

EL DEBATE SOBRE LA PENALIZACIÓN O NO DEL *SEXTING PRIMARIO* ENTRE MENORES: EL CONTEXTO DE RESPUESTA, SU INCOHERENCIA Y EL DESCONOCIMIENTO DE LÍMITES¹

Lina Mariola Díaz Cortés

Profesora Ayudante Doctora

Área de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España)

ldiaz@usal.es

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. El contexto que define la respuesta. 2.1. Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. 2.2. Del menor víctima al menor victimario. 3. Menores e Internet: una relación manejada desde la incoherencia. 3.1. Un punto de partida: su papel en el proceso de socialización. 3.2. La respuesta de la agenda política. 4. Desconociendo los límites: la necesidad de actuar con medida. 4.1. Normalidad vs riesgos. 4.2. Su vinculación con el principio de proporcionalidad. 4.2.1. Razones prima facie en contra de la constitucionalidad de una ley: el necesario reconocimiento al menor del derecho a la intimidad y a la vida privada. 4.2.1.1. Contexto general: el desplazamiento de derechos en aras de protección del menor. 4.2.1.2. Las razones. 4.2.1.2.1. La «libertad sexual» y el sexting primario por parte de menores: vinculación con el concepto de pornografía infantil. 4.2.1.2.2. La negación de la libertad de expresión en esfera privada de los menores en el ámbito sexual. 4.2.2. Razones prima facie a favor de la constitucionalidad: su necesaria vinculación con la pornografía infantil. 4.2.2.1. Los límites en el manejo de su intimidad. 4.2.2.2. El fin legítimo: afección a un bien jurídico y la generación de riesgos. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía

¹ Este artículo es el desarrollo de mi ponencia en el *Convengno internacionale «Uguaglianza, Proporzionalita´ Proporzionalita´ nel Diritto Penale Contemporaneo»* celebrado en la *Università degli Studi di Modena è Reggio Emilia*, organizado por *DIPLAP —Laboratorio Permanente di Diritto Penale—* e dalla *Cattedra di Diritto Penale del locale Dipartimento di Giurisprudenza*, 28 y 29 de septiembre de 2017 y ha sido realizado bajo la coordinación del Profesor Fernando Pérez Álvarez en el marco del Proyecto I+D+i (MINECO) «Privacidad y Redes Sociales» (DER2013-42294-R).

1. Consideraciones previas

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante TICs), evidencian el impacto de la revolución tecnológica en la sociedad actual, al punto que han llegado a modificar la forma en que el ser humano entiende, construye e interviene en las relaciones sociales. Provocan nuevas formas de pensar tanto en lo social como cultural, dándose una «*penetración transversal de las tecnologías en todos los ámbitos sociales*», lo cual hace que hoy en día una gran cantidad de relaciones sociales «*estén condicionadas y contextualizadas por las tecnologías*»².

En relación a los menores, desde diferentes disciplinas se ha analizado la influencia de las TICs en su proceso de desarrollo. En general, podemos decir que las TICs proporcionan *oportunidades* para su sociabilidad, autoexpresión, aprendizaje, creatividad y participación³. Así se reconoce en un estudio de 2007 patrocinado por **UNICEF**, en el que se señala: «*Los niños y niñas cuentan como ciudadanos con plenos derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño para participar en la sociedad de su tiempo y por extensión, en este espacio de comunicación y socialización que es Internet*»⁴. En la misma línea, en 2014 en un informe de la **CEPAL**, **UNICEF** y **UNICEF LACRO** se señala que cuando las TICs son puestas al servicio de los derechos fundamentales de la infancia «*son una herramienta que fortalece el ejercicio del derecho a dar su opinión y fomentar la participación ciudadana, así como su libertad de expresión e información*»⁵.

² L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, Instituto de la Juventud, Ministerio de Sanidad, Política social e igualdad, España, 2010, 67. Disponible en http://www.injuve.es/sites/default/files/nativos%20digitales_0.pdf (Consulta 1 de octubre de 2017).

³ En un aspecto general señala A.M. Gil Antón, ¿Privacidad del menor en Internet?. «Me gusta» ¡¡¡Todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!, Aranzandi, Pamplona, 2015, 97, que los cambios experimentados a una velocidad vertiginosa, ha hecho que se dé un «ocio sin restricciones, al servicio, en principio de todos, maximizándose la libertad de expresión, de información, facilitándose nuevas formas de entablar relaciones humanas...».

⁴ Así se explica en el estudio titulado: *Autorregulación... y más. La protección y defensa de los derechos de los niños en internet*, 2007, p. 6 Disponible en http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_proteccio_internet.pdf (Consulta 5 de octubre de 2017)

⁵ Boletín de la infancia y la adolescencia sobre el avance de los objetivos del Desarrollo del Milenio, No 18, septiembre de 2014, CEPAL, UNICEF y UNICEF LACRO. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/Desafios-18-CEPAL-UNICEF.pdf> (Consulta 5 de noviembre de 2017), 7. Un interesante trabajo sobre este punto: M.A PÁVEZ, *Los derechos de la infancia en la era de Internet. América Latina y las nuevas tecnologías*, Santiago de Chile, 2015, Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37049/1/S1420497_es.pdf (Consulta 5 de noviembre de 2017)

Pese a este enfoque, no se puede desconocer que las nuevas tecnologías suponen un escenario que facilita la comisión de conductas que conculcan derechos de los menores⁶ atendiendo a su especial vulnerabilidad⁷. En efecto, las TICs no sólo han supuesto una profunda transformación en la forma en que se ejercitan los derechos por la infancia, sino también en la manera en que sus derechos pueden ser vulnerados⁸.

Es así como existe una dicotomía entre *oportunidades* y *riesgos* respecto a la relación entre menores e Internet, la cual ha sido resuelta con políticas públicas vinculadas con aspectos negativos. Lo anterior se puede evidenciar con diferentes respuestas político criminales dadas frente a los *riesgos*. Un ejemplo de lo anterior es el debate actual sobre la respuesta penal o no penal frente al *sexting primario* o *pasivo* realizado con menores con edad de consentimiento sexual, definido como «*auto-producción de imágenes sexuales por parte de un menor que luego remite a otro para su uso exclusivo y privado*»⁹.

En tal sentido, en este trabajo analizaremos la coherencia de las agendas políticas penales frente a los *riesgos* y, concretamente, respecto del *sexting primario*. Para lo anterior, en un primer punto, analizaremos como la relación entre menores e Internet se ha marcado por un esquema en el que se parte de un reconocimiento de sus derechos ante este nuevo escenario y posteriormente, la vulnerabilidad que el mismo genera frente a los menores. En este marco, por coherencia, se debería enfrentar esta realidad, reconociendo la «*connatural*» incidencia de las TICs en el proceso de socialización del menor. No obstante en la hipótesis que pretendemos sustentar en este trabajo, consideramos que las

⁶ En efecto, como lo refiere M.C. LORENTE LÓPEZ, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Aranzadi, Navarra, 2015, 205: «*la generalización del uso de las Nuevas Tecnologías plantea graves riesgos para la infancia, dado que facilitan (e incluso favorecen) la trasgresión de sus derechos fundamentales*».

⁷ Sobre este punto EDIT BAUER, *en nombre del Grupo del PPE-DE en el Parlamento Europeo en el debate sobre* propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, presentada por Roberta Angelilli, señalaba «—Señor Presidente, el informe de Europol de 2006 sobre la delincuencia organizada afirmaba que las ventajas que Internet ofrece, en términos de información y tecnología de la comunicación, son extremadamente beneficiosos para la delincuencia organizada. Al respecto, no cabe ninguna duda de que los niños son el grupo más vulnerable. Según información de los expertos, cerca del 90 % de los menores entre 12 y 17 años chatean en Internet.»

⁸ A. SÁNCHEZ GÓMEZ, El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2016 parte Estudio, BIB 2016/85671, Aranzadi, 2016, 15.

⁹ Lo anterior a diferencia del *sexting secundario* o *activo*, que en el marco de menores se vincularía a la conducta del menor que recibe la imagen sexual y la divulga sin autorización.

políticas públicas respecto a los menores han dado un papel prevalente a los *riesgos* desplazando las *oportunidades* que las TICS generan frente a los menores; pero no sólo eso, los *riesgos* ahora se enfrentan a través del Derecho Penal.

Lo anterior lo demostraremos en la segunda parte de nuestro trabajo. Concretamente estudiaremos como el debate sobre la vinculación del *sexting primario* de menores —en edad de consentimiento sexual— en el ámbito privado, con los delitos de pornografía infantil, ejemplifica una mayor acentuación por parte de las políticas del Estado en la vulnerabilidad del menor frente a internet a través de la potenciación de los *riesgos*, limitando derechos del propio colectivo al que se pretende proteger.

2. El contexto que define la respuesta

2.1. Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos

En materia de menores, nos movemos en un terreno que oscila entre la aceptación y el temor. En efecto, pasamos de la asunción acrítica de los menores como *nativos digitales*¹⁰, esto es «*aquellos individuos que han crecido inmersos en la tecnología digital*»¹¹, al pánico absoluto por los riesgos a los que se pueden ver expuestos. En esta línea RAMIRO VÁZQUEZ lo describe, al indicar que las políticas y discursos sobre la infancia e internet representan una relación paradójica, dado que por una parte se presenta a los menores como muestra de la revolución digital, resaltando sus especiales competencias en el uso de estas tecnologías, y por otra, se parte de los menores como sujetos especialmente vulne-

¹⁰ El autor al que se le atribuye esta denominación es a M. PRENSKY, *Digital natives, Digital immigrants* en *Revista On the Horizon* vol. 9 n.º 5, 2001. Disponible en <http://www.marcprensky.com/writing/PRENSKY%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf> (Consulta 29 de mayo de 2017). Refieren a este origen: Al respecto también A. CLOQUELL LOZANO: *Usos sociales de internet entre los adolescentes españoles* en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, No 8, abril 2015, 2. Disponible en <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/3649>. (Consulta 2 de octubre de 2017); A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 1687. Existen otras definiciones como Generación @, Generación Net o Generación N, screenagers, o Generación Red. Sobre las diferentes definiciones: L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 147 y ss.

¹¹ F. GARCÍA – J. PORTILLO – J. ROMO – M. BENITO, *Nativos digitales y modelos de aprendizaje*, en *Actas del IV Simposio Pluridisciplinar sobre Diseño, Evaluación, y Desarrollo de Contenidos Educativos, Reutilizable, SPDECE, Universidad del País Vasco; Bilbao, 19, 20 y 21 de Septiembre 2007*. Disponible en <<http://spdece07.ehu.es/actas/Garcia.pdf>> (consulta 2 de diciembre de 2017).

rables que requieren «*políticas, iniciativas y códigos educativos que les guíen y les capaciten en el uso de las TICs*»¹².

En efecto, esta dualidad discursiva, hace que se plantee por una parte un discurso de lo natural que «*opera para legitimar una posición protagonista del niño en el uso y disfrute de las nuevas tecnologías e Internet*» y por otra «*lo sitúa como un ser naturalmente vulnerable, dependiente y necesitado de protección*»¹³. La anterior argumentación, puede ser reconducida en el análisis de experiencias positivas o negativas, consecuencia de la relación de los menores con las TICs; de este modo entenderemos al menor como protagonista de experiencias positivas entendidas como *oportunidades*, pero también como posible víctima o victimario en experiencias negativas bajo el concepto de *riesgos*. Sobre este punto nos parece interesante la clasificación de las *oportunidades* y *riesgos* de los menores frente a las TICs realizada por LIVINGSTONE y HADDON¹⁴ al que nos remiten GARMENDIA, GARITAONANDIA, MARTÍNEZ y CASA¹⁵ (**Tabla 1**)

¹² J. RAMIRO VÁZQUEZ, *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet*, en *Menores e internet*, S. PÉREZ ÁLVAREZ – L. BURGUERA AMEAVE – K.P. LARRAÑAGA (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2013, 31.

¹³ J. RAMIRO VÁZQUEZ, *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet*, cit., 38-39.

