieron las fotografías. Con el apoyo de la Unión Norteamericana por las Libertades Civiles, las tres adolescentes demandaron al Fiscal del caso para que se abstuviera de procesarlas. En la demanda se alegaba que la amenaza de Skumanick era en realidad una actitud en venganza por no haber aceptado un pacto previo al juicio y por haber tratado de defender sus derechos derivados de la Primera Enmienda (libertad de expresión)<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> *Miller v. Skumanick*, 605 F. Supp. 2d 634, 638 (M.D. Pa. 2009).

<sup>45</sup> “The girls were in opaque bras, talking on the phone and making the peace sign”.

<sup>46</sup> *Miller*, at 643.

El Tribunal que conoció de la demanda puso de manifiesto que los padres, en este caso, estaban amparados por la decimocuarta Enmienda, derechos sustantivos que se refieren al proceso debido y que reconoce el derecho a no tener que soportar las interferencias (indebidas) del Estado en las relaciones familiares<sup>47</sup>. De hecho, una de las madres de las demandantes testificó que ella no quería que su hija asistiera al programa, alegando que el programa de reeducación violaba su derecho a dirigir la educación de su hija. Junto a ello, las propias menores mantuvieron que tenían el derecho, bajo la primera Enmienda, a no ser forzadas en su libertad de expresión<sup>48</sup>. En caso de ser obligadas a participar en el programa, deberían escribir una redacción sobre el porqué sus acciones estaban mal y sobre su impacto en la víctima. En tanto que ellas creían que no habían hecho nada incorrecto, no debían ser obligadas bajo la advertencia de sufrir una grave condena a escribir esa redacción.

El Tribunal consideró que las demandantes tenían una razonable expectativa de éxito en el posible proceso que quisiera iniciarse, es decir, para demostrar que ambos derechos, los de los padres y los de las hijas, estaban constitucionalmente protegidos; en ese sentido, la amenaza de condena podía disuadir a una persona ordinaria de ejercer sus derechos y libertades protegidas a causa de las represalias.

Finalmente, el Tribunal entendió que se producirían daños irreparables para las demandantes si no se les daba la razón. En caso de procesarlas, se produciría un efecto negativo (*chilling effect*) en el ejercicio de la libertad de expresión futura de las tres adolescentes, en tanto se verían cohibidas en su libertad para expresarse y aparecer en fotografías, incluso aunque éstas fueran inocentes<sup>49</sup>.

Analícemos algunos aspectos sobre el caso que se acaba de exponer. En todo caso, debe decirse en primer lugar que la primera y la decimocuarta Enmienda no siempre pueden dar cobertura y soporte a la defensa de los acusados en un caso de *Sexting*. La primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege la libertad de expresión de la persona, exceptuando a algunas exclusiones tasadas. En *New York v. Ferber*, el Tribunal Supremo estableció una de tales excepciones en los casos de pornografía infantil, entendiendo por tal aquel “material que muestra a niños involucrados en una conducta sexual, aunque el material en sí no sea obsceno”<sup>50</sup>. La exclusión categórica efectuada hace extremadamente difícil utilizar la primera Enmienda como defensa, estableciendo la carga de la prueba a favor de los

<sup>47</sup> Id., citando *Gruenke v. Seip*, 225 F.3d 290, 303 (3d Cir. 2000).

<sup>48</sup> *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47, 61 (2006) (The Supreme Court has long held that the First Amendment's freedom of speech guarantee “prohibits the government from telling people what they must say.”).

<sup>49</sup> *Miller*, at 646.

<sup>50</sup> *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 749 n.2 (1982).

menores<sup>51</sup>. En *Osborne v. Ohio*<sup>52</sup> se extendió la exclusión para incluir la posesión de pornografía infantil. Sin embargo, más recientemente, el Tribunal Supremo, en *Aschcroft v. Free Speech Coalition*, puso sobre la mesa el debate en torno a la “pornografía virtual” infantil, entendiéndolo que las imágenes producidas *para ser mostradas* que contengan una actividad sexual explícita, aun sin la utilización de niños *reales*, todavía conservan la protección que dispensa la primera Enmienda<sup>53</sup>. Aquí se incluyen imágenes como las contenidas en Manga, o dibujos y representaciones artificialmente manipuladas<sup>54</sup>. *Aschcroft*, en cierto modo, crea la excepción a la excepción. Sin embargo, sería difícil argumentar que las imágenes en casos de “Sexting” se mantienen en esta categoría porque (i) se trata de niños *reales* y (ii) son reproducciones fotográficas de una *performance* también real.

En *Miller v. Skumanick*, el Fiscal intentó *coaccionar* a las menores para que acudieran a un programa de reeducación y escribieran una redacción sobre el porqué de su equivocación. Las menores argumentaron que se trataba de una forma de forzar su libertad de expresión protegida por la primera Enmienda. No obstante, no parece que sirva de precedente para impedir que los Fiscales intervengan en casos de *Sexting*: para ello necesitarán tan sólo eliminar el requisito de escribir algo que pueda ser interpretado como un acto atentatorio contra la libertad expresión.

En relación con la decimocuarta Enmienda, las conclusiones del Tribunal Supremo en *Miller* estuvieron otra vez limitadas a los hechos del caso concreto, y otra vez centradas en la petición de apuntar forzosamente a las adolescentes al programa de reeducación. Los padres argumentaron que ellos tenían un derecho bajo la decimocuarta Enmienda de dirigir y controlar el modo de educar a sus hijas. Es decir, los padres tienen el derecho de ser libres de ciertas formas de interferencia del Estado en las relaciones familiares, incluyendo este derecho el de controlar la educación de sus hijas<sup>55</sup>. De nuevo, el caso no podría invocarse en otras circunstancias, limitando su aplicabilidad, de no existir un atentado contra esta libertad tan directo como es forzarles a apuntar a sus hijos a un programa de reeducación. Con todo, parece discutible. Los padres tendrían que argumentar que su derecho, en realidad, incluye el derecho a controlar y castigar a sus hijos de la forma en que ellos consideren oportuno<sup>56</sup>. No obstante, los intereses públicos en presencia, con-

<sup>51</sup> Véase John A. Humbach, “Sexting” and the First Amendment”, *Pace Law Faculty Publications*. Paper 596 (2009) (“[T]he existence of the exclusion effectively reverses the presumption of unconstitutionality that would normally apply to content-based regulations of speech.”).

<sup>52</sup> 495 U.S. 103 (1990).

<sup>53</sup> *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S.234 (2002).

<sup>54</sup> Véase, en general, Richard Bernstein, “Must the Children be Sacrificed: The Tension between Emerging Imaging Technology, Free Speech and Protecting Children”, 31 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 406, 422 (2004) (noting that visual media that does not implicate the interests of real children are excluded from the law).

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, *Groenke v. Seip*, 225 F.3d 290 (3d Cir. 2000), y *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

<sup>56</sup> Un padre tiene el derecho a decidir cuanto sea necesario y los medios oportunos para imponer el ade-

cretamente la persecución penal de los infractores y la lucha para erradicar la pornografía infantil deberían limitar, a nuestro juicio, la libertad (y el derecho) de los padres en la educación de sus hijos.

#### 4. Menores infractores: a propósito de *Iowa v. Canal*

En *Iowa v. Canal*, se puede apreciar cómo los casos de *Sexting* pueden responder no tanto a una lógica del chantaje tras una simulación previa (como en el caso de la sentencia de Tarragona), a un consumo compartido (como en *A.H. v. State of Florida*), o a un marco de relaciones frívolas poco reflexivas entre compañeros de instituto (como en *Miller v. Skumanick*). El caso que a continuación se expone obedece a un comportamiento activo agresivo que puede asimilarse al delito de exhibicionismo (en España, por ejemplo, tipificado en el artículo 185 del Código Penal), en tanto que el receptor, en la mayoría de casos, no desea ni consiente a los deseos del remitente.

El 15 de mayo de 2005, C.E., una adolescente de 14 años recibió dos fotografías en su correo electrónico procedentes de J.C., compañero suyo en el instituto de 18 años de edad. Una de las fotografías mostraba el pene erecto de su remitente; en la otra aparecía simplemente su rostro. En el mensaje de texto adjunto a esta segunda fotografía podía leerse “te quiero”<sup>57</sup>.

J.C. envió las fotografías después de que C.E. le pidiera tres o cuatro veces en una misma conversación telefónica que le enviara una fotografía de su pene. C.E. recibió la fotografía en su e-mail, la vio, y creyó haberla borrado. C.E. declaró que se trataba de una broma, ya que otros amigos también lo estaban haciendo. En ningún caso pidió que le enviara la fotografía como medio para excitarse. Finalmente, matizó que ella tan sólo había pedido una fotografía de su pene, no de su pene erecto.