¹⁴ S. LIVINGSTONE – L. HADDON, *Introduction*, in S. LIVINGSTONE and L. HADDON, (eds.) *Kids online: opportunities and risks for children*. The Policy Press, Bristol, UK, 1-6. Disponible en [http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_\(LSE-RO\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_(LSE-RO).pdf) (Consulta 4 de diciembre de 2017). Una referencia más detallada: U. HASEBRINK – S. LIVINGSTONE – L. HADDON – K. OLAFSSON, *Comparing Children's Online Opportunities and Risks across Europe: Cross-National Comparisons for EU Kids Online. EU Kids Online Deliverable D3.2 for the EC Safer Internet plus programme*, Second Edition LSE, London, 2009, LSE: EU Kids Online. Disponible en http://eprints.lse.ac.uk/24368/1/D3.2_Report-Cross_national_comparisons-2nd-edition.pdf (Consulta 4 de diciembre de 2017)

¹⁵ M. GARMENDIA – G. MARTÍNEZ – C. GARITAONANDIA – M.A. CASADO, *Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea*, 37-44. Disponible en [http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20\(2009%2011\)/National%20reports/Spanish%20report.pdf](http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20(2009%2011)/National%20reports/Spanish%20report.pdf) (Consulta 2 de diciembre de 2017). Este trabajo, como lo enuncian los propios autores, presenta los principales resultados del informe *Riesgos y seguridad en internet: Los menores españoles en el contexto europeo*. Disponible en [http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20\(2009-11\)/National%20reports/Spanish%20report.pdf](http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20(2009-11)/National%20reports/Spanish%20report.pdf) (Consulta 2 de mayo de 2017)

Tabla 1. Clasificación de las oportunidades y riesgos en la red para los niños (Livingstone, Haddon, Hasebrink, & Olafsson 2009)

		Contenido: niño como receptor	Contacto: niño como participante	Conducta: niño como actor	Consecuencias
oportunidades	Aprendizaje, capacidad y conocimiento digital	Recursos educativos	Contacto con otros niños que comparten los mismos intereses	Aprendizaje por iniciativa propia o en colaboración	Conocimiento y adquisición de habilidades. Algunos derechos involucrados: Derecho a la educación
	Participación y compromiso social	Información global	Intercambio con otros grupos de interés	Formas concretas de participación social	Compromiso civil con la sociedad Algunos derechos involucrados: libertad de asociación libertad de información y expresión
	Creatividad y expresión	Diversidad de recursos	Haber sido invitado/ inspirado para crear o participar	Creador de contenido	Habilidades creativas Algunos derechos involucrados: Derecho a la libertad de expresión
	Identidad y conexión social	Recomendaciones (persona, salud, sexualidad, etc.)	Participar en redes sociales, compartir experiencias con otros	Expresión de la propia identidad	Identidad y conexión social Algunos derechos involucrados: libertad de asociación y expresión

		Contenido: niño como receptor	Contacto: niño como participante	Conducta: niño como actor	Consecuencias
Riesgos	Comercial	Publicidad, explotación de la información personal: spam, patrocinios.	Ser observado/ o informacion personal es recopilada	Apuestas, descargas ilegales, hackeo	De tipo económico y en la privacidad Algunos bienes jurídicos involucrados: derecho a la intimidad
	Agresión	Contenido violento/sanguinolento/dañino	Ser víctima acosada o perseguida	Victimizar o acosar a otro	Daño, ansiedad, agresividad Algunos bienes jurídicos involucrados: libertad, integridad física o psíquica, la intimidad o también el honor.
	Sexual	Contenido pornográfico/sexual dañino	Conocer extraños, sufrir grooming	Crear/ subir a la red material pornográfico	Contacto personal con extraños en ámbitos especialmente sensible Algunos bienes jurídicos involucrados: libertad o indemnidad sexuales
	Valores	Racismo, información y sugerencias equivocadas / ej.: drogas)	Infringir daño a sí mismo, ser víctima de sugerencias indeseables	Dar consejos, ej.: suicidio (pro anorexia)	Orientación no necesariamente favorable en aspectos de la vida real Algunos bienes jurídicos involucrados: seguridad nacional

Fuente: Tabla elaborada a partir de: la traducción realizada por los investigadores M. GARMENDIA – G. MARTÍNEZ – C. GARITAONANDIA – M.A. CASADO, *Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea*, 37-44. Disponible en [http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/One/EU%20Kids%20II%20\(2009%2011\)/National%20reports/Spanish%20report.pdf](http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/One/EU%20Kids%20II%20(2009%2011)/National%20reports/Spanish%20report.pdf) (Consulta 2 de diciembre de 2017.; del trabajo de LIVINGSTONE y HADDON, S. LIVINGSTONE – L. HADDON, *Introduction*, in S. LIVINGSTONE and L. HADDON, (eds.) *Kids online: opportunities and risks for children*. The Policy Press, Bristol, UK, 1-6. Disponible en [http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_\(LSERO\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_(LSERO).pdf) (Consulta 4 de diciembre de 2017). La anterior tabla la he completado con información más detallada sobre este esquema del trabajo de U. HASEBRINK – S. LIVINGSTONE – L. HADDON – K. OLAFSSON, *Comparing Children's Online Opportunities and Risks across Europe: Cross-National Comparisons for EU Kids Online*. *EU Kids Online Deliverable D3.2 for the EC Safer Internet plus programme*, Second Edition LSE, London, 2009, LSE: EU Kids Online. Disponible en http://eprints.lse.ac.uk/24368/1/D3.2_Report-Cross-national_comparisons-2nd-edition.pdf (Consulta 4 de diciembre de 2017) y he introducido algunas anotaciones respecto a los derechos y bienes jurídicos involucrados.

LIVINGSTONE y HADDON parten de la idea según la cual el acceso y el uso que los menores realizan de la Red, pueden darse a través de tres formas de comunicación, esto es, como: a. Receptor de los contenidos que son distribuidos por internet (*contenido*), b. Participante en una situación interactiva que en muchos casos es iniciada por un adulto (*contacto*) y c. Actor de una situación interactiva, esto es, como iniciador o perpetrador (*conducta*)¹⁶.

Estas tres formas en que se relacionan los menores con internet, ha sido analizada a través de cuatro áreas de **oportunidades**: *aprendizaje, capacidad y conocimiento digital; participación y compromiso social; creatividad y expresión y por último identidad y conexión social*. Por su parte los **riesgos** se establecen en cuatro áreas: *comercial, agresión, sexual y de valores*.

Si bien los autores reconocen que algunas situaciones pueden corresponder a varias categorías (por ejemplo un acoso a un menor por un adulto puede tener riesgos calificables de *agresión y sexuales*), lo cierto es que en nuestra opinión ofrecen un esquema muy útil para esquematizar la relación de los menores y la Red, reconociendo que, a través de ellas, se ejercitan los derechos por la infancia, pero también se abren espacios en los que sus derechos pueden ser vulnerados.

En efecto, a través de este esquema se puede analizar internet de forma positiva, esto es como *oportunidad*. Por ejemplo como una herramienta que sirve para ejercer derechos como la educación respecto al *aprendizaje*; la libertad de información y expresión en la *participación y compromiso social*; la libertad de expresión en *creatividad y expresión social* o la libertad de asociación y expresión en la *identidad y conexión social*.

Por su parte, dicho esquema también analiza los *riesgos* como aspectos negativos de la relación de los menores con la Red. Lo anterior está vinculado con la vulneración de bienes jurídicos, por ejemplo la libertad o indemnidad sexual, la intimidad o el honor frente a los riesgos *sexuales*, la integridad física o psíquica, la intimidad o también el honor en los casos de *agresión*, o incluso la seguridad nacional en el caso de *valores* vinculados con procesos de radicalismo¹⁷.

¹⁶ M. GARMENDIA – G. MARTÍNEZ – C. GARITAONANDIA – M.A. CASADO, *Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea*, cit., 37-38.

¹⁷ La propuesta de LIVINGSTON y HADDON establece oportunidades y riesgos los cuales no son mutuamente excluyentes, dado que se pueden solapar no solamente las categorías establecidas sino también las consecuencias positivas y negativas. En la tabla se han incorporado las consecuencias negativas y positivas de las oportunidades y riesgos que aparecen en el siguiente trabajo en el que también participan U. Hasebrink – S. Livingstone – L. Haddon – K. Olafsson, *Comparing Children's Online Opportunities and Risks across Europe: Cross-National Comparisons for EU Kids Online*. EU Kids Online Deliverable D3.2 for the EC Safer Internet plus programme, cit.

2.2. Del menor víctima al menor victimario

Reconocemos la dicotomía que se maneja entre *oportunidades* y *riesgos* respecto a la relación entre menores e Internet. La hipótesis que esbozamos en este trabajo, retoma la idea de RAMIRO VÁSQUEZ¹⁸, de que la balanza de las políticas públicas se ha centrado en políticas vinculadas con aspectos negativos. Consideramos que existe una importante evidencia de ello en materia penal, dado que se han establecido nuevos delitos para proteger al menor, que en muchos casos lo terminan convirtiendo en verdugo. De esta forma, la primera sentencia condenatoria por el delito denominado «*online child grooming*» del actual art. 183 ter del CP, introducido por la reforma de LO 5 de 2010 —reformado por la LO 1/ 2015— y que buscaba primordialmente proteger a los menores que eran contactados por un adulto con el fin de cometer un delito sexual, fue contra un menor de 17 años¹⁹.

Las mismas críticas serían aplicables a las recientes propuestas sobre la respuesta desde el Derecho Penal a la práctica del *sexting* por parte de menores. En 2010 AGUSTINA²⁰ nos dibuja un escenario que parecía improbable de ser aplicado en España; analizaba el tratamiento que se le da al *sexting* en la jurisprudencia de Estados Unidos: *sexting primario* (menor que envía fotografías o grabaciones propias a otro), y *sexting secundario* (menor que recibe la imagen y la divulga sin autorización). El autor refiere casos en los que los menores fueron condenados por considerar que conductas de *sexting primario* generaron el *riesgo* de que dichas imágenes o videos pudieran ser colocados en el circuito de pedófilos y fomentar conductas de acoso, amenazas o incluso del denominado *online child grooming*. Esta discusión aparece hoy en el debate público en España, en el que la respuesta frente al *sexting secundario* se plantea como delito contra la intimidad a través del art. 197.7 del CP, no obstante frente *sexting primario* una parte de la doctrina lo define como un delito contra la libertad e indemnidad sexual del art. 189 del CP por producción o posesión de pornografía infantil.

¹⁸ J. RAMIRO VÁSQUEZ, *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet*, cit ., 31 y ss.

¹⁹ Sobre esta sentencia: L. M. DÍAZ CORTÉS, Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013): pronunciamientos sobre el delito denominado «*child grooming*» en *Ars Iuris Salmanticensis AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*. Vol. 2, N.º 1, 2014, 351-354.

²⁰ J.R. AGUSTINA, ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas e hipótesis criminológicas ante el *sexting*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, 12-11. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf> (Consulta 5 de noviembre de 2017).

Consideramos parcialmente pertinente la regulación del art. 197.7, en el caso de conductas de *sexting secundario*, no obstante, respecto al *sexting primario* tipificar este tipo de conductas vinculadas con los delitos de pornografía infantil nos parece incoherente y arbitrario por dos cuestiones. En primer lugar porque desconoce aspectos fundamentales de los menores respecto al papel de las TICs en su proceso de socialización y en segundo lugar por razones *prima facie* en contra de su constitucionalidad.

3. Menores e Internet: una relación manejada desde la incoherencia

Para desarrollar el primer punto de nuestro trabajo, partiremos de dos aspectos fundamentales: en primer lugar el papel de Internet en el proceso de socialización del menor y, en segundo lugar, el análisis de cómo la respuesta de la agenda política a las *oportunidades* y *riesgos* que genera Internet en los menores ha potencializado los riesgos, desconociendo el papel de Internet en ese proceso de socialización.

3.1. Un punto de partida: su papel en el proceso de socialización

Ya hemos referido que las TICs provocan nuevas formas de pensar tanto social como culturalmente, dándose una «*penetración transversal de las tecnologías en todos los ámbitos sociales*», lo cual hace que hoy en día una gran cantidad de relaciones sociales «*estén condicionadas y contextualizadas por las tecnologías*»²¹.

Concretamente respecto a menores, se señala que las TICs, en particular internet, han tenido una mayor repercusión que en los adultos por dos aspectos estrechamente vinculados: en primer lugar porque implica un nuevo escenario de socialización y en segundo porque ha transformado los procesos de socialización²².

Respecto al primer punto, las **TICs como un nuevo escenario de socialización**, partamos de conceptos básicos. La denominación de **nativos digitales** para englobar las características de las nuevas gene-

²¹ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 67.

²² Un reconocimiento de Internet en el proceso de crecimiento y socialización del menor a través del cual se conocen amigos y se afirma la propia individualidad, también es referido por A. VERZA, «*Sexting*» e *pedopornografía: i paradossi*, en *Ragion pratica*, n. 41, 2013, 569.

raciones por su relación con las TICs, suele atribuirse a PRENSKY quien en su artículo de 2001 explicó la diferencia entre éstos y los *inmigrantes digitales*. En su trabajo, que pretendía poner de relieve la necesidad de que en la educación se apueste por la actualización en la metodología pedagógica por parte de los profesores frente a la nueva generación, conceptualizó a ésta como los *nativos digitales*.

En su concepto, lo anterior debía operar ya que los *nativos digitales* no sólo habían variado la forma de hablar o de vestir, sino también en la forma en la que había crecido y entendían el mundo. Eran una generación en la que los menores habían nacido rodeados de ordenadores, videojuegos, reproductores de música digital, cámaras de video, teléfonos móviles y todos los demás juguetes y herramientas de la era digital. En este contexto, el autor refiere cómo los *nativos digitales* hablan un nuevo idioma, procesan de forma diferente la información, todo lo anterior porque las TICs han llegado incluso a variar procesos de pensamiento. A diferencia de éstos, los *inmigrantes digitales* entran en el nuevo contexto tecnológico aprendiendo a adaptarse ya que se **han socializado de forma diferente**²³.

En este sentido, MERINO MALILLOS señala cómo las generaciones definidas como *inmigrantes digitales*, socializaron en «*espacios sociales presenciales, espacios de ocio, espacios formales y espacios familiares*»; en tanto que la nueva generación de *nativos digitales* tiene a las TICs como un espacio más de socialización. Lo anterior supone que «*su posicionamiento frente a la tecnología, su relación con la tecnología, es de cercanía y conexión, a diferencia de los adultos, para quienes —habiendo sido socializados en un contexto analógico— las nuevas tecnologías resultan algo distante, incluso extraño y básicamente funcional*»²⁴.

En este sentido, las TICs suponen un escenario de socialización que ha influido en la visión del mundo. En efecto, partiendo de que las personas que han crecido en culturas diferentes no sólo piensan sobre cosas diferentes sino que también piensan de forma diferente, la autora considera fundamental entender el contexto en el que se han desarrollado los *nativos digitales*. Ciertamente, esta nueva generación ha tenido «*una exposición continuada a los medios digitales*» lo cual ha implicado «*una serie de habilidades del pensamiento*»²⁵. A título de ejemplo: procesan la

²³ M. PRENSKY, *Digital natives, Digital immigrants*, cit. Para demarcar este cambio generacional, otros identifican a los nativos digitales como la generación ac (after computer) y a los inmigrantes digitales como la generación bc (before computer), en este sentido: L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 147.

²⁴ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 137.

²⁵ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 147.

información a más velocidad que las generaciones anteriores, muestran una gran capacidad para procesar en paralelo o desean la gratificación o el premio de forma inmediata²⁶.

Lo anterior evidencia la influencia de las TICs en el proceso de socialización del menor, repercutiendo incluso en la misma forma en que se procesa el pensamiento. No en vano el neurocientífico GARY SNALL señala que el «*bombardeo de estímulos digitales sobre las mentes en desarrollo ha enseñado a éstas a reaccionar más deprisa*»²⁷ codificando la información de forma diferente a la de los *inmigrantes digitales*.

En segundo lugar, Internet ha implicado **la transformación de los procesos de socialización, dándose una potenciación de agentes de socialización como el grupo de iguales**. MERINO MALILLOS señala cómo, si bien tradicionalmente se ha establecido que los cuatro agentes fundamentales de socialización son la familia, el grupo de iguales o pares, la escuela y los medios de comunicación, cuando nos referimos a los jóvenes nos debemos centrar en el grupo de iguales y los medios de comunicación, tomando en cuenta que en esta nueva generación ha decaído el peso de los padres y la escuela²⁸.

En efecto, según explica, si bien la familia y la escuela han sido tradicionalmente socializadoras, en la actualidad las nuevas generaciones «*hacen uso de «zonas libres», espacios no controlados por esos agentes de socialización tradicionales*». En este desplazamiento, ha entrado el grupo de iguales quienes son fundamentales en el desarrollo social de un adolescente:

«Las amistades son simétricas, implican reciprocidad y evolucionan a lo largo de la adolescencia. Los amigos razonan juntos de cara a organizar su experiencia a definirse ellos mismos como personas. Las relaciones entre pares resultan más igualitarias ya que escapan a la autoridad de los padres y a la disciplina escolar, de la formalidad de esas instituciones sociales.»²⁹

Por otra parte, respecto a los medios, la autora refiere como en la actual cultura digital, los nuevos medios digitales han superado la concepción tradicional de los medios, como agentes de socialización que sólo

²⁶ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 141. En este sentido se remite a los trabajos de BEGOÑA GROS (2004) y SALOMON (2000)

²⁷ G. SMALL, *El cerebro digital. Como las nuevas tecnologías, están cambiando nuestra mente*, Urano, Barcelona, 2009, 41.

²⁸ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 152.

²⁹ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 152.

trasmitían aspectos vinculados con información, el conocimiento o los valores. En este sentido los menores eran meros receptores.

Ahora las nuevas herramientas tecnológicas constituyen, aparte de lo anterior, medios que amplían espacios de socialización con sus pares, siendo fundamental para ellos estar en contacto con sus iguales por ser «una parte crucial del proceso dinámico de construcción de su identidad»³⁰. En este sentido, los menores no son meros receptores sino también participantes y actores. Es claro que en la adolescencia el grupo de pares es fundamental y lo anterior sin duda se ve potencializado con el uso de las TICs. En este sentido lo explica MERINO MALILLOS al señalar:

«Y a medida en que el niño se convierte en joven, cobra mayor relevancia en la socialización tecnológica la figura del **grupo de pares**: los conocimientos, estrategias, practicas etc. en relación a lo tecnológico son compartidos con los amigos. Si en la trayectoria vital el periodo de la adolescencia y juventud está caracterizado por la progresiva importancia del grupo de pares, esto también tiene su reflejo en el ámbito tecnológico. La mayor parte del tiempo en que los jóvenes están conectados a una herramienta tecnológica es para estar en contacto con sus amigos. Con el grupo de pares construyen de forma cotidiana su quehacer tecnológico: se comunican, comparten archivos, sugieren páginas web, se mandan sms etc. Podemos, por lo tanto decir, que la mayor parte del tiempo que los jóvenes dedican al universo tecnológico constituye una práctica social clásica: la **sociabilidad**. Evidentemente se trata de una sociabilidad mediatizada por la tecnología, la cual imprime su sello en las relaciones que se establecen, pero, en cualquier caso, esto no empaña el hecho de que el principal objetivo de un joven cualquiera cuando se relaciona con lo tecnológico es la interacción con otros»³¹.

Dentro de esta dinámica, la cultura digital y concretamente dentro de ella Internet, ha desplazado algunos agentes clásicos de socialización, produciéndose «un desplazamiento de la socialización vertical (padres, maestros) por la socialización lateral (pares) y la socialización lúdica, procesos en los cuales las nuevas tecnologías juegan un papel clave»³².

Conforme a lo anterior, se puede decir que en la cultura digital, se da una transformación de los procesos de socialización, las TICs generan escenarios que potencializan agentes de socialización como el grupo de iguales. Muestra de lo anterior es la importante participación de los menores en las redes sociales que se refleja en diversos estudios y en-

³⁰ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 152.

³¹ L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 162.

³² L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, cit., 152.

cuestas³³. Por lo anterior TRONCOSO REIGADA tiene razón al señalar que la importante participación de los menores en las redes sociales hace que las posiciones radicales frente a la limitación de su uso por los menores, tengan la batalla perdida. En este sentido explica: «*La existencia de una comunidad virtual de grupos de amigos —y, por tanto, con el máximo grado de privacidad— donde se comparten experiencias y fotografías, es, en sí mismo, algo positivo*»³⁴, por lo cual no resulta adecuado aislar a un menor de las mismas dado que «*prohibírselas, es, posiblemente, condenarle al desarraigo.*»³⁵

Ahora bien, ¿cuál ha sido la respuesta que se ha dado desde la agenda política al reconocimiento de internet como tecnología para el ejercicio de derechos y como nuevo espacio de socialización?

3.2. La respuesta de la agenda política

Ante este cambio social introducido por esta cultura digital, RAMIRO VÁSQUEZ explica cómo se genera toda una serie de políticas que, pese a partir del reconocimiento del menor como competente —al haberse dado una socialización en la que las TICs están presentes desde su nacimiento—, lo hace bajo el manto de la idea del menor vulnerable que puede ser sujeto no sólo de *riesgos* sino creador de los mismos. No en vano, como lo explica la autora, la relación entre la infancia e internet

³³ En este sentido en 2016 Instituto Nacional de Estadística en España, en la *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información...op. cit.*, se señala que ocho de cada 10 personas de 16 a 74 años han usado Internet en los tres últimos meses, dos de cada tres lo hacen a diario; los más participativos son los estudiantes (90.7%) y los jóvenes de 16 a 21 años (91,1%), siendo mayor la participación de las mujeres que de los hombres. Por su parte, la *Encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de internet de menores y jóvenes en España, de Junio de 2014* realizado por el Ministerio de Interior de España se señala que «*El 90% de los mayores de 15 años utilizan las redes sociales y un tercio de ellos tienen más de un perfil social*». Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/2563633/Encuesta+sobre+hábitos+de+uso+y+seguridad+de+internet+de+menores+y+jóvenes+en+España/b88a590a-514d-49a2-9162-f58b7e2cb354> (Consulta 5 de diciembre de 2017). Otros datos vinculados con el uso de internet en *Indicadores sobre el uso de TIC por menores en España, diciembre 2016*, Observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la SI y Ministerio de Energía, turismo y agenda digital. Disponible en <http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Dossier%20Menores%20%28diciembre-2016%29.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)

³⁴ Lo anterior porque como lo describe el autor las redes sociales «*permiten generar grupos de interés en virtud de los datos personales contenidos en los perfiles de los usuarios*», facilitando «*agruparse por ubicaciones geográficas, aficiones, formación académica, etc.*», permitiendo así ampliar el círculo de personas de contacto: A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, cit., 1687.

³⁵ A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, cit., 1688. Lo anterior es referido por A.M. GIL ANTÓN, ¿Privacidad del menor en Internet?. «*Me gusta*» ¡¡¡Todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!, cit., 101

parte de tres imágenes: a. El niño como víctima para los casos de las redes de pederastia y pornografía infantil, b. Los niños en peligro y/o en riesgo, en el caso de menores potencialmente adictos a internet y c. Los niños peligrosos y/o potencialmente autores de delitos como en el caso del ciberacoso³⁶.

El problema de que la relación entre la infancia e Internet parta de estas tres imágenes, según señala la autora, es que las políticas estatales sean mayoritarias en lo que hace relación a los *riesgos* y no a las *oportunidades*; por lo anterior, se entienden los esquemas: niño víctima, niño en peligro, niño peligroso.

Según sus propias palabras, «*Las políticas culturales de la infancia e Internet se articulan a través de un conjunto de discursos que oscilan entre la idea del niño competente y ciudadano y la idea del niño en o como riesgo en sí mismo*». Ahora bien, el problema se origina porque la idea niño competente se ve ocultada por la idea de niño objeto de *riesgos* y sujeto generador de los mismos.

En efecto, si bien la idea de *oportunidades* y *riesgos* está presente en la relación del menor con internet —tal como lo señalan **LIVINGSTON** y **HADDON**— el problema deriva de que dicha relación parte de la tendencia a «*problematizar la participación infantil y adolescente en la Red*» lo cual ha aumentado «*en los últimos años, al tiempo que se produce la expansión masiva de las TICs entre los niños y curiosamente las oportunidades sociales y económicas para ellos van en declive*»³⁷. En otras palabras, las políticas en materia de *riesgos* superan las políticas en materia de *oportunidades*.

Si bien en este trabajo no podemos realizar un examen exhaustivo de los instrumentos y demás documentos que nos ayuden a soportar dicha afirmación, si podemos señalar que existe serios indicios hacia esta política. Concretamente nos referiremos a la agenda nacional³⁸.

El Pleno del Congreso, en sesión celebrada el 11 de abril de 2013, acordó la creación de la Subcomisión de Estudios sobre las Redes Sociales de la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados. Esta Subcomisión, creada a solicitud del Grupo Parlamentario del Partido

³⁶ J. RAMIRO VÁZQUEZ, *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet*, cit., 43. Partiendo de estas imágenes, podemos advertir que de las tres, dos de ellas colocan al menor en aspectos vinculados con legislación en materia penal. En efecto en el caso de los aspectos a y c la respuesta es penal o estableciendo tipos penales en el marco de delitos cometidos en el ámbito de las TICs.

³⁷ J. RAMIRO VÁZQUEZ, *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet*, cit., 53 y 54.

³⁸ Un análisis de lo anterior y de la agenda europea: L.M. DÍAZ CORTÉS. *Menores e internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales en Desafíos en la protección de datos personales*, APARICIO VAQUERO, JP, BATUECAS CALETRIO, A (Dir), Comares, Granada, 2017. (En prensa)

Popular, buscaba servir como herramienta «para establecer, de forma consensuada, una estrategia nacional de carácter integral que permita afrontar la protección de educación de nuestros menores en la red y la prevención de delitos cometidos a través de las redes sociales»³⁹.

Dicha Subcomisión, el día 24 de marzo de 2015, aprobó un informe, en cuya parte final se relacionan las conclusiones propuestas por los Grupos Parlamentarios. Si bien establece como consideración general que se debe hacer una valoración positiva de las redes sociales, ya que permiten la comunicación, el ocio y el ejercicio de derechos fundamentales, si nos vamos al apartado de las recomendaciones y medidas concretas en materia educativa, expuestos en la **Tabla 2**, podemos extraer varias consideraciones.