La madre de C.E., quien registraba el uso de Internet y del correo electrónico que hacía su hija, encontró las fotografías y las reenvió a su marido. Éste, a su vez, las mostró a un agente de policía, conocido de la familia en tanto que el padre de C.E. estaba en régimen de reserva para ese departamento policial. El Estado presentó acusaciones contra J.C. por violación del tipo penal recogido en el Código Penal de Iowa en la sección 728.2, por distribución a sabiendas de material obsceno a menores.

El Tribunal condenó a J.C. a un año de libertad vigilada (*probation*) y multa de \$250: Además, dispuso la inclusión de J.C. en el Registro de Delincuentes Sexuales

cuado control sobre sus hijos. En este punto es donde se discuten los casos de castigo corporal. Véase, en general, *State v. Singleton*, 705 P.2d 825 (Div. 1 1985).

<sup>57</sup> C.E. y J.C. eran amigos, a pesar de la diferencia de edad, habiéndose conocido apenas hacía un año antes de que sucedieran los hechos. De hecho, ambos pertenecían a un mismo grupo de amigos. C.E. solía por tanto salir y divertirse con compañeros mayores que ella. En todo caso, ambos reconocieron que eran tan sólo amigos.

y ordenó que se le realizara una evaluación previa a su puesta en libertad vigilada para determinar si era necesario algún tipo de tratamiento.

### III. DISCUSIÓN SOBRE POSIBLES ESTRATEGIAS POLÍTICO-CRIMINALES ANTE EL *SEXTING*

#### 1. Evaluación de estrategias y grupos de casos

En los Estados Unidos, ante la novedad del fenómeno se han sucedido intervenciones algo desproporcionadas por parte del Ministerio Fiscal. En Fort Wayne (Indiana), los Fiscales acusaron a un chico adolescente por un delito grave por enviar una foto obscena de sus partes privadas a algunas de sus compañeras de clase<sup>58</sup>. En Massachussets, la policía denunció por delitos de pornografía infantil a seis estudiantes, con edades comprendidas entre los 12 y los 14 años, por distribuir fotografías tomadas a la novia de uno de ellos desnuda<sup>59</sup>. Una adolescente de catorce años de Nueva Jersey fue arrestada en marzo por colgar fotos de ella misma desnuda en *MySpace*<sup>60</sup>. En Chambersburg (Pennsylvania) la policía está investigando a unos treinta estudiantes por un delito de pornografía infantil grave por posesión de fotografías de chicas desnudas en sus teléfonos móviles<sup>61</sup>.

La proliferación de casos y la práctica del *Sexting* está extendiéndose con fuerza entre los adolescentes norteamericanos. Tal y como apunta Julia H. McLaughlin (2010: 53) los adultos, sin duda, son cómplices en que haya cristalizado esta tendencia, en tanto que la sociedad actual glorifica el sexo y la juventud como dos iconos y herramientas de comunicación en los *mass media*. Los adolescentes son especialmente vulnerables a los problemas asociados con el *Sexting* si tenemos en cuenta su desarrollo neuronal; la susceptibilidad que muestran ante la presión del grupo o de sus iguales; su atracción hacia conductas de riesgo, así como la carencia de habilidades para el autocontrol que manifiestan.

La reacción social norteamericana, tanto a nivel legal y de las instancias encargadas de la persecución y enjuiciamiento de los delitos, como a nivel comunitario, se apoya en el fuerte rechazo de la sociedad norteamericana frente a la delincuencia sexual. Cuando el 29 de julio de 1994, Jesse Timmendequa, un agresor sexual exconvicto, después de cumplir íntegramente su condena, acaba violando y asesinando a Megan Kanka, una menor que vivía en el mismo vecindario, se inicia un

<sup>58</sup> Martha Irvine, Porn Charges for “Sexting” Stir Debate (Feb. 4, 2009), disponible en <http://www.msnbc.msn.com/id/29017808/>

<sup>59</sup> George Brennan, Youths Called to “Sexting” Hearing (Feb. 13, 2009), disponible en <http://www.capecodonline.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20090213/NEWS/902130335>

<sup>60</sup> Sexting Girls Facing Porn Charge Sue D.A. (Mar. 27, 2009), disponible en <http://www.cbsnews.com/stories/2009/03/27/earlyshow/main4896577.shtml>

<sup>61</sup> Ewa Roman, Student Sexting Investigation (Oct. 7, 2009), disponible en <http://www.whptv.com/news/local/story/Student-Sexting-Investigation/iUfmsg4fxEibEEQWrXI89g.csp>



profundo proceso de reforma de los derechos de privacidad de los exdelincuentes en los Estados Unidos. La familia Kanka no había sido advertida de la presencia, en su mismo barrio, de Jesse Timmendequa. Después de que el Estado de Nueva Jersey aprobara la conocida como *Megan's Law*, la legislación federal promulgó una ley, al año siguiente, estableciendo un procedimiento de registro y notificación para que los vecinos sepan cuando un agresor sexual se muda a su barrio<sup>62</sup>. En 2006, el Congreso aprobó la *Adam Walsh Act*, una extensa ley de protección a los menores que expande el ámbito de aplicación de la *Megan's Law*, añadiendo un sistema para la clasificación de los agresores sexuales, un registro para incorporar a los menores exconvictos, y orientaciones para asesorar a los Estados en la implantación de los registros de agresores sexuales<sup>63</sup>. Cualquier persona condenada por una agresión sexual contra un menor (aunque sea otro menor) está sujeta a las leyes del Estado que deben ser complementadas por la *Adam Walsh Act*. En Florida, una condena bajo la sección 827.071(3) puede, por ejemplo, suponer pena de prisión, multa y la necesaria inclusión del agresor en un registro de agresores sexuales.

En el Estado de Maine, por ejemplo, accediendo a través de la página web del Registro de Delincuentes Sexuales en <http://informe.org/sor/>, se pueden consultar los listados de ex delincuentes sexuales que, habiendo cumplido su condena, viven en alguna de las ciudades del Estado. De este modo, los vecinos, o cualquiera que esté pensando en mudarse a un barrio determinado, tiene la posibilidad de comprobar si en esa área viven ex convictos, en qué dirección, ver la fotografía de los distintos ex delincuentes, sus edades y los detalles de las condenas que hayan recaído sobre ellos. Para obtener toda esa información basta con *clickar*. No obstante, aportando los datos personales del solicitante se puede solicitar una información más detallada. En Florida, los menores juzgados como delincuentes por un crimen que los califica como agresores sexuales (s. 827.071) deben facilitar sus huellas dactilares para una “Tarjeta de Registro de Agresores Sexuales”<sup>64</sup>, con la obligación adicional de dar toda su información, incluyendo la dirección y los lugares en los que estudian o trabajan<sup>65</sup>.

El acceso y disponibilidad de esa información, a largo plazo, tiene un fuerte impacto en los derechos y la vida del exdelincuente. Quienes aparecen en el Registro, por el mero hecho de constar su nombre, son a menudo objeto de humillaciones y de la eventual violencia en la comunidad en la que acaban alojándose. Los requisitos que se les exige para fijar su lugar de residencia les prohíben vivir en determinados lugares y los impulsa lejos de sus familias y hogares. La notificación pública provoca que sea prácticamente imposible conseguir un trabajo o mantener el que se

<sup>62</sup> 42 U.S.C. §14071 (1996).

<sup>63</sup> 42 U.S.C. §16901 (2006)

<sup>64</sup> FLA. STAT. ANN. §985.4815(3) (West 2007).

<sup>65</sup> FLA. STAT. ANN §985.4815(4)-(5)(West 2007).

tenía<sup>66</sup>. Cuando esto le sucede a un menor, los efectos son aún, si cabe, más devastadores.

En España la arquitectura legal de protección e intervención relativa a menores se fundamenta, por contraste, en principios radicalmente distintos. Así, la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores consagra el *principio de interés del menor*, estableciéndose «un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a éstos en cuanto infractores penales, sobre la base de valorar especialmente el interés del menor», instaurando un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa (véase la Exposición de Motivos). Junto a ello, la protección de la privacidad en España, aun la de aquellos que han sido condenados por delitos graves, se establece en términos también distintos, aunque, en los últimos tiempos, se aprecia un acercamiento de posiciones<sup>67</sup>.

Ciertamente, hay algunos delitos por los cuales los menores deberían ser castigados (así, en los casos en los que el menor ha intentado causar un daño o su intención era victimizar a otro). Sin embargo, según Xiaolu Zhang (2010), en relación a quienes fueron condenados por posesión de pornografía infantil, en el caso de tratarse de fotografías entre ellos mismos, el castigo no parece adecuado al delito cometido. Las leyes que criminalizan los delitos relacionados con la pornografía infantil, pensadas en líneas generales para proteger a los menores, no pueden actuar en sentido contrario y penar como un delito sexual el llevado a cabo por un menor que ha obrado de manera impulsiva e irreflexiva, como sucede en la mayoría de casos de *Sexting*.