Tabla 2. Recomendación/medidas concretas educativas propuestas por los grupos parlamentarios para el informe de la subcomisión sobre redes sociales de la Comisión de interior del Congreso de los Diputados, 24 de marzo de 2015

		Oportunidad	Riesgo
a. Educación de menores	1. Elaboración coordinada de contenidos de formación y sensibilización por las autoridades educativas competentes	X	X
	2. Capacitación de los menores en competencias digitales con un contenido que no se limite a la seguridad digital, sino orientada a la «ciudadanía digital»	X	X
	3. Necesidad de educar en la escuela el uso apropiado de las redes sociales, basado en valores: responsabilidad por los propios actos		X
	4. Lecciones en primer ciclo de primaria, sobre los usos y riesgos de la red, con ejemplo de webs y conductas peligrosas para su intimidad	X	X

³⁹ Informe de la Subcomisión de estudio sobre las Redes Sociales, Boletín Congreso de los Diputados, Núm., 643, del 9 de abril de 2015, 3 y 4 Disponible en: <https://assets.documentcloud.org/documents/2068662/informe-subcomision-congreso-rrss.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)

		Oportunidad	Riesgo
	5. Acciones formativas en centros escolares para prevenir el sexteo (sexting), así como cualquier tipo de coso (acoso escolar. Byllyng-,grooming...) a través de las TIC		X
b. Formación de mayores	6. Formación de maestros y profesores, fomento de la revisión de los planes de estudio, para capacitarse y adaptarse a la evolución tecnológica	X	X
	7. Formación de padres que, como en otras actividades que comportan riesgos, deben acompañar a sus hijos en su aprendizaje		X
	8. Formación específica para Jueces, Fiscales y personal de la administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y personal socio-sanitario.		X
c. Divulgación	9. Campañas públicas sobre el uso responsable de redes sociales para prevenir la justificación de la violencia: terrorista, de género, etc.		X
d. Prevención	10. Programa de prevención de adicciones tecnológicas, desde la adolescencia, basado en la información, sensibilización y pautas prácticas de acción.		X

Fuente: elaboración propia a partir del punto III.B de las conclusiones del *Informe de la Subcomisión de estudio sobre las Redes Sociales*, Boletín Congreso de los Diputados, Núm., 643, del 9 de abril de 2015, 48 y 49 Disponible en: <https://assets.documentcloud.org/documents/2068662/informe-subcomision-congreso-rsss.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)

En primer lugar, se realizan recomendaciones en la **educación de los menores, la formación de los mayores, la divulgación y la prevención**. De las mismas se puede extraer una apuesta importante por la **educación de los menores**, ya que 5 de las 10 medidas corresponden a ésta. Por otra parte, de las cinco medidas propuestas, tres de ellas refie-

ren tanto a *oportunidades* como a *riesgos*. En este sentido, la medida 2 establece la capacitación de los menores en competencias digitales con un contenido que no se limite a la seguridad digital, sino orientada a la «ciudadanía digital»; lo anterior implica que la medida está vinculada a las redes no sólo con los posibles *riesgos* sino con la necesidad de fomentar el ejercicio de derechos a los menores en el entorno digital (*oportunidades*).

Por su parte la medida 3, establece la elaboración coordinada de contenidos de formación y sensibilización por las autoridades educativas competentes que sin duda deberá tomar en cuenta tanto los *riesgos* como las *oportunidades*. Finalmente, la medida 4 establece la necesidad de realizar lecciones en primer ciclo de primaria, sobre los usos y riesgos de la red, con ejemplo de webs y conductas peligrosas para su intimidad; conforme a lo anterior la referencia al uso, estará vinculado con las *oportunidades*, en tanto que los *riesgos*, expresamente se refieren.

Las dos medidas restantes hacen referencia a *riesgos*, dado que la 3 establece la necesidad de educar en la escuela el uso apropiado de las redes sociales, lo cual sin duda hace referencia a la *riesgo* generado por el propio menor en el uso de las redes sociales —esto es como victimario—. Por su parte la medida 5, establece la necesidad de acciones formativas en centros escolares para prevenir el *sexteo* (*sexting*), así como cualquier tipo de acoso (acoso escolar, *bullying*, *grooming*) a través de las TIC; lo anterior sin duda vinculado a *riesgos*. En segundo lugar, se puede resaltar cómo el resto de medidas tanto de la formación de mayores, divulgación y prevención se centran en los *riesgos* de las redes.

De todo lo anterior, se puede concluir que la agenda política que se establece en este informe está enfocada en los *riesgos* de las redes sociales. Si bien el mismo informe señala que es un punto de partida del debate en torno a la relación de menores y redes sociales, lo cierto es que marca el horizonte orientado a políticas centradas más en los *riesgos* que en las *oportunidades* que ofrecen las TICs a través de las redes sociales respecto a menores.

4. Desconociendo los límites: la necesidad de actuar con medida

Llegados a este punto y como ya lo hemos referido, entramos a la segunda parte de nuestro trabajo, para demostrar cómo el debate en torno a la respuesta penal frente al *sexting* *primario* realizado por menores con edad de consentimiento sexual, parte de la acentuación de los riesgos en la relación menores y TICs. Para desarrollar lo anterior me centraré en analizar cómo el debate sobre la penalización o no del *sexting* *primario* por parte de menores, tiene que ver con la colisión de derechos fundamentales que se da, al entender por una parte que su penalización afecta

derechos fundamentales y por otra que su penalización es necesaria por ofrecer un fin legítimo.

4.1. Normalidad vs riesgos

Partiendo de que se da una acentuación de los *riesgos*, frente a las *oportunidades*, respecto a menores a efectos prácticos analizaremos el *sexting primario* para verificar como a través de la respuesta que se ha dado sobre su manejo, se ejemplifica de forma clara la tendencia a acentuar los *riesgos* sobre las *oportunidades*, dando una respuesta desproporcionada.

Partamos de un ejemplo (ejemplo 1): una pareja de adolescentes, Juan de 16 años y María de 17 años deciden hacer un vídeo de los dos realizando un acto sexual con el móvil de él. En el vídeo aparece claramente la imagen de Juan, pero no la de María. Luego Juan se lo trasmite a María. Lo anterior se maneja dentro de un contexto privado, no hay difusión más allá de los participantes, no hay más finalidad que la grabación misma de un acto sexual realizado y grabado con consentimiento de los dos.

En una primera instancia, estamos frente a una conducta que *en principio* parecería que no debería tener trascendencia dentro de las relaciones actuales. Es más, estamos frente a una conducta que entraría dentro de una *aparente normalidad* que se empieza a manejar dentro de nuestros jóvenes. No en vano en una investigación publicada en 2017 y realizada por VILLACAMPA ESTIARTE⁴⁰, entre 489 adolescentes entre 14 y 18 años de una ciudad del oeste de Cataluña, se señala que entre este colectivo «*las conductas relacionadas con el sexting resultan ser bastante comunes entre la población comprendida en la franja de edad analizada sin que se haya constatado que se produzcan con carácter general efectos adversos en los participantes*»⁴¹.

Al margen de esta discusión, antes de entrar en materia, conviene hacer una breve referencia a estos dos fenómenos: *sexting primario* y *sexting secundario*. No se puede desconocer que el *sexting primario* por parte de menores, en sí mismo, es una conducta problemática. Pensemos la afección que se puede causar al menor si estas imágenes circulan durante años⁴². Ahora bien, el cómo de la respuesta frente a esta conducta

⁴⁰ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Predadores sexuales on line y menores: grooming y sexting en adolescentes*, en *Revista electrónica en Ciencias Criminológicas*, n. 2, 2017, Universidad del País Vasco. Disponible en <http://www.ehu.eus/ojs/index.php/eguzkilore/article/view/17846/15446> (Consulta 20 de enero de 2018).

⁴¹ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Predadores sexuales on line y menores: grooming y sexting en adolescentes*, cit..

⁴² En este sentido lo señala A. GILLESPIE, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, en *Human Rights Law Review*, 2013, 13 (4), 642.

problemática genera posiciones a favor o en contra de su penalización, en los casos de menores con edad de consentimiento sexual. Retomando nuestro ejemplo inicial (**ejemplo 1**) de *sexting primario*, surgen varios interrogantes ¿tomando en cuenta la especial protección que merecen los menores, el video realizado por Juan y María se encuadra dentro de las conductas que penaliza el delito de pornografía infantil? O ¿estamos acaso en un ejercicio de su derecho a la intimidad por parte de Juan y María vinculado con su libertad sexual?

Respecto al *sexting secundario* pensemos en un supuesto ¿qué pasaría si en nuestro ejemplo este video se difundiera por María sin consentimiento de Juan? (**ejemplo 2**), lo anterior dentro de las denominadas conductas de «*revenge porn*» o «*difusión no autorizadas de imágenes íntimas de pareja obtenidas o recibidas hallándose establecida una relación sentimental cuando ésta finaliza*»⁴³. Este tipo de conductas están relacionadas con dos aspectos muy interesantes que por ahora sólo enuncio por la especial complejidad que se avizora. En primer lugar, los supuestos de *sexting secundario* implican un atentado contra la intimidad y eventualmente contra la integridad moral de los intervinientes, pero estas prácticas de *sexting* no son una «*práctica neutral de género*», dado que los niños sexualmente activos son admirados, «*mientras que las niñas sexualmente activas son denigradas, avergonzadas y despreciadas como «putas»*»⁴⁴. En segundo lugar, son manifestaciones del propio entorno que se ha manejado por los adultos. He de ahí conceptos tan novedosos manejados por la sociología como la «*pornificación cultural*» que se traduce en «*una sexualización de la cultura por medio de un imaginario “que bebe directamente de la iconografía pornográfica”*»⁴⁵.

⁴³ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Predadores sexuales on line y menores: grooming y sexting en adolescentes*, cit.

⁴⁴ En este sentido lo señala: *Children, young people and ‘sexting’ Summary of a qualitative study*. del estudio: *A qualitative study of children, young people and ‘sexting’* A report prepared for J. RINGROSE (Institute of Education, London) R. GILL (King’s College, London) S. LIVINGSTONE (London School of Economics) L. HARVEY (Open University), NSPCC 2012. 12 Disponible: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/sexting-research-summary.pdf>. El estudio completo disponible en: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/qualitative-study-children-young-people-sexting-report.pdf> (Consulta 5 de enero de 2018)

⁴⁵ C. YAÑEZ-URBINA, – C. CALQUÍN DONOSO – R. GUERRA-ARRAU, *Confesión mediática y pornificación cultural: Repertorios interpretativos de «El Chacotero Sentimental» (1996-2000) en la prensa escrita*, en *Psicoperspectivas* vol. 16 n.º 2, jul. 2017, 106. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242017000200103&script=sci_arttext (Consulta 20 de enero de 2018) Concretamente YAÑEZ-URBINA, CALQUÍN DONOSO y GUERRA-ARRAU refieren que en esta tendencia se da «*una intensificación discursiva y visual del sexo y la sexualidad hegemónica por parte de los medios de comunicación y la industria cultural*», la cual tiene una finalidad que va más allá de «*crear un escenario de transformación o liberación de la experiencia sexual como práctica desestabilizadora*». En efecto se busca la promoción de la mercantilización del sexo y las identidades sexuales en una lógica capitalista del deseo «*que tiende a homogeneizar y estandarizar las experiencias, las agencias y los debates que se establecen a su alrededor*»

Al margen de una discusión sociológica sobre la coherencia de la cultura adulta que es bebida por nuestros jóvenes, y que influye en conductas de *sexting secundario*, en nuestro caso debemos partir de que estamos frente a un colectivo vulnerable diferente al adulto, que no es consciente de los peligros que puede generar la trasmisión de imágenes de contenido sexual. Es evidente que el supuesto del **ejemplo 2** es una afección grave a la intimidad del sujeto que no autoriza su difusión y que se enmarcaría en los supuestos de *sexting secundario*. Cuando en nuestro ejemplo María difunde el video que realizó con Juan sin consentimiento de este, nos encuadramos ante todo en una pérdida de confianza derivada de la disposición de la «*intimidad compartida*», sin consentimiento de uno de los participantes; existe una grave invasión de la privacidad y como tal no se puede considerar como un resultado inevitable de la grabación de una imagen sexualmente sugestiva⁴⁶.

4.2. Su vinculación con el principio de proporcionalidad

Lo que se responda frente a los interrogantes planteados en nuestro **ejemplo 1**, tiene que ver con dos posturas fundamentales respecto a este tipo de situaciones y que en riguroso trabajo SALVADORI describe. Por una parte los que consideran que las conductas de *sexting primario*, suponen una «*amenaza para el normal desarrollo psicológico y sexual de los adolescentes y contrasta con la normativa penal en materia de pornografía infantil*»; y por otra parte, aquellos que parten de que estas prácticas son lícitas «*tratándose de una natural y legítima manifestación de la libertad sexual de los menores o de comportamientos no imputables penalmente a ellos por razón de su inmadurez psicológica*»⁴⁷.

Ahora bien, estas dos posiciones se vinculan con una discusión fundamental en torno a los fines y límites constitucionales de la punición por parte del Estado de determinadas conductas. ¿Cuándo?, ¿por qué penar?, ¿a quién? y ¿cuánto penar? son preguntas ampliamente discuti-

⁴⁶ En este sentido lo expresan: K. ALBURY, K. CRAWFORD – P. BYRON – B. MATHEWS, *Young people and sexting in Australia: ethics, representation and the law*, April 2013, 17 Final Report. Disponible en https://eprints.qut.edu.au/109550/1/Young_People_And_Sexting_Final.pdf, (Consulta 4 de enero de 2018).

⁴⁷ I. SALVADORI, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, 2017, 4. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf> (Consulta 12 de enero de 2018). Un estudio sobre este tema analizando aspectos como el reconocimiento de la capacidad del menor en ejercicio de derechos, su responsabilidad en materia de sexting y aplicación de la legislación en materia de pornografía infantil en estos casos: A. GILE THOMAS – E. CAUFFMAN, *Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters in New Criminal Law Review: In International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 17, n.º 4, 2014, 631-651.

das sobre los límites necesarios para dar legitimidad al sistema punitivo y que a nivel constitucional se vinculan con el **principio de proporcionalidad**⁴⁸.

Pero ¿qué es el **principio de proporcionalidad**? Entrar en este terreno es arriesgado, dada la juiciosa bibliografía existente sobre el tema⁴⁹. Dentro de un texto maravillosamente claro, el profesor HASSEMER emplea una metáfora para definirlo: «*El que matar moscas a cañonazos carezca de sentido parece, sobre todo, una instrucción bien fundamentada desde el punto de vista técnico o económico, pero también pone de manifiesto que el actuar tie-*

⁴⁸ En ese sentido LOPERA MESA señala que el profesor MIR PUIG, considera que el principio de proporcionalidad ha introducido en el juicio sobre constitucionalidad de una norma, muchos de los límites que se ha presentado por la doctrina como condiciones de legitimidad del sistema punitivo: G.P. LOPERA MESA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, J. C. CARBONELL MATEU – J. L. GONZÁLEZ CUSSAC – E. ORTS BERENGUER (Dir.), M. L. CUERDA ARNAU (Coord.), Tirant lo Blanch, 2009, 106. De esta forma MIR PUIG y en lo que tendría relación con el subprincipio del principio de proporcionalidad de necesidad, el autor señala que cuando en derecho penal se habla de **necesidad de la pena** esto estaría vinculado con el principio de **intervención mínima** que implica el mínimo necesario para logra la protección y la **subsidiaridad** que implica que no existan medios menos graves, S. MIR PUIG, *Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, en *El principio de proporcionalidad*, J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ-M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014, 336. En similar sentido se señala que el plantear la discusión en el terreno constitucional tiene que ver con una cuestión básica: la Constitución garantiza derechos fundamentales y sienta las bases de un sistema penal. Lo anterior implica, como señala BERNAL PULIDO una «*tensión interna*», dado que, por una parte se concede al Estado la competencia para limitar derechos fundamentales tipificando conductas que conllevan unas penas y, por otra parte, establece el deber de protegerlos frente a estas limitaciones. La anterior *tensión* tiene en su trasfondo el debate sobre cuándo el punir o el no punir es constitucional, lo cual ha sido ampliamente analizado por la doctrina constitucional y penal en el marco del **principio de proporcionalidad**. C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, en *El principio de proporcionalidad*, J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ-M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014, 93.

⁴⁹ A título enunciativo en España: M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2015; J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ – M. RUSCONI (Dir.), *El principio de proporcionalidad*, Adhoc, Buenos Aires, 2014; M. CARBONELL – P. GRÁNDEZ CASTRO (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010; N. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999. En Italia un reciente ejemplo: N. RECCHIA, *Il giudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione*, Tesis di dottorato in diritto penale, Università di Ferrara, 2016. De igual forma en una referencia al principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional italiana: G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Università degli studi di Milano-Bicocca, Giuffrè editore, Milano, 2012.

ne una medida»⁵⁰. En este marco el autor señala que el **principio de proporcionalidad** no es un descubrimiento de los juristas, ni del legislador, sino que pertenece a nuestra existencia en el *estatus civil*, determinando nuestra relación con los demás⁵¹. El autor, partiendo de que es un elemento propio de un Estado de Derecho, considera que como concepto jurídico, «el principio de proporcionalidad afecta no sólo al Derecho penal y al Derecho procesal penal, sino a cualquier intervención jurídica del Estado»⁵².

La discusión en España sobre su definición y contenido ha sido abundante⁵³, no obstante atendiendo las limitaciones de espacio, para tratar de precisar lo anterior⁵⁴ destacaré dos de los aspectos más importantes de la mano de algunos de los autores que han trabajado el tema: en primer lugar el concepto mismo del **principio de proporcionalidad** y en segundo lugar sus **subprincipios o componentes**.

En primer lugar, el **principio de proporcionalidad** se ha definido desde un sentido *amplio* y *estricto*. El primero se define por el profesor MIR PUIG, como aquel que «*impone límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales*»⁵⁵. Tenemos claro que ya desde el la Escuela Clásica se han discutido los límites al poder punitivo, no en vano la obra de BECCARIA, supuso un discurso político criminal en torno a los abusos de las monarquías absolutas⁵⁶.

⁵⁰ W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales en Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012, 193.

⁵¹ W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 193.

⁵² W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 193-194.

⁵³ A título de ejemplo así lo refieren M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio constitucional de proporcionalidad en España en El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURÁIN SÁNCHEZ Y M. RUSCONI, (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014, 235.

⁵⁴ Uno de los problemas para precisar la definición en España y el contenido de mismo se debe a que el rango constitucional del principio de proporcionalidad en España no deriva de la Constitución. No existe un precepto explícito de dicho principio, sino que ha sido el Tribunal Constitucional español el que se ha encargado de dar relieve «de rango constitucional de este principio, así como su fundamento, su ámbito de actuación y su contenido normativo» en este sentido M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio constitucional de proporcionalidad en España*, cit., 235-236. Destaca el principio de proporcionalidad como principio de construcción jurisprudencial J. A LASCURÁIN SÁNCHEZ, *Cuándo penar, cuánto penar en El principio de proporcionalidad*, J.A LASCURÁIN SÁNCHEZ y M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014, 286 ; J. DE LA MATA BARRANCO, *La actuación proporcionalada: una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho Penal en El principio de proporcionalidad*, J.A. LASCURÁIN SÁNCHEZ-M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014, 206.

⁵⁵ S. MIR PUIG, *Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, cit.,333.

⁵⁶ L. M. DÍAZ CORTÉS, *Etapa pre-científica de la Criminología*, en *Introducción a la Criminología*, Tomo VII, F.PÉREZ ÁLVAREZ (Dir.), L.M. D DÍAZ CORTÉS (Coord.), Iustel, Madrid (En prensa).

Por lo anterior para los penalistas no es ajena la discusión en torno a los límites que debe tener el *Ius puniendi* para que ofrezca condiciones de legitimidad⁵⁷; pensemos en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que busca el uso más restrictivo del Derecho penal⁵⁸.

Ahora bien, esta imposición de límites materiales, también se ha definido desde el punto de vista constitucional. LOPERA MESA explica como dentro una herencia germana se ha definido este principio dentro una concepción amplia como: «*un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad*»⁵⁹. De esta forma, el sentido estricto del **principio de proporcionalidad** es uno de los *subprincipios* del mismo; en efecto, se señalan como *subprincipios* del **principio de proporcionalidad**: el de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*⁶⁰.

El *subprincipio de idoneidad* está relacionado con las limitaciones que deben alcanzar un fin legítimo⁶¹. En este sentido BERNAL PULIDO señala que «*toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para contribuir a alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo*»⁶². En razón de lo anterior, la ley penal para que sea constitucional debe cumplir dos exigencias, por una parte legitimidad constitucional del objetivo y por otra la idoneidad de la medida examinada⁶³. La primera implica que si no se buscara proteger un derecho fundamental u otro relevante no sería legítima la intervención penal⁶⁴. Respecto a la idoneidad de la medida esta debe tener «*algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone*»⁶⁵. En palabras de HASSEMER: «*La irritante pregunta sobre si el sistema jurídico-penal puede resistir una evaluación de sus consecuencias, sobre si ésta produce consecuencias positivas o negativas, sí y para qué es apto, puede*

⁵⁷ G.P. LOPERA MESA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, cit.,106.

⁵⁸ S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, 159.

⁵⁹ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 171-172.

⁶⁰ Con diferente terminología HASSEMER plantea que el principio de proporcionalidad tiene los siguientes componentes: idoneidad, necesidad y exigibilidad o adecuación W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 194 y ss. En los mismos términos U. NEUMANN, *El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena en Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012.

⁶¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 94.

⁶² BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit.,110

⁶³ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit.,110.

⁶⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 110.

⁶⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit.,110.

reformularse como el principal caso de aplicación de la «idoneidad» en Derecho Penal»⁶⁶.

El *subprincipio de necesidad* señala que toda limitación a los derechos fundamentales debe ser la más benigna de entre todas las que tengan la idoneidad para el fin que se persigue⁶⁷. En este sentido haciéndose una comparación con medios alternativos disponibles, se debe buscar algo que sea idóneo y menos restrictivo de la libertad. Según BERNAL PULIDO no se busca que se adopte la medida penal óptima sino la prohibición de no restringir de forma vana la libertad, «es decir la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido»⁶⁸. HASSEMER elocuentemente lo define al señalar: «El componente de la necesidad contradice la costumbre ciega de reaccionar ante la barbaridad con otra mayor»⁶⁹.

Finalmente el *principio de proporcionalidad en sentido estricto* se enmarca en que toda limitación a los derechos fundamentales debe contribuir a: «alcanzar el fin que se propone en un grado que justifique el nivel en el que se restringe el derecho fundamental»⁷⁰. En este sentido, la protección del bien jurídico que legitima la intervención «debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental»⁷¹. En otras palabras es «la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito»⁷².

Ahora bien al margen del desarrollo de lo anterior, la doctrina ha señalado que para que se plantee la aplicación del **principio de proporcionalidad** debemos partir de que exista colisión entre principios constitucionales⁷³. En efecto, si no nos planteáramos la discusión entre si la incorporación de un tipo penal ofrece razones a favor o en contra de la constitucionalidad, no tendría sentido analizar la aplicación de los

⁶⁶ W. HASSEMER, El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales, cit., 194.

⁶⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 94.

⁶⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 111.

⁶⁹ W. HASSEMER, El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales, cit., 195.

⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 94.

⁷¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 111.

⁷² G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 171-172.

⁷³ G.P. LOPERA MESA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, cit., 111. G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 263. Según N. RECCHIA, *Il giudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione*, cit., 110 se trata de colocar sobre la balanza la libertad de autodeterminación sexual y personal del menor y la exigencia de evitar daños para el propio menor y para la sociedad por la circulación de tal material.

subprincipios o componentes del **principio de proporcionalidad** para resolver dicha colisión.

En este sentido la doctrina plantea como presupuestos de principio de proporcionalidad: a) *Razones prima facie en contra de la constitucionalidad de una ley tomando en cuenta la existencia de una intervención legislativa en un derecho fundamental* y b) *Razones prima facie a favor de su constitucionalidad, fundamentando la existencia de un fin legítimo*. Dadas las limitaciones de espacio en este trabajo, nos enmarcaremos en este primer escalón analizando estos presupuestos de aplicación del **principio de proporcionalidad**.

4.2.1. Razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad de una ley: el necesario reconocimiento al menor del derecho a la intimidad y a la vida privada

En las «razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad «de una norma que incorpora un tipo penal, se analiza si existen derechos fundamentales que operen como principios o razones normativas que *prima facie* nos lleven a colegir la no constitucionalidad de la norma introducida⁷⁴. En este punto de lo que se trata es de establecer si al crear un tipo penal con una norma de conducta y una norma de sanción, se puede decir que existe una intervención en los derechos fundamentales, que incide «negativamente sobre posiciones que *prima facie* se adscriben a una disposición de derecho fundamental»⁷⁵.

En principio, todos los tipos penales implican una afección a derechos fundamentales, dado que como lo señala LOPERA MESA al establecerse un tipo penal con su correspondiente sanción, se están estableciendo «prohibiciones o mandatos que restringen la libertad del individuo de actuar o no actuar según su propia voluntad»⁷⁶. En forma más extensa explica: «Tal restricción de posiciones de libertad puede suponer una intervención en derechos fundamentales, la cual (...) tendría un carácter imperativo y directo, en tanto es establecida por una norma jurídica dirigida a suprimir una norma o posición **prima facie** adscrita a una disposición de derecho fundamental, existiendo en tal caso identidad entre el objeto de la regulación legislativa y el del derecho afectado»⁷⁷ (La negrilla es nuestra).

Conforme a lo anterior, en este punto analizaremos los argumentos en virtud de los cuales se considera que penalizar, a través del delito de pornografía infantil, las conductas de *sexting primario* por parte de menores con edad de consentimiento sexual suponen una intervención

⁷⁴ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 264.

⁷⁵ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 264.

⁷⁶ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 279.

⁷⁷ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 279.

del ejercicio de sus derechos fundamentales. Analizaremos el contexto general y luego entraremos en materia.

4.2.1.1. Contexto general: el desplazamiento de derechos en aras de protección del menor

Las TICs representadas a través de Internet constituyen un vehículo fundamental para el ejercicio de derechos por parte de los menores. A título de ejemplo la libertad de expresión, derecho a la educación, la libertad de asociación o la plena participación en la vida social, cultural y política. Así lo define LA RUE, en un informe sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión vinculada con niños ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21 de agosto de 2014⁷⁸, agregando:

«También es fundamental para la evolución de una sociedad abierta y democrática, que requiere el compromiso de todos los ciudadanos, incluidos los niños. Sin embargo, los riesgos potenciales relacionados con los niños que acceden a Internet también ocupan un lugar destacado en los debates sobre su reglamentación, con unas políticas de protección que tienden a centrarse exclusivamente en los riesgos planteados por Internet y descuidan su potencial para empoderar a los niños. **Lo que es más preocupante, algunos Estados recurren a medidas desproporcionadas e ineficaces (ya se trate de un auténtico deseo de proteger a los niños o como una excusa para la censura), como los sistemas amplios e insensibles de bloqueo y filtrado que socavan la comunicación en línea para todos.**»⁷⁹ (La negrilla es nuestra)

Conforme a lo anterior, el Relator Especial señala cómo bajo el pretexto de proteger a los niños, se están empleando políticas que no favorecen los aspectos positivos de Internet. Concretamente —y dentro de una ejemplificación que nos recuerda la clasificación de LIVINGSTON y HADDON respecto a las oportunidades que ofrece la Red a los menores— destaca dentro de estos: a. La educación especialmente relevante en el caso de los niños que no pueden desplazarse a las escuelas, b. La participación en el debate público y c. Como medio de promover las relaciones y facilitar el intercambio de información y la interacción. En efecto la participación de los menores a través de las redes alienta su creatividad, «permite que las opciones y opiniones se vean influenciadas por preferen-

⁷⁸ F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, 17. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9776.pdf?view=1> (Consulta 10 de diciembre de 2017)

⁷⁹ F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, cit., 17.

cias afines, facilita el debate y ofrece una plataforma para la autoexpresión que no está disponible fuera de línea»⁸⁰.