El *Sexting* adopta, en realidad, formas muy variadas. Como se verá, las numerosas acusaciones o investigaciones abiertas por *Sexting* en Estados Unidos obedecen a situaciones, contextos y motivaciones bien diversas. Algunos envían fotografías a otros en las que aparecen ellos mismos desnudos. Se dan casos de fotografías de parejas captadas mientras mantienen relaciones sexuales y enviadas a terceros. Hay amantes desdeñados y excesivamente desenvueltos que envían materiales a otros por venganza. Algunos menores, simplemente, siguen la cadena de transmisión de imágenes, reenviándolas irreflexivamente a terceros. El *Sexting* es un problema con muchos matices y aspectos que conviene tratar de forma separada, un problema que puede involucrar a mucha gente, con distintos roles en la perpetuación del fenómeno. El hecho de encontrar a una persona específica a la que condenar no eliminará el problema. Condenarlos a todos es imposible. Condenar a la persona a la que se

<sup>66</sup> No Easy Answers: Sex Offender Laws in the United States, Human Rights Watch Report, Volume 19, No. 4(G) (September 2007), disponible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0907webwcover.pdf>

<sup>67</sup> Así, en la última reforma del Código Penal Español se ha aprobado la introducción de medidas de libertad vigilada posteriores al cumplimiento íntegro de la pena: véase, por ejemplo: <http://www.diariodejusticia.com/index.php?id=445951>

ha causado más daño, aunque no esté exenta de culpa, puede conducirnos a un resultado injusto tal vez o ineficiente<sup>68</sup>.

Algunos autores han propuesto no intervenir en los casos de *Sexting* por cuanto se diferencian con claridad de los casos propiamente de pornografía infantil (Jaisankar, 2009). Así, se propone catalogarlo entre los *victimless crimes* (delitos sin víctima)<sup>69</sup>. No obstante, sucede con el *Sexting* como con otro tipo de conductas en las que, a pesar de revestir una menor gravedad con relación a los delitos con los que se compara, son de por sí conductas criminógenas. Piénsese, simplemente, en la red y el circuito de pedófilos que, de este modo, logran tener al alcance de su mano, gracias a este factor facilitador, material altamente valioso para sus fines. Los fenómenos de *Sexting* se asocian, con frecuencia, a conductas de acoso o *bullying*, chantajes y amenazas, delitos contra la integridad moral, etc. Por tanto, el mensaje que debe emitirse hacia los menores no puede ser neutral, como si *practicar Sexting* fuera algo inocuo. Ello sin perjuicio de que se propongan medidas de castigo más o menos intrusivas a los menores productores (víctimas) y receptores (agresores).

Además, frente a la prostitución “voluntaria” como paradigma de *victimless crime*, por ejemplo, en los casos de *Sexting*, al tratarse de menores, nos encontramos con que los menores no gozan de autodeterminación sexual, libertad reconocida a partir de un umbral mínimo de edad que, como es lógico, se recoge en la inmensa mayoría de legislaciones penales (véase, por ejemplo, el artículo 181.2 del Código Penal Español, relativo a los menores de 13 años).

En este punto, debe resaltarse la responsabilidad de los padres y educadores en la formación, vigilancia y control de los menores a su cargo, especialmente cuando les han facilitado medios tecnológicos sin ningún tipo de restricción ni supervisión por su parte. A este respecto, en España, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se introduce el principio de responsabilidad civil solidaria de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, cuando hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave (artículo 61.3). La cuantía que se deriva en algunos casos de *Sexting*, sin duda por el importante daño moral y psicológico causado, puede incentivar actitudes más responsables en quienes ostentan la posición de garante (al menos en cuanto a la responsabilidad indemnizatoria

<sup>68</sup> En el caso antes mencionado ocurrido en Pennsylvania, las tres adolescentes de entre 14 y 15 años se enfrentaron a acusaciones por producir, distribuir o poseer material de pornografía infantil (las fotografías de ellas mismas que enviaron a sus compañeros de clase). Por su parte, los tres chicos que recibieron las imágenes, tan sólo por la mera posesión. En todo caso, la pena podría suponer la inclusión en el Registro de Delincuentes Sexuales por tiempo no inferior a 10 años.

<sup>69</sup> Edwin M. Schur (1965: 171) ha definido los “*victimless crimes*” como aquellos intercambios voluntarios de servicios personales u objetos o productos que están socialmente desaprobados y legalmente prohibidos. Tales intercambios raramente causarían daño a alguien y, por tanto, a juicio de Schur, las leyes que

se refiere), como así a sucedido, por ejemplo, con la participación de menores en la *kale borroka* (lucha callejera) en el País Vasco.

Una recomendación que puede parecer *prima facie* extraña pero que se demuestra eficaz consiste en pagar a los menores la factura del móvil. *Trend Micro*, empresa dedicada a la seguridad de contenidos en Internet, así lo aconseja apoyándose en el estudio realizado por el *Pew Research Center*, cuyos resultados indican que el 7% de los adolescentes que pagan su factura envía *sexts*, frente al 3% de los que no se hacen cargo de los gastos (o sólo de una parte). Otro de los consejos que *Trend Micro* quiere dar a los padres con hijos en edades comprendidas entre los 12 y los 17 años consiste en limitar el número de mensajes de texto que el adolescente puede enviar. En este sentido, el estudio señala que sólo el 8% de los adolescentes que practican *Sexting* tienen restringido el número de mensajes de texto o de otros mensajes que pueden enviar, mientras que se ha encontrado que el 28% de aquellos que no lo practican tiene fijado un límite de mensajes por sus padres<sup>70</sup>.

## 2. Estudios empíricos sobre *Sexting* y algunas consideraciones criminológicas

### 2.1. Investigaciones específicas sobre *Sexting* carentes de hipótesis etiológicas

La mayoría de los estudios empíricos realizados sobre *Sexting* se han llevado a cabo hasta la fecha en Estados Unidos. En diciembre de 2008, *The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy*, junto con otras instituciones que colaboraron en la investigación, publicó el primer estudio específico en la materia, ya referido anteriormente, "Sex and Tech". En él se examinaba el rol que desempeña la tecnología en la vida sexual de los adolescentes y jóvenes adultos, a fin de comprender mejor cómo interactúan *sexo* y *ciberespacio*<sup>71</sup>.

Sólo un año más tarde, en diciembre de 2009, *The Pew Internet Project's Study* llevó a cabo una investigación de mayor envergadura, mediante una encuesta telefónica con representación en todo el país, en la que se les preguntaba a los adolescentes si habían enviado o recibido a través de su teléfono móvil fotografías o videos sexualmente provocativos apareciendo, ellos mismos o alguien conocido por ellos, desnudos o casi desnudos. En colaboración con la Universidad de Michigan llevaron a cabo una serie de *focus groups* con adolescentes de entre 12 y 18 años,

proscribieran tales 'delitos sin víctima' serían disfuncionales, por cuanto todos los intervinientes desean participar.

<sup>70</sup> Amanda Lenhart (2009) "Teens and Sexting", Pew Research Center, p. 2. ("The teens who pay their own phone bills are more likely to send "sexts": 17% of teens who pay for all of the costs associated with their cell phones send sexually suggestive images via text; just 3% of teens who do not pay for, or only pay for a portion of the cost of the cell phone send these images").

<sup>71</sup> Con posterioridad, por un lado, *The Cox Communications National Campaign's* realizó una encuesta online en colaboración con *The National Center for Missing and Exploited Children and Harris Interactive*, y por otro, la MTV en colaboración con *Associated Press* también llevó a cabo un estudio con base empírica en la materia.

durante los cuales los participantes tenían que escribir de forma privada sus experiencias con el Sexting<sup>72</sup>.

Sin embargo, tales estudios no dejan de moverse en un plano descriptivo, sin entrar a valorar las posibles causas o las explicaciones (criminológicas, sociológicas, psicológicas) que den cuenta de este nuevo fenómeno. Algunos autores han apuntado en la línea de que tales comportamientos sociales altamente perturbadores son una manifestación o resultado del creciente acceso y exposición a la pornografía infantil en la sociedad actual y de la erotización de la infancia (Leary, 2010: 18). Sin duda, tal y como han señalado otras investigaciones no específicamente relacionadas con el *Sexting*, a esta tendencia ayuda el *efecto desinhibidor* característico en las relaciones humanas que tiene lugar en Internet (entre otros, Suler, 2004; Taylor & Quayle, 2003: 192).

Así por ejemplo, aunque no exista consenso científico en cuanto a los efectos en los jóvenes y en su desarrollo evolutivo que se derivan de la exposición a material sexualmente explícito (Thornburgh & Lin, 2004), en tanto que no se tiene todavía un conocimiento cierto de si puede o no ser perjudicial, deberían adoptarse posiciones prudentes que protejan el interés de los menores hasta que no se obtengan resultados concluyentes: ante la duda, se debería, en este sentido, poner todos los medios para no causar un perjuicio en el desarrollo de los menores (Dombrowski *et al.*, 2007)<sup>73</sup>.