No obstante estos aspectos positivos que podemos calificar como *oportunidades*, terminan desplazándose por los *riesgos* como la captación de niños con fines sexuales. De esta forma la protección de la infancia parece ser el estandarte bajo el cual se desplazan libertades como la de expresión. Si bien el relator, refiere casos especialmente graves⁸¹, lo cierto es que su discurso se enmarca en una ida fundamental, esto es que **la protección de la infancia y el ejercicio de derechos no deben tratarse como objetivos opuestos**. Elocuentemente lo expresa al señalar:

«El temor popular de que Internet entraña peligros para todos los niños es engañoso y simplifica en exceso la realidad de que Internet puede ser tanto perjudicial como beneficiosa en determinadas circunstancias. Comprender la vulnerabilidad de los niños a los riesgos en línea desde una perspectiva social y cultural más amplia puede dar una idea más detallada de la naturaleza de esos problemas y cómo deben plantearse. La utilización de Internet por los niños, su comportamiento y su vulnerabilidad a los riesgos son diferentes a edades diferentes y dependen de cada niño. **Las medidas de protección deben tratar de reconocer la evolución de las facultades del niño, en lugar de utilizar medidas de absoluto bloqueo o censura que afectan negativamente a los niños y adultos por igual»⁸².** (La negrilla es nuestra)

El discurso de LA RUE de 2014 viene en este sentido a coincidir con lo denunciado RAMIRO VÁSQUEZ de 2013 que hemos referido al inicio. Dicho discurso lo compartimos, creemos que las políticas del Estado para responder frente a la relación de los menores y las TICs se han centrado en los *riesgos*, desplazándose las *oportunidades* que éstas brindan. Lo anterior en clara contradicción al reconocimiento de acceso a internet como herramienta a través de la cual los menores ejercen derechos y como nuevo escenario para su socialización.

⁸⁰ F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, cit., 18.

⁸¹ F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, cit., 14 En este sentido señala: «Entre los casos de políticas autoritarias el Relator señala: «Lo que es más inquietante es que los argumentos para proteger a los niños se están utilizando para bloquear el acceso a información sobre temas relativos, por ejemplo, a las personas homosexuales, bisexuales y transexuales, legitimando así la discriminación contra las minorías sexuales. En la Federación de Rusia, las enmiendas al código administrativo y la legislación que protege a los niños contra la información perjudicial entraron en vigor en julio de 2013, declarando ilegal la «propaganda de las relaciones sexuales no tradicionales entre los niños».

⁸² F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, cit., 19.

En nuestro concepto, no podemos ir en contravía de lo anterior, no se trata de minusvalorar los riesgos efectivamente existentes para menores en su relación con las TICs, se trata de reconocer que los menores son sujetos de derechos y que como tales actores ejercientes de los mismos y protagonistas por excelencia del diseño de políticas que se establezcan al respecto. En este sentido, el clarificador informe del Relator lo define, al señalar que en aras al empoderamiento de los niños en el uso de internet es necesario que éstos participen en la creación de «*estrategias para la protección y la promoción de Internet a fin de atender sus necesidades y utilizar sus diversos puntos fuertes de carácter intelectual y creativo, especialmente en vista de que los niños y los jóvenes tienden a estar más familiarizados con las tecnologías más recientes*»⁸³.

Ahora bien, este empoderamiento implicará también la respuesta a los riesgos existentes. En este sentido BENDITO CAÑIZARES señala que estas redes virtuales asemejadas gráficamente «*a las calles, caminos, carreteras, autopistas del mundo entero*», deben contar con las señales de prevención adecuadas, enseñando su uso, todo esto bajo un esquema protector que parta de la vulnerabilidad propia del menor⁸⁴.

Conscientes del carácter problemático de conductas vinculadas con el *sexting primario* de menores, conviene analizar hasta qué punto el convertir al menor en verdugo, penalizando este tipo de conductas, implica la afeción a derechos fundamentales de éste en razón de su finalidad de protección. En materia de delitos sexuales, cuando se trata de menores, existe acuerdo en la penalización de *ciertas*⁸⁵ conductas que afectan su libertad o indemnidad sexuales⁸⁶. A título de ejemplo, se consideran delitos, los abusos sexuales contra menores en los que no existe violencia

⁸³ F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, cit., 20.

⁸⁴ M.T. BENDITO CAÑIZARES, *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, UNED, Madrid, 2012, Edición digital, 17-18. En misma línea A.M. GIL ANTÓN, *El menor y la tutela de sus entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015*, en *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015, 290 y 291, para quien se debe operar con la misma protección que en el mundo offline.

⁸⁵ En efecto, referimos «*ciertas*», dado que parte de la doctrina ha criticado figuras de reciente incorporación que anticipan la tutela penal.

⁸⁶ Tómesese en cuenta la discusión sobre el bien jurídico tutelado. En España, la doctrina se ha cuestionado, sobre si en los delitos sexuales contra menores de edad, se puede hablar del bien jurídico de la libertad sexual o si es preferible plantearlo como delitos contra la indemnidad sexual. Sobre este punto: A. MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011, 43 y ss. De la misma autora: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010* en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. 15, 2010, Universidad de San Sebastián, Chile, 88; L.M. DÍAZ CORTÉS, *Aproximación a la política criminal manejada en Colombia en los delitos sexuales contra menores: una tendencia hacia la inocuización del delincuente*, en *Revista General de Derecho Penal*, 11, IUSTEL, España, Mayo de 2009, 6-7.

o intimidación y las agresiones sexuales en las que si se hace uso de la misma. Respecto a los segundos, el que se penalicen actos, en los que en principio se da un «*consentimiento natural*», por parte del menor, tiene como trasfondo, la idea de protección respecto a éste.

No en vano cuando STUART MILL defendió en 1856 la libertad del individuo, recalcando que esta nunca se podría limitar so pretexto de su propio bienestar, desmarcó de este grupo a los menores. Lo anterior, ya que consideró que la plena vigencia de la libertad, no abarca a los seres humanos que no han alcanzado madurez, ya que aquellos están en una edad de reclamar todavía los cuidados de otros, debiendo ser protegidos, no sólo frente a los demás, sino frente a ellos mismos⁸⁷. Sin duda, bajo la anterior premisa se ha legislado en el ámbito penal. Por eso se plantea la llamada *libertad sexual*, la cual sólo se les reconoce a los menores a partir de determinada edad pero solo respecto a determinados ámbitos.

Ahora bien, en cuanto a nuestro tema en cuestión, el problema deriva de que, en aras de la protección del menor, se plantee la limitación de derechos fundamentales y el no acatamiento de dicha limitación implique la comisión de un delito de pornografía infantil. En esta medida la protección es *control* y peor aún, *control penal*.

4.2.1.2. Las razones

Partimos de que el «*derecho general de libertad*» o «*libertad general de autodeterminación*» como «*punto de partida de la vida en sociedad*» solo puede ser restringida de forma excepcional por el legislador siempre y cuando existan razones constitucionales que así lo determinen⁸⁸. El anterior discurso en el ámbito penal, implica que con la incorporación de un tipo penal se de una intervención «*en la libertad general de acción y que, como tal, debe estar justificada*»⁸⁹. En este sentido: ¿puedo establecer limitaciones al derecho a la libertad de expresión de los menores en el ámbito de su vida privada, penalizando por pornografía infantil conductas de *sexting primario* en menores teniendo éstos una edad de consentimiento sexual? ¿Por qué plantear el delito de pornografía infantil en este contexto? Por cuestiones metodológicas empezaremos por el segundo interrogante.

4.2.1.2.1. La «libertad sexual» y el sexting primario por parte de menores: vinculación con el concepto de pornografía infantil

Las conductas reconducibles a *sexting primario* se podrían vincular con el concepto mismo de pornografía infantil que da nuestro Código

⁸⁷ J. STUART MILL, *Sobre la libertad*, Aguilar, Buenos Aires, 5. Edición, 1968, 50-51.

⁸⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 101.

⁸⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 101.

Penal. Para ubicarnos en el tema, debemos brevemente referir de qué concepto parte el Código Penal en materia de pornografía infantil.

Por influencia de la Directiva 2011/93 UE en materia de explotación de menores, en la reforma de 2015 —LO 1 de 2015—, nuestro Código Penal introdujo por primera vez el concepto de lo que se entendía por pornografía infantil. De esta forma, si bien antes de la LO 1 de 2015, en la legislación penal española, no existía una definición legal del contenido de lo que se debe entender como pornografía infantil⁹⁰, la **reforma** si lo hace, trasladando con matices⁹¹, la propuesta de la **Directiva 2011/93/UE**.

El artículo 189.1 (segundo párrafo) del Código Penal señala:

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

- a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b. Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c. Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente

⁹⁰ Al establecer una definición legal sobre el concepto de pornografía infantil, se invadió «un terreno típicamente dominado por la jurisprudencia y la doctrina». En este sentido M. M OSSANDÓN, *La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de «material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años*, en *Política Criminal*, Vol. 9, No 18 (Diciembre 2014), Art. 1, 290. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es (Consulta, 10 de diciembre de 2017). La técnica de las definiciones en la ley penal...», *op. cit.*, pág. 290. Con anterioridad a este artículo, la referencia doctrinal y jurisprudencial se remitía a diversos instrumentos internacionales, habían establecido definiciones sobre el tema. Concretamente se suele citar: el Protocolo facultativo de la Convención Internacional de los Derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, creado por la Resolución 54/263, del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de Naciones Unidas (art. 2.c); la Recomendación 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 31 de octubre de 2001 (art. 2.c); el Convenio sobre ciberdelincuencia, aprobado por el Consejo de Europa en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (art. 9.2); y la Convención del Consejo de Europa para la protección de la infancia contra la explotación y los abusos sexuales, Lanzarote, del 25 de octubre de 2007 (art. 20.2).

⁹¹ L.M. DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015* en *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, N.º 13, 2015, 13-50. Disponible en http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalCriminologia-2015-13-7000/pag_13.pdf (Consulta 2 de enero de 2018)

explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

- d. Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales⁹².

Del contenido del artículo se deducen diversas clases de pornografía que integran el concepto. La primera que se podría calificar como «*pornografía infantil expresa*»⁹³ o «*pornografía clásica*» referida a conductas sexualmente explícitas reales o simuladas en las que intervenga un menor (art. 189.1 literal a —segundo párrafo) y toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 189.1 literal b —segundo párrafo). La segunda (art. 189.1 literal c —segundo párrafo— y art. 189.1 literal d —segundo párrafo) referida a supuestos de «*pornografía alusiva a menores*»⁹⁴ —entre las cuales incluiríamos la pornografía infantil técnica y pseudopornografía y pornografía virtual.

Concretamente en nuestro ejemplo estamos ante el supuesto *pornografía infantil clásica*⁹⁵, como quiera el video realizado por Juan y María, los representa de manera visual participando en una conducta real sexualmente explícita. Lo anterior pues pese a que estamos hablando de dos menores que tiene edad en materia de consentimiento sexual (la cual a partir de la reforma de 2015 es de los 16 años), dicha edad se *emancipa* de la edad a los efectos de los tipos relativos a pornografía infantil. En este sentido, en los delitos de pornografía, deben entenderse abarcados todos los menores de dieciocho años, con independencia de que concurra consentimiento sexual o no⁹⁶.

⁹² El profesor Fernando PÉREZ ÁLVAREZ considera que la redacción de los supuestos c y d del artículo, generan una falta de simetría en el precepto, ya que no se hace mención a «una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

⁹³ Esta denominación la da D.L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Dickinson, Madrid, 2005, 67 y ss, referida a «*Toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas*», a la cual nosotros añadimos la representación de órganos sexuales de los menores con fines sexuales.

⁹⁴ M. M OSSANDÓN, *La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de «material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años*, cit., 282.

⁹⁵ Sobre este punto: L.M. DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015*, cit.,

⁹⁶ J.M. CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 47.

Dentro de esta posición, podríamos decir que se tiene una edad para consentir en materia sexual y otra para realizar contenido de carácter pornográfico. Lo anterior tiene una importante repercusión porque implicaría poner una limitación de la libertad sexual, ya de por sí limitada para los menores, ya que no se puede reconocer su consentimiento en la autoproducción de imágenes sexuales pese a que tengan una edad en materia de consentimiento sexual. En este sentido, no tendría relevancia que un menor de su consentimiento en la realización de un video como el realizado por Juan y María, ya que tendría la connotación de pornografía infantil. ¿Pero tiene sentido tal calificación?