En lo que concierne a los menores, la pornografía es sin duda un instrumento de educación afectiva y sexual ciertamente empobrecedor (véase, por ejemplo, Quayle *et al.* 2006: 35)<sup>74</sup>. Al respecto, recientemente *The Witherspoon Institute* ha publicado un informe sobre los costes sociales derivados de la pornografía, *The Social Costs of Pornography* (2010), en el que se da inicio y se sientan las bases de un proyecto multidisciplinar sobre el impacto del consumo de pornografía desde la proliferación de la misma en Internet.

Tal y como ha señalado Michael Flood (2009: 394-395), la mayoría de los materiales pornográficos son demasiado explícitos para jóvenes y adolescentes; muestran la sexualidad humana de un modo alejado de la realidad; descuida los aspectos de privacidad e intimidad propios de una relación de amor; la mayoría de la porno-

<sup>72</sup> Por ejemplo, un participante explicaba: “Yeah, it happens a lot, my friends do it all the time, it’s not a big deal. Sometimes people will get into fights with their exs, and so they will send the nudes as blackmail, but it’s usually when or after you’ve been dating someone.”

<sup>73</sup> La relación entre consumo de pornografía, desviación y diversas conductas delictivas de naturaleza sexual y violenta ha sido objeto continuas investigaciones. En la revisión efectuada por Knudsen (1988) sobre la contribución causal que ejercía el consumo de pornografía en la posterior comisión de abuso sexual infantil, ya se concluía que era de una entidad menor y no concluyente, teniendo una influencia en todo caso indirecta. En definitiva, y por lo que aquí interesa, se trataría de plantear como hipótesis si el consumo de pornografía a una temprana edad, entre otras posibles consecuencias, se puede establecer como factor predictor de ciertas formas de violencia o maltrato en las relaciones de noviazgo y en la causación o exposición a fenómenos de *Sexting*.

<sup>74</sup> Quienes se refieren al efecto corruptor de la pornografía infantil en la propia víctima.



grafía es de carácter sexista y se basa y erotiza la violencia. Las investigaciones realizadas que pueden documentar el impacto del consumo de pornografía en niños y jóvenes son escasas, reflejando las evidentes restricciones legales y éticas que, en la práctica, presentan este tipo de estudios (Thornburgh & Lin, 2002). Por todo ello, Flood (2009), basándose en el variado conjunto de daños asociados a la exposición de niños y jóvenes a la pornografía (centrándose, sobre todo, en criticar su naturaleza sexista y violenta), sugiere investigar sobre las emergentes economías en las que se promueve el intercambio de pornografía y materiales de contenido explícito entre niños y jóvenes, ya sean interacciones voluntarias o en las que haya algún tipo de coerción en su producción o intercambio, por ejemplo a través del teléfono móvil. Del mismo modo propone este autor que se implementen estrategias en la investigación para movilizar a los jóvenes para resistirse ante discursos o experiencias que favorezcan o aprueben manifestaciones violentas o sexistas en los contenidos de los *mass media*.

En una reciente investigación con población adolescente en Taiwán (Lo & Wei, 2005) se obtuvo como resultado que los participantes accedían a contenidos pornográficos con mucha mayor frecuencia a través de Internet en comparación con otras fuentes (revistas, libros, etc.). Además, el estudio llevaba a apuntar que la exposición a contenidos pornográficos estaba asociada con una probabilidad mucho mayor de presentar actitudes y comportamientos sexualmente permisivos. De hecho, en un segundo estudio llevado a cabo con adolescentes en Suecia por Haggstrom-Nordin *et al.* (2005) reveló que un número representativo de participantes varones trataban de excitarse y llevar a la práctica fantasías sexuales que habían previamente visualizado en películas pornográficas. Finkelhor *et al.* (2000), por su parte, ya habían señalado que la exposición no deseada a materiales pornográficos puede provocar sentimientos negativos de alta intensidad, conducentes a un nivel de estrés significativo en el 23% de los jóvenes participantes.

Por otro lado, en un reciente estudio longitudinal llevado a cabo por Peter Jon Mitchell en Canadá, *How drugs, alcohol and other factors influence teen sexual activity* (2010)<sup>75</sup> se explora la relación existente entre la actividad sexual de los adolescentes (entre 14 y 19 años) y el consumo de sustancias, la salud emocional y la influencia de los padres y del grupo de amigos o compañeros. Los datos obtenidos muestran que el 39,9% han tenido relaciones sexuales consentidas (un 41,6% de chicas y un 38,1% de chicos). Algunos de los resultados más destacados señalan que (i) los adolescentes consumidores de marihuana tienen una probabilidad mucho mayor de llevar una vida sexual activa, especialmente entre las chicas; (ii) el in-

<sup>75</sup> *Rated PG, Part II: How drugs, alcohol and other factors influence teen sexual activity* uses data from Statistics Canada's *National Longitudinal Survey of Children and Youth* to draw correlations between drug use, drunkenness, time spent with a boyfriend or girlfriend and teen decisions about sexual activity. There's good news: Research indicates parents are much more influential in the lives of their teens than they might think.

crecimiento de episodios de consumo abusivo de alcohol se correlaciona con una mayor probabilidad de actividad sexual; (iii) se hallaron correlaciones entre los intentos de suicidio por parte de chicas adolescentes y una vida sexual activa; (iv) las conductas sexuales en la adolescencia aumenta el riesgo de enfermedades mentales, embarazos no deseados, y trastornos emocionales: cuanto antes se inicien las relaciones sexuales, mayores son los riesgos señalados, estando estos con frecuencia relacionados entre sí.

En cuanto a otras consideraciones sociológicas que ayudan a explicar el fenómeno del *Sexting* nos remitimos a lo tratado *supra* en el epígrafe I.2.2, no sin dejar de decir que sería interesante profundizar y tratar de verificar qué variables, condiciones o factores, familiares (estructura del hogar, estilos educativos), sociodemográficos (núcleos urbanos o rurales, capacidad adquisitiva), culturales o religiosos (con incidencia en el nivel de rechazo social o ético al consumo pornográfico, por ejemplo), situacionales o de otra índole pueden correlacionarse con una mayor pérdida del sentido de la intimidad o con actitudes o prácticas que conduzcan con mayor facilidad al *Sexting*.

## 2.2. Consideraciones criminológicas en torno al Sexting

Antes de analizar propiamente desde las teorías criminológicas los fenómenos de *Sexting* entre menores y jóvenes, desde el punto de vista de la sociología se pueden también plantear correlaciones entre lo que se ha denominado en el contexto norteamericano como *Hook Up Culture* y los fenómenos de *Sexting*. “Hooking up” no es un término de reciente creación, a pesar de que no es hasta los últimos años del siglo XX en que comienza a generalizarse su uso. Siguiendo a Kathleen A. Bogle (2008: 7-8), no se caracterizaría tanto por ser un *fenómeno* o un *sistema*, sino una *cultura*, aunque, en realidad, son conceptos que emplea indistintamente. En todo caso, su tesis es que las personas actúan en el contexto de normas culturales, siguiendo un *guión* (*scripting theory*). Según ese contexto cultural, las personas actuarán conforme a tales pautas en una situación dada, considerando su comportamiento sexual como algo socialmente aprendido.

Pues bien, no pretendemos aquí entrar a valorar hasta qué punto la conducta sexual se aprende o sigue un itinerario biológico, ni tampoco analizar críticamente (en base a valores o normas prescriptivas) el carácter de incorrecto, inmoral o desviado de tales pautas de comportamiento. Simplemente, tratamos de describir una realidad (*hooking up culture*) para relacionarla con los fenómenos de *Sexting* objeto de nuestras reflexiones.

A pesar de ello, sí que se puede apuntar, brevemente, que la cultura sexual “liberalizadora”, carente de todo valor de referencia, ha cristalizado en una sociología contemporánea de la sexualidad en la que la promiscuidad juvenil y la pérdida del sentido de privacidad reflejan un concepto de relación interpersonal efímera, banalizada, en la que lo sexual está desgajado de aquella realidad más humana o perso-

nal. En tal contexto, los fenómenos de *Sexting* son sólo un aspecto más, derivado de una visión del ser humano en la que el comportamiento sexual tiende, con mayor probabilidad, a lo patológico. A esa tendencia han ayudado todo un conjunto de factores, como son, por ejemplo, una educación sexual y de la afectividad orientadas a la libre espontaneidad, que a edades tempranas es, con mayor frecuencia, sinónimo de inestabilidad; o el elevado índice de desapego hacia los padres como consecuencia de una estructura familiar poco sólida. El diagnóstico arranca de los mismos inicios de la revolución sexual de los sesenta y prosigue con la consolidación de un nuevo *feminismo radical* en el que, entre otros frentes de lucha, estaría la liberación sexual de la mujer como manifestación no necesariamente de un exhibicionismo grosero o de la defensa del ejercicio libre de la prostitución, pero en todo caso como bandera de un ejercicio de la sexualidad que pretende equipararse a la del hombre<sup>76</sup>.

Dentro de las teorías criminológicas propiamente, de acuerdo con las teorías del aprendizaje social el menor infractor primeramente observa el comportamiento que, sólo con posterioridad, llevará a la práctica él mismo. Las reglas de la imitación, por tanto, son las que modelan la actitud y la conducta delictiva (por todos, Akers, 1988), siendo el período de la infancia aquel en el que la persona presenta una disposición altamente receptiva para la adquisición de nuevas actitudes, el desarrollo de habilidades para la resolución de problemas o la asimilación de patrones de comportamiento desviado. A este respecto, Rogers (2001), al estudiar las teorías del aprendizaje social y del *desapego moral* en relación con los comportamientos ciberdelictivos, halló en su investigación que la mayoría de conductas desviadas relacionadas con Internet tenía lugar a la edad de 16 años o antes incluso (Parti, 2008: 10).

Sin que se hayan realizado investigaciones empíricas, las teorías criminológicas que podrían ayudar a esclarecer algunos factores predictores importantes en relación con el *Sexting* son las teorías de los vínculos sociales y la teoría del autocontrol. Es decir, a modo de hipótesis parecería razonable que los adolescentes con mayores problemas afectivos, derivados de una estructura familiar deficiente, y con mayores problemas de autocontrol, estarían inclinados, en igualdad de condiciones, a dejarse llevar por conductas relacionadas con el *Sexting*. En la medida en que sobre el menor existan niveles de control formal e informal menos intensos y ex-

<sup>76</sup> En la línea que se acaba de apuntar, Bogle (2008: 182) se pregunta si, en tanto que la emergencia de la *hooking up culture* puede derivarse y retrotraerse situando su punto de arranque en la revolución sexual de los sesenta, se puede afirmar que se han logrado los objetivos del movimiento feminista de liberalización de la mujer. A este respecto señala que el comportamiento sexual de la mujer ha cambiado, a partir de los sesenta, de una forma mucho más radical que en el caso del hombre. Varios indicadores confirman la paridad o equiparación de sexos: por ejemplo, aunque históricamente la primera experiencia sexual en los hombres tenía lugar a una edad más temprana que las mujeres, actualmente prácticamente no se diferencian; o el hecho de que durante décadas el número de *partners* en el caso de los hombres era considerablemente

pectativas de futuro menos relevantes, realizará con mayor probabilidad conductas de riesgo (*no tiene nada que perder, ni nadie a quien defraudar*). La vergüenza, entendida como apego a cierto entorno con el que una persona se siente vinculado, operaría aquí un rol importante.

Deber tenerse en cuenta además que los menores y adolescentes son, por un lado, tremendamente vulnerables a la presión del ambiente y de su círculo de amigos y compañeros; y, por otro, poseen un elevado nivel de atracción hacia las actividades de riesgo (por ejemplo, McLaughlin, 2010: 53). Por tales motivos, la teoría de la asociación diferencial de Sutherland explicaría acertadamente las reglas y patrones de conducta que, con facilidad, pueden arrastrar a los menores a realizar comportamientos de este tipo.

En cuanto al contexto, los escenarios virtuales (ya sean los mensajes de móvil, los correos electrónicos, IM o *chats*) generan una atmósfera de anonimato<sup>77</sup>. Dentro de la tipología de lugares (a efectos criminológicos) acuñada por Brantingham y Brantingham (1995), Internet sería tanto un lugar criminógeno en el sentido de que por sus mismas condiciones genera delincuencia (*crime-generators*), como un espacio propicio que atrae al delincuente a cometer sus delitos (*crime-attractors*), en el que existen menores riesgos y abundan distintos objetivos. En el ciberespacio y, por extensión, los escenarios de realidad virtual provocan que las personas tengan pensamientos que, de otro modo, tratarían de refrenar (agresión, impaciencia, venganza), y en ese sentido más que un instrumento para el desarrollo humano y la sociabilidad de las personas constituyen un riesgo negativo (Parti, 2008: 12). En el mismo sentido, Castells (1998: 157) identifica algunos factores que contribuyen al desarrollo de pornografía infantil: (i) globalización de los mercados; (ii) condiciones de anonimato; (iii) la búsqueda generalizada de un mayor placer sexual en una sociedad en la que la sexualidad se concibe desde un prisma mucho más liberal y que, por tanto, promueve e incita la búsqueda de nuevas emociones; y (iv) la crisis de la familia.

Teniendo en cuenta la atracción del interés político y mediático relacionado con la pornografía infantil, se ha puesto de manifiesto la pobreza del conocimiento actual sobre la interacción, novedosa y cambiante, entre la sexualidad de los adultos, Internet, el interés sexual de los adultos por los menores y la propia pornografía infantil (Taylor & Quayle, 2003: 200). En ese sentido, un mayor conocimiento de la etiología, del *iter criminológico* de acuerdo con los factores concomitantes,

más elevado, diferencia que hoy en día es menos pronunciada. Tales cambios, a juicio de Bogle, eran precisamente los que tenían en mente los arquitectos del movimiento feminista para “liberalizar” a la mujer.

<sup>77</sup> En cuanto a Internet, Katyal ha señalado con acierto que «hoy en día el ciber-espacio es oscuro. No se puede ver qué están haciendo el resto de usuarios en un momento dado. Sin embargo, en la medida en que la preocupación por el delito informático va en aumento, la arquitectura podría suponer un giro repentino –del mismo modo a como sucedió con la irrupción de la luz de gas y la electricidad– y arrojar así luz sobre los usuarios en el ciber-espacio» (Katyal, 2002: 116; Agustina, 2009).

ayudaría sin duda a plantear las estrategias preventivas y reactivas con mayor conocimiento de causa y, por tanto, con mayor eficacia.

### 2.3. *Diferenciación entre pornografía infantil y Sexting como base para una adecuada estrategia de política criminal*

Como ha señalado buena parte de la doctrina, el término “pornografía infantil” se ha revelado confuso y altamente inadecuado (por ejemplo, Taylor & Quayle, 2003; Leary, 2008; Ost, 2009). Taylor y Quayle han señalado, en este sentido, que en algunas jurisdicciones el concepto de “child pornography” está ligado a nociones relacionadas con el concepto de “obscenidad”; en otras, a “comportamiento sexualizado”. A pesar de que su utilización es prácticamente universal, no refleja la verdadera naturaleza del material a que se refiere, ni la seriedad del abuso que comporta. En realidad, no es simplemente material pornográfico con temáticas para niños (o menores). Nos encontramos pues ante un problema social complejo, con muy diversos factores, que no se puede simplificar.

De forma alternativa se han propuesto distintas expresiones, tales como “*abuse images*” o “*child abuse images*”. En todo caso, se trataría de imágenes explotadas con fines sexuales en las que las víctimas son niños (véase, en extenso, Taylor & Quayle, 2003), existiendo diferencias de planteamiento en función del daño social (*harm principle*) que se atribuya a la conducta en sí misma. Suzanne Ost (2009: 240) entiende así que sólo estamos ante un comportamiento dañoso que deba ser criminalizado si se puede hablar de “explotación”. No obstante, por lo que aquí interesa, debemos centrarnos en las conductas de *Sexting* propiamente, es decir, en aquellas que supongan “auto-explotación” o auto-producción de material de pornografía infantil (*self-exploitation or self-produced child pornography*), conductas que, según parece razonable, siguen lógicas y dinámicas bien distintas.

Al respecto, Mary G. Leary argumenta que los menores no gozan, por lo general, de la suficiente madurez para reconocer el daño que se causa con la auto-producción de material pornográfico y, por tanto, la sociedad debería determinar la respuesta más adecuada ante el daño social que se deriva de tales conductas de *Sexting*. En algunos casos cabrá considerar la conveniencia de procesar a los menores involucrados; aunque, a su juicio, no debería ser ésta una respuesta automática u obligatoria: conviene distinguir caso por caso (Leary, 2010: 6).

McLaughlin (2010), por su parte, ha tratado de diferenciar ciertos casos de *Sexting* en los que sí se produciría un daño social, de aquellos otros casos en los que el Estado debería respetar una *legítima* privacidad compartida. A este respecto, entiende que puede considerarse jurídicamente oportuno reconocer una zona de no intromisión a los *menores adultos*, en la medida en que no se trate de materiales obscenos. A tal fin, ha propuesto tipificar el delito de *Sexting* en base a cuatro elementos: edad, contenido, consentimiento e intencionalidad (McLaughlin, 2010: 47-51).