4.2.1.2.2. La negación de la libertad de expresión en esfera privada de los menores en el ámbito sexual

PASTOR MUÑOZ señala como características del Derecho penal actual la tendencia hacia una «*absolutización del fin de la eficacia del ius puniendi en la lucha contra el crimen*»⁹⁷. Lo anterior según la autora tiene como una de sus consecuencias la «*relativización del respeto a la esfera privada del ciudadano*». En este sentido podemos decir que la intervención en ámbitos de la libertad en los menores, bajo el pretexto de su protección, reduce su esfera de lo privado y se une a la utilización *preventivista* o casi policial⁹⁸, del Derecho Penal respondiendo frente los posibles *riesgos* que se pueden generar.

El plantear que el delito de pornografía infantil se puede aplicar a conductas reconducibles a *sexting primario* por menores con edad de consentimiento sexual en el ámbito privado implica desconocer un «*mínimo espacio de privacidad compartida*»⁹⁹. Ahora bien, esta privacidad está vinculada con el ejercicio de la libre expresión establecido en el artículo 20.1.a de la Constitución española que reconoce y protege el «*derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*». Es así como al prohibir que un menor con edad de consentimiento sexual pueda realizar dentro de su libertad sexual y de expresión un video de contenido pornográfico en el ámbito privado se está obstaculizando no sólo el ejercicio de su sexualidad sino también su derecho a la libertad de expresión; se da así «*una identidad entre el objeto de la regulación legislativa y el del derecho afectado*»¹⁰⁰.

⁹⁷ N. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, 23.

⁹⁸ Expresiones usadas por N. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, cit., 24.

⁹⁹ Término utilizado por J.R. AGUSTINA, ¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores», en *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar*, Edisofer, España, 2011, 140.

¹⁰⁰ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 279.

Se puede decir que el establecimiento de la prohibición de imágenes de contenido pornográfico para menores con edad de consentimiento sexual eliminaría una expresión de *libertad de expresión* de los menores *prima facie* amparada por el derecho. En razón de lo anterior se reduce el ámbito de libertad de los menores, pues se está introduciendo un obstáculo al ejercicio de esta libertad de expresión vinculada con su libertad sexual, ya que en caso de que el menor lo haga, asumiría un *riesgo* de ser condenado por producción de pornografía infantil, violando con esto dichos derechos fundamentales¹⁰¹.

Por otra parte un interesante argumento en contra de considerar pornografía infantil casos de sexting primario realizados por menores con edad de consentimiento sexual, tendría su fundamento en el derecho a la vida privada, la libertad de expresión y la prohibición de cualquier forma de discriminación por razones de sexo y edad establecido por el artículo 8, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derecho Humanos¹⁰².

Para sustentar esta posición vamos a tomar un argumento que ha sido discutido por HIRSCH dentro de los principios denominados *mediating principles*¹⁰³ estudiados en Derecho anglosajón. Estos son definidos como las «razones para la no criminalización de las conductas que (1) ponen en peligro o lesionan a personas y que (2) podrían imputarse sin obstáculos en el sentido de que se cumplen con las exigencias del principio de culpabilidad como el dolo, la imprudencia o la culpabilidad»¹⁰⁴.

El derecho a la vida privada es discutido dentro de éstos principios, al señalar que puede ser considerado un elemento *mediatizador*. Para explicar su contenido a través de un ejemplo, el autor parte de un análisis de las razones por las cuales en Alemania, si bien las relaciones sexuales con un menor de 16 años, que tengan lugar en condiciones en las que se aprovecha su falta de capacidad para auto determinarse sexualmente, constituyen delito; existe una exención de punición en los casos en que

¹⁰¹ G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 281

¹⁰² I. SALVADORI, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, cit., 13. A. GILLESPIE, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, cit., 643. El texto del Convenio disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (Consulta 2 de enero de 2018)

¹⁰³ En el Derecho Penal anglosajón ante la ausencia de una teoría general sobre el Derecho Penal y el delito, se recurre a algunos principios generales para legitimar o no la criminalización de determinadas conductas. En este contexto se proponen los *mediating principles*, en este sentido J. BERNAL DEL CASTILLO, Recesión a A. P. SIMESTER – A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford, 2011 (reprinted 2014), (237 páginas), en *ExLibris, Recesiones*, InDret, Julio de 2015, 7.

¹⁰⁴ A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS, Introducción. ¿Qué son los *mediating principles*?, en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012, 57.

el autor es un menor de 21 años —salvo que se trate de un sujeto pasivo muy joven—. En este contexto, contundentemente afirma:

«En una sociedad libre, la vida íntima de una persona debería estar sujeta a su propia disposición y permanecer libre lo máximo posible de intervenciones coactivas de autoridades estatales. ***Esta pretensión de una esfera privada no debería regir sólo para los adultos, sino también para los adolescentes: sus vidas íntimas deberían sustraerse, en lo esencial, a la intromisión estatal***»¹⁰⁵. (La negrita es nuestra).

En este contexto, y pese a que en algunos casos se puedan plantear daños por las influencias inadecuadas de algunos de los intervinientes, para HIRSCH es importante «***reconocer a los jóvenes un grado significativo de autonomía en la conformación de su esfera personal e íntima. Para asegurar esta autonomía la vida íntima de los adolescentes debería mantenerse en su mayor parte libre de intrusiones del Derecho Penal***»¹⁰⁶ (La negrita es nuestra). De forma contundente el autor nos refiere un argumento que está en el debate contra la penalización de *sexting primario* por parte de menores en el ámbito privado.

El Estado, so pretexto de proteger a los menores con edad de consentimiento sexual, no puede invadir un espacio privado que forma parte de la autonomía del menor y pretender incoherentemente reconocer una libertad sexual pero no su libre expresión en un contexto privado. El problema en realidad deriva de que las conductas de *sexting primario* puedan ser reconducibles a los delitos de pornografía infantil, por considerar que pese a que exista un consentimiento del menor hay *instrumentalización* del menor, configurándose el apartado 1 del artículo 189 del Código Penal que más adelante analizaremos.

4.2.2. Razones prima facie a favor de la constitucionalidad: su necesaria vinculación con la pornografía infantil

En este punto se analizarán las razones por las cuales se considera que existe una legitimidad constitucional del fin perseguido al penalizar las conductas de *sexting primario* por menores; en otras palabras las razones que «*prima facie juegan a favor*» de su incriminación¹⁰⁷. En este punto no se trata de analizar si se justifican los medios utilizados, sino como lo señala LOPERA MESA, de «*determinar con precisión cuál es el fin (o fines) de la intervención penal y si éstos cuentan con un*

¹⁰⁵ A.VON HIRSCH, *Tolerancia como Mediating principles*, en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012, 173.

¹⁰⁶ A.VON HIRSCH, *Tolerancia como Mediating principles*, en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, cit., 173.

¹⁰⁷ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 238.

mínimo peso justificatorio «para que pueda defenderse la intervención legislativa en un derecho fundamental»¹⁰⁸.

Analicemos algunos de los argumentos que se han esgrimido para defender la penalización de conductas de *sexting primario* realizadas por menores con una edad de consentimiento sexual:

4.2.2.1. Los límites en el manejo de su intimidad

La connotación del contenido de pornografía infantil del video realizado por Juan y María, tiene que ver con una limitación legal que se da respecto a los menores en relación con su intimidad. En un contexto en que según AGUSTINA se ha dado un «*debilitamiento del concepto tradicional de intimidad*» en materia sexual, las nuevas tecnologías han facilitado «*la pérdida del sentido de la privacidad*». Todo este contexto ha influido en los menores¹⁰⁹.

Si bien en nuestro ejemplo se puede considerar que si se remite este video por Juan a María, se da un «*despojo de la intimidad*» o «*intimidad compartida*», lo anterior tiene importante matices. Primero porque estamos frente al ejercicio del derecho a la intimidad el cual cuando se involucran las TICS tiene un nuevo contexto y segundo porque estamos frente a conductas representadas por menores. En efecto, se ha señalado que en el marco del mundo digital ese despojo no puede ser absoluto, dada la rapidez y casi inmediatez en la posible difusión¹¹⁰, de este modo al difundirse se da una pérdida de control. En este sentido si no hay control, se multiplica exponencialmente las posibilidades de la emisión, transferencia y difusión de la información de forma extremadamente rápida a cualquier lugar del mundo¹¹¹.

Por otra parte, hay una mayor vulnerabilidad porque el menor cuando trasmite su imagen a través de las TICS y concretamente Internet, no es consciente de la trascendencia de su decisión. En razón de los dos puntos anteriores se cuestiona la validez de su consentimiento en materia de la disponibilidad de su intimidad.

Lo anterior tiene que ver con aspectos civiles vinculadas con el derecho a la intimidad y la propia imagen. De una interpretación conjunta

¹⁰⁸ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 327

¹⁰⁹ J.R. AGUSTINA, «Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores», cit., 139 y 140.

¹¹⁰ C. GUIASOLA LERMA, *Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica el caso particular del sexting en Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, A. FAYOS GARDÓ (Coord.), Dykinson, Madrid, 2014, 120.

¹¹¹ M.A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen* en Revista para el Análisis del Derecho InDret, n. 4, 2013, 29.

de disposiciones del **Código Civil**¹¹², de la **Ley 01 de 1982** de protección del Derecho al honor, intimidad, propia imagen¹¹³ y la **Ley 1 de 1996** de Protección al menor¹¹⁴, se reconoce que el ejercicio de derechos personalísimos¹¹⁵ del menor —entre ellos el derecho a la intimidad— pueden ser ejercidos por el menor, siempre y cuando **tenga madurez suficiente y no sea contrario a sus intereses**. Lo anterior implicaría tal como lo refiere AGUSTINA reducir el espacio de privacidad de los menores con el fin de garantizar el ejercicio de la patria potestad¹¹⁶.

Se podría señalar que en nuestro ejemplo la producción de unas imágenes de este tipo en efecto pueden afectar los intereses del menor, pese a que de su consentimiento. Lo anterior porque se considera que en los menores, si bien dicha acción se considera un desenvolvimiento libre de su personalidad, se hace en un marco en el que no es consciente de las repercusiones que tiene para su desarrollo el transmitir un material de estas connotaciones. Lo anterior parte de que los menores tienen limitaciones para comprender la trascendencia de una decisión, lo que hace que se incorporen determinados bienes en la esfera del ciberespacio sin tomar en cuenta las consecuencia y los peligros que tiene¹¹⁷.

De esta forma no se reconoce una capacidad natural de juicio del menor de edad en su decisión de proporcionar a un tercero su imagen de contenido pornográfico en el ciberespacio, lo anterior básicamente se fundamenta en los *riesgos* que se generan al realizar dicha transmisión y que analizaremos en el siguiente punto. Por ahora, simplemente seña-

¹¹² El art. 162 del Código Civil español, modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio establece que los menores no emancipados pueden ejercer sus derechos personalísimos sin perjuicio de la intervención de sus padres en razón de sus *deberes de cuidado y asistencia*.

¹¹³ Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, en su artículo 3 establece «1. *El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil*».

¹¹⁴ LO 1 / 1996 de Protección jurídica del menor establece que los menores gozan de la titularidad del derecho a la intimidad personal y familiar. En la misma se señala que no obstante *con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de *comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor*».

¹¹⁵ Derechos personalísimos entendidos como aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades, dentro de los cuales se ubica tanto el derecho intimidad como a la propia imagen.

¹¹⁶ J.R. AGUSTINA, *¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores*», cit., 140. En este sentido podría existir intervención que los padres en ejercicio de derechos como la intimidad o la propia imagen por parte de menores no emancipados en razón de sus deberes de cuidado y asistencia conforme al artículo art. 162 del Código Civil español, modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio

¹¹⁷ M. A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit., 26.

laremos que se discute sobre lo anterior, hasta el punto de que autoras como RUEDA MARTÍN¹¹⁸ en un riguroso trabajo publicado en 2013, estableció que ante una mayor vulnerabilidad del menor, se debía ejercer una protección más reforzada, estableciendo límites a la relevancia del consentimiento del menor sobre la disponibilidad de su intimidad personal en el contexto de las TICs.

Si bien el artículo en el que la autora expone lo anterior, se publicó cuando la edad en materia de consentimiento sexual en España era los 13 años, sugiriendo la edad los 14 años (previa la valoración sobre su capacidad natural de juicio) a efectos de consentir en materia de intimidad dentro de este contexto, lo anterior nos traslada a importantes puntos de debate. En primer lugar, las diversas edades que se establecen para reconocer derechos a los menores y en segundo lugar, la aceptación de la capacidad de menor dentro de determinada edad para consentir en materia de intimidad, siempre y cuando reúna ciertos requisitos (que su consentimiento sea consciente y libremente dado, sea dado con anterioridad y el sujeto tenga una capacidad natural de juicio)¹¹⁹.

4.2.2.2. *El fin legítimo: afección a un bien jurídico y la generación de riesgos*

La discusión sobre el bien jurídico en los delitos de pornografía es abundante. En el origen de la misma dos bloques de la doctrina planteaban tesis divergentes. Por una parte aquellos que señalaban que el bien jurídico objeto de protección era la libertad sexual o la indemnidad sexual, en tanto que otros consideraban bienes jurídicos como la intimidad y propia imagen o incluso la dignidad de la persona¹²⁰. En la actualidad tal como lo refiere DE LA ROSA CORTINA, la doctrina ha venido planteando que el art. 189 del Código Penal castiga distintas conductas que protegen diferentes bienes jurídicos¹²¹.