Entendemos, no obstante, que si bien se puede defender una estrategia de política criminal “blanda” frente al *Sexting*, en el sentido de aplicar una legislación penal flexible que sólo criminalizara a aquellos menores que realicen conductas a partir de un umbral de lesividad social, ello no impide que se adopten, para aquellos casos menos perturbadores, medidas de un mayor carácter reeducativo; o que desde otras instancias se intervenga para evitar conductas que promuevan, faciliten o *relativicen* el intercambio consentido de imágenes susceptibles de ser catalogadas como “pornografía infantil”. A esta conclusión llegaríamos no sólo en interés y protección de un desarrollo integral de los menores, sino también como medio para neutralizar una fuente de producción de pornografía infantil y evitar que se beneficien pedófilos o cualquier otra persona que pretenda explotar económicamente un mercado, ciertamente, muy peligroso. En todo caso, conviene no olvidar que a las conductas de *Sexting* pueden seguir, con relativa facilidad, otros comportamientos delictivos, ya sea *grooming* o *cyberbullying*. Es decir, que el hecho mismo de producir para un consumo compartido entre los propios protagonistas supone ya una puesta en peligro, debido a la alta probabilidad de difusión de las imágenes, ya sea de un modo consentido, involuntario o buscado por terceros.

En cuanto a las sanciones o consecuencias penales, al menos en el caso español, éstas proporcionan un ancho margen de discrecionalidad a la hora de elegir la *medida* que deba imponerse a un menor en cada caso. Con ello quiere decirse que, en el momento de determinar qué medida conviene aplicar, puede discernirse si se trata de un caso en el que el principio de lesividad ha sido rebasado con mayor o menor profusión.

De forma preliminar, conviene resaltar algunos aspectos centrales y algunos interrogantes que, a la luz del derecho vigente en España, es decir, *de lege lata*, deberían tenerse presentes en la resolución jurídica de buena parte de los problemas:

(i) Los menores de edad con más de 13 años (o “menores adultos”) pueden decidir libremente sobre su sexualidad, puede gustar o no, pero es lo que establecen las leyes. Además de los usos y prácticas sociales, conviene considerar que cualquier intento de restringir su libertad podría ir en contra de la Ley de Protección Jurídica del Menor que señala que la limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva (art. 2)<sup>78</sup>. Aquí se plantearían distintos problemas con el ejercicio de la patria potestad.

(ii) Si los menores de más de 13 años tienen libertad para decidir su vida sexual, y esta libertad no puede interpretarse de forma restrictiva, al igual que pueden

<sup>78</sup> Como marco general, después de expresar en su artículo 3 que «los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales», el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor señala, en su primer epígrafe que «los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones».

mantener relaciones sexuales *con quien les dé la gana* (guste o no), siempre que no haya abuso, engaño, manipulación, violencia, lo mismo pueden hacer respecto al “sexo virtual”: pueden *tener* sexo virtual con quien quieran. No obstante, en este punto podrían presentarse problemas interpretativos al diferenciar entre una fotografía y una imagen *online* en directo.

(iii) Distinto es que comercialicen o simplemente difundan de forma consciente esos actos de contenido sexual a través de imágenes: esto sí lo tienen prohibido ya que así lo establece el Código Penal (por tratarse de material susceptible de ser considerado pornografía infantil, a pesar de su origen no convencional). Por tanto, parece que el problema (o la solución) radica en su *transmisibilidad* a terceros.

(iv) Quien recibe las imágenes, si las ha obtenido libremente por parte de la otra persona menor de edad, está obligado en todo caso a respetar el derecho a la intimidad, a la propia imagen y al honor del otro, de tal manera que tiene vedada su difusión; si las difundiera cometería un delito (art. 197 CP), pero si las mantuviera en la privacidad (como si recibe una carta de contenido indecente) ¿no cometería delito alguno?

(v) Si quien recibe las imágenes, además, intenta chantajear, amenazar, herir, zaherir o vejar a alguien, cometerá los delitos que correspondan.

(vi) Tal vez debería existir un artículo en el Código Penal que dejara sin efecto toda agravante basada en diferencias de edad (es decir, si la víctima es menor de edad) cuando tanto autor como perjudicado, víctima o sujeto pasivo del delito sean menores de edad, lo que tendría aplicación tanto en los delitos de tráfico de drogas entre menores, como en el resto de conductas.

Distintas son las vías o herramientas jurídico-penales con las que afrontar en la actualidad las conductas de *Sexting*. En el ordenamiento jurídico español, podríamos acudir, dependiendo de los hechos ante los que nos enfrentemos, al delito de descubrimiento y revelación de secretos; al delito de amenazas o coacciones; o a los delitos contra la libertad sexual o contra la integridad moral. En este sentido, y respondiendo al título que da origen al presente artículo, si bien no parece razonable utilizar instrumentos penales *stricto sensu* en contra del menor-víctima y, de forma “indirecta”, productor o fuente de las imágenes pornográficas, *siempre que su consentimiento se hubiere limitado a la esfera de intimidad compartida*; tampoco parece inoportuno que se establezcan mecanismos de intervención ante la (como mínimo) ingenua conducta del menor-víctima que pone su imagen desnuda o semi-desnuda a disposición de un tercero que, a su vez, la pone en circulación. Ante este tipo de víctimas conviene realizar las siguientes observaciones:

(i) En referencia a la responsabilidad civil derivada de los daños causados, se debe distinguir primeramente entre el *daño individual* infligido al menor-víctima que ve cómo se ponen en circulación unas imágenes llamadas a permanecer en el ámbito de lo privado; y el *daño social* derivado de la puesta en el mercado de

material de pornografía infantil, material que fue creado por el menor-víctima y que, aunque de forma involuntaria, ha alimentado e instigado ese mercado, e incluso, puede haber causado daños psicológicos en las personas (menores algunos de ellos) a las que se les envió las imágenes. Esta segunda clase de daño, de dimensión social, atenta contra la seguridad física y psicológica de los menores en su conjunto y de los valores de la sociedad en general, en tanto que la comunidad de ciudadanos ha expresado con contundencia, a través de normas penales, su deseo de vivir en una sociedad libre de pornografía infantil, siendo este un valor social compartido de alta estima que se ha visto violado por la conducta irresponsable del menor-víctima. El comportamiento del que posee pornografía infantil para consumo privado, además de producir y perpetuar un daño en la persona del menor-objeto, atenta contra los vínculos morales de la sociedad (véase, por ejemplo, Suzanne Ost, 2009: 120).

Pues bien, los padres, tutores o guardadores del menor-víctima también deberían responder civilmente, tal vez en menor medida que los padres del menor-infractor o difusor de las imágenes por los daños sociales ocasionados. La responsabilidad civil de quienes ostentan una posición de garantía o un deber de vigilancia respecto de los menores actuaría, de este modo, como un mecanismo de prevención (*vid.*, en España, art. 61.3 LO 5/2000)<sup>79</sup>. Como es lógico, no se trata de un deber de responsabilidad civil objetiva, sino que admitiría prueba en contrario<sup>80</sup>.

(ii) Tanto para el menor-víctima como para el menor-infractor, cabría proponer una medida de libertad vigilada y/o socio-educativa que tuviera por finalidad mejorar su educación sexual y concienciarles sobre el respeto debido a la intimidad y el sentido de la dignidad del propio cuerpo (en España, véase artículo 7.1 h) 1ª LO 5/2000)<sup>81</sup>. En este punto podrían surgir discrepancias sobre si es legítimo imponer una determinada educación sexual a los menores. No obstante, con las posibles medidas que se proponen no se pretende una orientación decisiva en este punto, sino tan sólo el (debido) respeto a la dignidad propia y ajena en una fase evolutiva de la persona especialmente sensible, como es la franja de edad en la que los menores empiezan a conocer las distintas manifestaciones de su dimensión sexual.

<sup>79</sup> El artículo 61.3 LO 5/2000 establece la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios causados por el menor de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, señalándose que «cuando no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

<sup>80</sup> Se entiende, como es lógico, que sólo en aquellos casos en los que la difusión de imágenes se realiza sin mediar fuerza ni intimidación el menor-víctima (y sus padres) pueden tener algún tipo de responsabilidad. No obstante, si ha mediado engaño habría que ver caso por caso hasta qué punto el menor-víctima pudo impedir la difusión de las imágenes, por ejemplo, si se trató de un burdo engaño y el menor-víctima debió desconfiar absolutamente del menor-infractor (así en los contactos con extraños en la red). En estos casos no parece irrazonable que el menor sea plenamente responsable.

<sup>81</sup> Junto a ello, se podría potenciar (al menos en algunos casos) la resolución del conflicto por vía extrajudicial mediante la concreción de un programa de mediación-reparación alternativo.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

1. A partir de la revolución sexual de los años sesenta, durante los últimos cuarenta años se ha puesto en marcha un sistema de representaciones de la sexualidad que, entre otras muchas manifestaciones, ha supuesto un cambio en el modo de vivir las relaciones sexuales (promiscuidad, precocidad, despersonalización o disociación) y un debilitamiento del concepto tradicional de intimidad. Junto a ello, la revolución tecnológica y el consumo de masas de los nuevos instrumentos de comunicación e información han facilitado, todavía más, esa *pérdida del sentido de privacidad*. Especialmente Internet ha incrementado la realización de comportamientos desviados tales como el abuso sexual, la explotación y la pornografía infantil (Taylor & Quayle, 2003: 192).

2. Todos estos cambios, sin duda, influyen en las concepciones morales, en el respeto de la dignidad del ser humano (sobretudo en situaciones de vulnerabilidad) y en el desarrollo integral de la persona, especialmente de los menores. Como consecuencia de tales cambios, los fenómenos de *Sexting*, así como otras formas de difusión de pornografía infantil, plantean sin duda nuevos retos político-criminales. Ante tales retos, no parece razonable atribuir a una reacción social en cadena, agitada por movimientos conservadores, la defensa desproporcionada de la indemnidad sexual de los menores frente a posibles agresores; o una irracional exigencia de un nivel de “decencia” entre los menores. En todo caso, los defensores de catalogar tales procesos como una manifestación más de *moral panics* (Ost, 2009: 148), o de reivindicar el derecho a un mínimo espacio de *privacidad compartida*, deberían demostrar los fundamentos de su posición, y no al contrario, al hallarnos en presencia de intereses en la protección de menores.

3. Sin embargo, las normas penales no pueden ser la solución para todos los casos, ni se debería intervenir, en el supuesto de considerarlo pertinente, en las conductas y en el entorno de los menores con la misma contundencia con que sucede en el Derecho penal de adultos. Por ello, se hace necesaria una reflexión sobre las causas y los posibles remedios a los problemas que se están planteando en la actualidad como consecuencia de una actitud transgresora por parte de los menores en este ámbito. La valoración de una etiología criminológica que correlacionara *Sexting* con una mayor abundancia de material de pornografía infantil y de adultos podría ayudar a orientar distintas estrategias de prevención primaria, secundaria y terciaria.

4. De acuerdo con tales reflexiones, convendría crear mecanismos y/o instrumentos adecuados para prevenir con eficacia y proporcionalidad conductas que, en caso de extenderse, podrían inundar el mercado de imágenes y materiales de pornografía infantil. En esa línea, se propone estudiar fórmulas para una intervención más decidida, que reduzca un pretendido espacio de privacidad de los menores para garantizar el ejercicio de la patria potestad. De este modo, el deber de vigilancia y

control paterno (o de las figuras que lo sustituyen), estimulado por la responsabilidad civil *in vigilando* o *in omittendo*, puede sin duda ayudar a los padres (o a quienes cumplen sus funciones) a concienciarse del problema y responsabilizarse sobre la necesidad de supervisar a los menores en el uso de los medios tecnológicos y en el desarrollo de su afectividad, sexualidad e intimidad personal.

5. Entendiendo que las conductas de *Sexting* no pueden equipararse ni formal ni valorativamente a la producción de pornografía infantil, sería conveniente tipificar de modo expreso la conductas de *Sexting*, sin perjuicio de que, en el momento actual, pudiera acudirse al tipo previsto en el artículo 189.4 del Código Penal (hacer participar a un menor en conductas de naturaleza sexual que sean perjudiciales para su desarrollo). Ello no obsta para que se persiga a quien difunde dicho material por la vía del artículo 189.1 b), delito más grave y cuyo marco penal es de 1 a 4 años de prisión.

A pesar del esfuerzo interpretativo que se acaba de referir, con la pretensión de ofrecer soluciones jurídicas que permitan la incriminación de esas conductas, parece (muy) difícil que algunas de esas acciones de *Sexting* superen en nuestro sistema el juicio de tipicidad. Se han apuntado ya algunos de los obstáculos, aunque no sean definitivos. Por la vía del argumento relativo a que se trata de un *delito sin víctima*, o por la de la necesaria lesión del bien jurídico, se abren formas de escape que pueden ser muy socorridas para los Tribunales españoles. Por el contrario, el argumento referido a la indisponibilidad del bien jurídico por los propios menores, a quienes no se les reconoce capacidad de autodeterminación en la esfera sexual por debajo de 13 años, ofrece una línea interpretativa que puede resultar muy fructífera, desde la tesis incriminadora aquí postulada.

6. Se impone, por todo lo anterior, una solución legislativa que defina la porción de injusto que ha de ser objeto de tipicidad. Los defectos de la legislación española están llevando a la jurisprudencia española a dictar resoluciones que favorecen la lenidad respecto de algunas conductas singularmente graves.

A tal fin, antes de sugerir en Anexo una propuesta concreta de regulación, analizaremos, siguiendo a Arcabascio (2010)<sup>82</sup>, algunas de las regulaciones penales en la materia por parte de los Estados de Nebraska y Vermont.

En el Código penal del Estado de Vermont, se prohíbe a los menores utilizar ordenadores u otros instrumentos de comunicación electrónica para enviar a terceros,

<sup>82</sup> Quien en relación a qué estrategia de respuesta sería más conveniente expone lo siguiente: “Sexting between or among teens certainly is not behavior that the rational adult condones, but to treat sexters as pornographers flies in the face of reason. One thing is clear: high school teenagers who sext should not face charges under pornography statutes. The harm caused to teenagers greatly outweighs any benefit to society. It is incomprehensible to treat a teenager like a pedophile, rapist, or pornographer, and subject him or her to almost a lifetime classification as a sex offender for sexting”.



sin que medie fuerza o engaño, imágenes visuales indecentes de sí mismos<sup>83</sup>; del mismo modo, se prohíbe a cualquiera la posesión de dichas imágenes, siendo en ambos casos considerados igualmente menores infractores (*delinquents*)<sup>84</sup>. En cuanto al procedimiento y normativa aplicable, los menores que infringan esta prohibición deberán someterse a la Justicia Juvenil en lugar de sujetarse a las leyes relativas a los delitos de explotación sexual y a las normas de los Registros par agresores y delincuentes sexuales<sup>85</sup>. Por su parte, en el Estado de Nebraska<sup>86</sup>, se permite (o se considera que no constituye delito) la posesión por parte de un menor de imágenes de contenido sexual explícito relativas a un menor de 15 años, siempre que (i) se trate sólo de un único menor; (ii) las imágenes fueran captadas sin mediar fuerza o intimidación; y (iii) no fueran reenviadas a ninguna otra persona.

Pues bien, en nuestra opinión y a la luz de las consideraciones precedentes sería conveniente proponer una (nueva) reforma del Código penal a fin de introducir algunas modificaciones en el artículo 189 del mismo, relativo a los delitos de pornografía infantil.

<sup>83</sup> Section 2802b(a)(1) of the Vermont Criminal Code states that “[n]o minor shall knowingly and voluntarily and without threat or coercion use a computer or electronic communication device to transmit an indecent visual depiction of himself or herself to another person.”

<sup>84</sup> (b) Penalties; minors.

(1) Except as provided in subdivision (3) of this subsection, a minor who violates subsection (a) of this section shall be adjudicated delinquent. An action brought under this subdivision (1) shall be filed in family court and treated as a juvenile proceeding pursuant to chapter 52 of Title 33, and may be referred to the juvenile diversion program of the district in which the action is filed.

(2) A minor who violates subsection (a) of this section and who has not previously been adjudicated in violation of that section shall not be prosecuted under chapter 64 of this title (sexual exploitation of children), and shall not be subject to the requirements of subchapter 3 of chapter 167 of this title (sex offender registration).

(3) A minor who violates subsection (a) of this section who has previously been adjudicated in violation of that section may be adjudicated in family court as under subdivision (b)(1) of this section or prosecuted in district court under chapter 64 of this title (sexual exploitation of children), but shall not be subject to the requirements of subchapter 3 of chapter 167 of this title (sex offender registration).

(4) Notwithstanding any other provision of law, the records of a minor who is adjudicated delinquent under this section shall be expunged when the minor reaches 18 years of age.

(c) Penalties; adults. A person 18 years of age or older who violates subdivision (a)(2) of this section shall be fined not more than \$300.00 or imprisoned for not more than six months or both.

(d) This section shall not be construed to prohibit a prosecution under section 1027 (disturbing the peace by use of telephone or electronic communication), 2601 (lewd and lascivious conduct), 2605 (voyeurism), or 2632 (prohibited acts) of this title, or any other applicable provision of law.

<sup>85</sup> Para una revisión crítica de las legislaciones de los distintos Estados norteamericanos que han regulado específicamente la cuestión del *Sexting* puede consultarse el listado proporcionado por Arcabascio (2010).

<sup>86</sup> *Bill Number*: L.B. 97.

## V. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 189 DEL CÓDIGO PENAL<sup>87</sup>

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a **cinco** años:

a) El que **captare o** utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos o privados, o para **elaborar cualquier clase de** material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, **ofreciere** o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hubiesen sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

*c) El menor de edad que, sin mediar fuerza o intimidación, produjere imágenes pornográficas de sí mismo o de otro menor con el que mantuviere una relación de intimidad compartida, y le diere difusión a terceros. Del mismo modo, serán criminalmente responsables quienes, aun sin haber participado en modo alguno en su producción, transmitieren o recibieren dichas imágenes. En todo caso los menores serán responsables de acuerdo con la ley penal del menor.*

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de **cinco a nueve** años los que realicen los actos previstos en el número 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años;
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio;
- c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico;
- d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual;
- e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades;
- f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

<sup>87</sup> Con la aprobación de la nueva reforma del Código penal español (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), se han modificado algunos aspectos del artículo 189 y se ha incrementado el marco penológico básico (pasando la pena máxima de 3 años a 5 años). Se ha suprimido el epígrafe 8 del artículo 189 y se ha añadido un artículo 189 bis. En **negrita** se señalan los cambios ya introducidos por la reforma y en *cursiva* los propuestos ahora.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. ***Del mismo modo será castigado quien, debiendo velar por el adecuado desarrollo o educación de un menor o de un grupo de menores, no pusiere los medios para impedir las conductas descritas en el apartado c) del presente artículo, siempre que tuviere conocimiento de ello, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiese derivarse.***

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años, el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.”

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Agustina, José R. (2009) “Arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual”. *International E-Journal of Criminal Sciences*, No 3 (2009).
- Anatrella Tony (2008 [1998]) *La diferencia prohibida. Sexualidad, educación y violencia*. Madrid: Ediciones Encuentro.
- Arcabascio, Catherine (2010) “Sexting and teenagers: omg r u going 2 jail???” . *Richmond Journal of Law and Technology*, Spring 2010.
- Bogle, Kathleen A. (2008) *Hooking Up. Sex, Dating, and Relationships on Campus*. New York University Press.
- Castells, Manuel (1997) *La era de la información: Fin de milenio*. Vol. 3. Madrid: Alianza Editorial.
- Corbett, Don (2009) “Let's talk about sext: The challenge of finding the right legal response to the teenage practice of “Sexting””. *Journal of Internet Law*, December 2009.
- Crewdson, J. (1998) *By Silence Betrayed: Sexual Abuse of Children in America*, Boston: Little Brown.
- Dombrowski, Stefan C., Gischlar, Karen L., Durst, Theo (2007) “Safeguarding Young People from Cyber Pornography and Cyber Sexual Predation: A Major Dilemma of the Internet”. *Child Abuse Review* Vol. 16: 153–170 (2007).
- Etzioni, Amitai (1999) *Limits of Privacy*. New York: Basic Books.

- Finkelhor, David (2007) "Developmental Victimology". In Davis, R.C., Luirigio, A.J., Herman, S. (Eds), *Victims of Crime* (3rd Edition) (pp. 9-34). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Finkelhor, David, Mitchell, K., Wolak, J. (2000) *Online Victimization: A Report on the Nation's Youth*. National Center for Missing and Exploited Children.
- Flood, Michael (2009) "The Harms of Pornography Exposure Among Children and Young People". *Child Abuse Review* Vol. 18: 384-400.
- Giddens, A. (1992) *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love & Eroticism in Modern Societies*. Stanford: Stanford University Press.
- Girard, René (1997) *Literatura, mimesis y antropología*. Barcelona: Gedisa.
- Humbach, John A. (2010) "'Sexting' and the First Amendment". *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Spring 2010.
- Jaishankar, K. (2009) "Sexting: A new form of Victimless Crime?". *International Journal of Cyber Criminology*, January-June 2009, Vol. 3 (1): 21-25.
- Jenkins, Philip (2009) "Why Do Some Social Issues Fail to Detonate Moral Panics?". *British Journal of Criminology*, January 2009.
- Katyal, N.K. (2002), Digital Architecture as Crime Control, 111 *Yale Law Journal* 1039.
- Knudsen, Dean D. (1988) "Child Sexual Abuse and Pornography: Is There a Relationship?" *Journal of Family Violence*, Vol. 3, No. 4, 1988.
- Kympel, Amy F. (2010) "Using laws designed to protect as a weapon: Prosecuting minors under child pornography laws". *New York University Review of Law and Social Change*.
- Leary, Mary G. (2008) "Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation". *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, Vol. 15, No. 1.
- Lo, V., Wei, R. (2005) "Exposure to Internet pornography and Taiwanese adolescents' sexual attitudes and behaviour". *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 49: 221-237.
- Marwick, Alice E., Diaz, Diego Murgia, Palfrey, John (2010) *Youth, Privacy and Reputation*. Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 10-29.
- McLaughlin, Julia Halloran (2010) "Crime and Punishment: Teen Sexting in Context". ExpressO. Disponible en [http://works.bepress.com/julia\\_mclaughlin/1](http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1)
- Mitchell, Peter Jon (2010) *How drugs, alcohol and other factors influence teen sexual activity* (Rated PG, Part II), Institute of Marriage and Family Canada. Disponible en: [http://www.imfcanada.org/article\\_files/Rated\\_PG\\_Part\\_II.pdf](http://www.imfcanada.org/article_files/Rated_PG_Part_II.pdf)
- Navarro, B., Peters, B. (1995) «Pornography harms society», in *Sexual Values. Opposing Viewpoints*, Cozic, Charles (ed), pp.128-135.
- Ost, Suzanne (2009) *Child Pornography and Sexual Grooming. Legal and Societal Responses*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Parti, Katalin (2008) "Deviances in the Virtual Reality or the character-altering power of virtual communities". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16 No 3, pp. 325-343(19).

- Quayle, Ethel, Erooga, Marcus, Wright, Louis, Taylor, Max, and Harbinson, Dawn (2006) *Only Pictures? Therapeutic Work with Internet Sex Offenders*, Dorset: Russell House Publishing.
- Ragués i Vallès, Ramon (2006) en Silva Sánchez et al., *Lecciones de Derecho Penal*, Barcelona: Atelier.
- Serrano Maíllo, Alfonso (2008) *Introducción a la Criminología*. Madrid: Dykinson.
- Shafron-Perez, Shannon (2009) “Average teenager or sex offender? Solutions to the legal dilemma caused by Sexting”. *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Spring 2009.
- Schur, Edwin M. (1965) *Crimes without victims: Deviant behavior and public policy: Abortion, homosexuality, drug addiction*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Tate, T. (1990) *Child Pornography: An Investigation*, London: Methuen.
- Taylor, Max, Quayle, Ethel (2003) *Child Pornography. An Internet Crime*. New York: Routledge.
- Tyler, R. (1985), «Child Pornography: Perpetuating the Sexual Victimization of Children», *Child Abuse & Neglect* 9 (3): 313–318.
- Wortley, Richard, Smallbone, Stephen (2006a) *Child Pornography on the Internet*, Problem-Oriented Guides for Police, Problem-Specific Guides Series No. 41, Community Oriented Policing Services (COPS), U.S. Department of Justice, Washington.
- Wortley, Richard, Smallbone, Stephen (2006b) (ed), «Applying Situational Principles to Sexual Offenses against Children», in *Situational Prevention of Child Sexual Abuse: Crime Prevention Studies 19*. Cullompton: Willan.
- Zhang, Xiaolu (2010) “Charging children with child pornography – Using the legal system to handle the problem of *Sexting*”. *Computer Law & Security Review*, Volume 26, Issue 3, pp. 251-259.

### **INFORMACIÓN DE INTERÉS EN INTERNET**

- <http://www.swgfl.org.uk/Staying-Safe/Sexting-Survey>
- <http://www.pewinternet.org/Reports/2009/Teens-and-Sexting.aspx>
- <http://www.thenationalcampaign.org/sextech/>
- <http://pewresearch.org/pubs/1440/teens-Sexting-text-messages>
- <http://research.lawyers.com/Sexting-Awareness-and-Perceptions-Parents-Study.html>
- <http://getparentalcontrols.org/2009/04/23/new-survey-on-Sexting---it's-not-just-for-teens-anymore/>
- [http://www.myfoxchicago.com/dpp/news/special\\_report/20100428-Sexting-digging-deeper?obref=obinsite](http://www.myfoxchicago.com/dpp/news/special_report/20100428-Sexting-digging-deeper?obref=obinsite)
- <http://cyberbullying.us/blog/Sexting-education-research-and-multidisciplinary-prevention-and-response.html>
- [http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios\\_e\\_Informes/Estudios\\_e\\_Informes\\_1/Estudio\\_moviles\\_menores](http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios_e_Informes/Estudios_e_Informes_1/Estudio_moviles_menores)
- <http://www.Sexting.es/index.html>
- <http://www.pantallasamigas.net/>
- <http://www.protegeles.com/>



<http://www.education.com/reference/article/Sexting-new-study-truth-dare-scenario/>  
[http://im.about.com/od/Sexting/United\\_States\\_Sexting\\_Laws.htm](http://im.about.com/od/Sexting/United_States_Sexting_Laws.htm)  
<https://legisweb.state.wy.us/LsoResearch/2010/10RM001.pdf>  
<http://www.pcusa.org/phewa/networks/padvn/dvpacket09/texting.pdf>  
<http://www.jlc.org/files/Sexting-da-press-release.pdf>