Concretamente en el caso en cuestión estaríamos frente a conductas vinculadas con el apartado 1 literal a del artículo 189 del Código Penal que señala:

¹¹⁸ M.A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit.,

¹¹⁹ En este sentido M.A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit.,

¹²⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: «*Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*», Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14 . (Consulta 2 de enero de 2018), p. 20.

¹²¹ Sobre este punto DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: «*Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*», Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14 . (Consulta 2 de enero de 2018), p. 20 y ss.

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.»

Sobre este numeral, la doctrina señala que en la conducta vinculada con la *utilización* de menores para la producción de pornografía, el bien jurídico protegido será la *libertad sexual*, en el caso de que el sujeto pasivo sea mayor de 16 años y no consienta. Por su parte, será la *indemnidad sexual*, la propia imagen del menor afectado y la dignidad de la infancia en general en caso de que el sujeto pasivo fuese menor de 16 años o si siendo mayor de dicha edad se presta de forma voluntaria a la elaboración del material pornográfico¹²².

Ahora bien, ¿por qué se entiende que hay *utilización*, cuando estamos en casos de menores con edad de consentimiento sexual? Cuando se explica qué se entiende por *utilización* —en lo que a nuestro punto de trabajo se refiere— se señala que es la conducta que determine a los menores para que realicen o participen conductas pornográficas «ya sea individualmente (*masturbándose, por ejemplo, o exhibiendo sus órganos sexuales*) o en compañía de otras personas, sean mayores o menores de edad»¹²³. Ahora bien esta determinación implica cubrir todos los casos de menores de 18 años, pese a que obren con consentimiento.

Lo anterior está unido a lo planteado en nuestro primer y segundo punto, relacionado al no reconocimiento de un menor con edad de consentimiento sexual en conductas reconducibles a *sexting primario*. Como se viene señalando, la edad de consentimiento sexual se *emancipa* de la edad para producir tales contenidos pornográficos. En ese sentido, en España el legislador penal reconoce su «*libertad sexual*», pero no a todos los efectos. Es claro que el consentimiento libre en la participación en una película de contenido pornográfico, es una clara expresión de dicha libertad. No obstante, esta concepción bastante liberal del reconocimiento del consentimiento en materia sexual a partir de los 16 años, tropieza con derechos sobre los que sin duda se debe ejercer una protección sobre el menor, esto es el honor, la intimidad y la propia imagen y que son

¹²² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: «*Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*», Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SG-NTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14. (Consulta 2 de enero de 2018), p. 20 y ss.

¹²³ GUINARTE CABADA, Gumersindo/ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: «Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores,» en *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*; en Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 163.

protegidos en materia civil a través de la **Ley Orgánica 1/1996** o la **Ley 34/2002**¹²⁴.

Dicha concepción, en últimas, parte de que en toda participación de un menor de 18 años, incluso cuando este tiene la edad en materia de consentimiento sexual y da su consentimiento para la realización del contenido pornográfico, implica una *instrumentalización*. Concretamente en nuestro ejemplo estaríamos frente una *instrumentalización mutua o reciproca* de Juan y María.

Aparte de las anteriores consideraciones, se suele sustentar la punición de *sexting primario* de menores, en la generación de *riesgos*. En este sentido, la misión del Derecho Penal no sólo se limita a la protección de bienes jurídicos penalizando conductas que los lesionan o ponen en peligro, sino que además «*su misión puede y debe, fundamentalmente, enderezarse a prevenir y gestionar riesgos*»¹²⁵. En esta medida se señala como en las sociedades contemporáneas existe una menor sensibilidad frente a los riesgos, razón por la cual se exige una intervención más eficaz del Estado frente a los «*peligros que amenazan bienes jurídicos*»¹²⁶.

Concretamente los podemos enunciar los siguientes *riesgos*¹²⁷:

- a) ***Riesgos vinculados con el carácter criminógeno de su conducta***. Dentro de los cuales se llega a argumentar la necesidad de combatir la cultura de pornografía infantil, como expresión de una crisis de valores.
- b) ***Riesgos vinculados con la instrumentalización del material por parte de terceros***. Para combatir que el material producto de *sexting primario* entre en un mercado pedófilo, ya que constituiría una producción de pornografía infantil por cauces no habituales¹²⁸. Es así como algunos autores refieren como el 25% de las imágenes de pornografía infantil, tiene su origen el *sexting* entre menores, señalando de esta forma que existe una correlación en-

¹²⁴ Sobre este punto: L.M. DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015*, cit.

¹²⁵ De forma crítica lo señala GARCÍA ALBERTO, p.

¹²⁶ N. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, cit., 22. Citando en este sentido a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades post-industriales», Civitas, Madrid, 2001, p. 45 quien señala que nos hallamos en un modelo de sociedad «orientado a una *restricción progresiva de actuación arriesgada*».

¹²⁷ Para realizar lo anterior, tome en cuenta lo expuesto por las/os siguientes autoras/es: M.A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit., 32. J.R. AGUSTINA, ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting, cit., 4 y ss.

¹²⁸ J.R. AGUSTINA, ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting, cit., 4.

tre sexting con una mayor abundancia de material de pornografía infantil¹²⁹.

- c) **Riesgos vinculados con una posterior fase de victimización.** Lo anterior dado que dicha conducta pueda servir de base para actos de: *grooming*, *cyberbullying* para humillar públicamente al menor y sextorsión. En efecto, los menores se convierten en víctimas porque se muestran vulnerables¹³⁰.

5. Consideraciones finales

El debate sobre la penalización o no de conductas reconducibles a *sexting primario* entre menores en el ámbito privado ha dado como respuesta diferentes tendencias políticas criminales. Concretamente en el caso español, si bien se pueden encontrar algunas referencias de la doctrina sobre la posible comisión de un delito vinculado con pornografía infantil¹³¹, lo cierto es que jurisprudencialmente no hemos encontrado pronunciamientos que condenen en tal sentido¹³². Lo anterior no descarta su posible aplicación, tan es así que algunos autores señalan como solución frente a este tipo de casos, el que se deba establecer una edad en materia de consentimiento a la intimidad, para limitar la posible aplicación de delitos de pornografía a menores, que pese a tener edad en materia de consentimiento sexual podrían, con la actual tipificación, resultar responsables de un delito de pornografía infantil.

Conscientes de que este no es el único punto de debate y de las posibles interpretaciones, la Circular 2/2015 sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015 de la Fiscalía General del Estado establece que en los «*supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difu-*

¹²⁹ J.R. AGUSTINA, ¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores», cit., 140.

¹³⁰ J.R. AGUSTINA, ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting, cit., 9.

¹³¹ En este sentido: A. MENDO ESTRELLA, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, 2016, 4 Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf> (Consulta 14 de febrero de 2017)

¹³² Particularmente interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 177/2014 en un caso de sexting secundario entre menores. La Audiencia no considera que se de el delito de pornografía infantil, atendiendo la interpretación que da al concepto de pornografía infantil. Sobre la misma: C. GUIASOLA LERNA, *Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento, tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/15*, en *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, 295 y ss.

sión a tercero»¹³³, si bien se podría considerar una conducta legalmente antijurídica, lo cierto es que desde el punto de vista de la antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, por lo cual no se lesionaría el bien jurídico protegido, y por ende no se cometería el delito.

La Fiscalía con esta Circular, considera que supuestos como el de nuestro **ejemplo 1** no son punibles por falta de antijuridicidad material. Según señala expresamente

«Las acciones que solo formalmente contradicen la norma no pueden ser consideradas antijurídicas. La contradicción con la norma es meramente formal cuando no se ofende el bien jurídico protegido»¹³⁴.

Sin duda, la Circular de la Fiscalía supone un gran aporte en términos de evitar la criminalización de menores por conductas de *sexting primario* en el ámbito privado, no obstante tal como lo ha señalado la doctrina, hubiera sido deseable acoger el ámbito discrecional sobre este punto que se establece en la Directiva 2011/93/UE, y en la que los Estados podrán no punir (Art. 8.3)

«la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos.»

Dicha postura es la que se ha seguido en Alemania, en donde se considera que en materia de pornografía juvenil —la realizada entre 14 y 18 años—: «*las personas que han alcanzado la edad de consentimiento sexual, son libres de guardar material que representa su actividad sexual si es sólo para su uso*»¹³⁵.

Por su parte en Italia, tal como lo refiere MOYA FUENTES en un riguroso trabajo se puede ver una evolución jurisprudencial respecto a su

¹³³ Según el profesor Fernando Pérez Álvarez, la anterior redacción implica que para que se considere que no hay delito debe existir una exclusión total de riesgo de difusión. Sin duda la problemática deriva de ¿cómo garantizar una exclusión total de dicho riesgo?

¹³⁴ Partidaria de aplicar una interpretación restrictiva de la utilización del menor para considera la atipicidad del conducta en estos casos, M.J RODRÍGUEZ MESA, *La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal*, en *Revista de derecho y proceso penal*, n. 32, 2013, 245.

¹³⁵ Respecto a la regulación en Alemania se establece una diferencia entre pornografía infantil y juvenil. La primera sería la vinculada con menores de 14 años y la juvenil con menores entre 14 y 18 años, lo anterior dado que se entiende niño el menor de 14 años y jóvenes el sujeto entre 14 y 18 años *Working Paper. Child Sex Offences. Series 1: Child Pornography. Amendments to the Criminal Code of Thailand*, 16 y 18 .Disponibile https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/Publications/2015/childhood/2015_Series_1_UNODC_Working_Paper-Amendments_to_the_Criminal_Code_of_Thailand.pdf (Consulta 23 de septiembre de 2017).

respuesta¹³⁶. En un primer momento a través de la sentencias Cass. Pen., Sez. III, número 27252 de 12 de julio y núm. 47239 de 21 de noviembre de 2012— se sancionaron estas conductas, siguiendo

«el principal argumento esgrimido por la estadounidense, que **también sostiene la sanción de las conductas en cuestión en base a los riesgos que su posible difusión pueden ocasionar al menor**. Concretamente argumenta dicha corriente jurisprudencial que si bien el adolescente puede consentir mantener una relación sexual no es, en cambio, capaz de comprender que su grabación puede constituir la próxima semana le principal vídeo distribuido en la Red, ni tampoco los daños emocionales que su publicación pueda acarrearle. Luego ambas líneas jurisprudenciales consideran oportuno anticiparla intervención penal en los delitos de pornografía infantil para evitar los perjuicios que la autoproducción del material pornográfico puede ocasionar en los menores»¹³⁷

En una segunda etapa el Tribunal Ordinario de Florencia —Sentencia número 163 del 27 de enero de 2015— si bien sanciona a un joven que publica fotos de su ex, le absuelve de pornografía, por considerar válido el consentimiento del menor que lo hace. En este sentido considera que **la libertad sexual que se le reconoce al menor incluye que puede publicar consentir en que se le grabe dentro de contenido sexual**¹³⁸. En similar sentido, se pronunció la Corte de apelación de Milán de 12 de marzo de 2014.

Recientemente en la Sentencia de Cassazione penale, Sez III núm. 11675 de 21 de marzo de 2016 se destacó fundamente que no hubo cesión de material pornográfico dado que cuando el sujeto trasmite a otros imágenes de forma consiente esto no supone una cesión de pornografía ya que **no se ha dado una «instrumentalización» del menor, elemento implícito del delito de pornografía y por ende no hay una «utilización»** ya que esta supone una sujeción del menor frente a un tercero¹³⁹.

* * *

¹³⁶ M. d. M. MOYA FUENTES, *El «sexting» entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia», en Cuadernos de Política Criminal*, n. 120, III Época, diciembre de 2016, 281 y ss. También ha sido juiciosamente tratado por I. SALVADORI, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, cit., 21 y ss.

¹³⁷ M. d. M. MOYA FUENTES, *El «sexting» entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia», cit.*, 291 Nota 30.

¹³⁸ M. d. M. MOYA FUENTES, *El «sexting» entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia», cit.*, 295.

¹³⁹ El anterior caso también es citado por N. RECCHIA, *Il giudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione*, cit., 110, nota 135. Un estudio extenso sobre dicho pronunciamiento: M. BIANCHI, *Il «sexting minorile» non è più reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 21 En consideración de la autora, la sentencia anterior, demuestra como la legislación actual italiana atiende mal los casos de sexting.

Analizado lo anterior podemos decir que el legislador en España ha reconocido que los menores presentan déficit madurativos que limitan la toma de decisiones. En razón de lo anterior, se manejan diferentes edades no solo en los distintos ámbitos del derecho (Penal, Civil, Laboral) sino dentro de ellos mismos (las distintas edad a efectos penales). Lo anterior tiene relación respecto a cómo al menor se le exigen *deberes* y cómo se le reconocen *derechos*.

Las respuesta frente a la forma como el menor ejerce su libertad sexual, basada en un *Paternalism hard*, sugiere una protección penalmente reforzada manifestada a través del establecimiento de una edad para consentir en materia sexual y otra para poder realizar *sexting primario* en un escenario de «*intimidad compartida*» privada.

En nuestro concepto, existen razones *prima facie* para considerar que la penalización del *sexting primario* realizado por menores con edad de consentimiento sexual a través del delito de pornografía infantil, supone una afección a sus derechos de libertad sexual, expresión e intimidad. Sabemos que estamos frente a un colectivo vulnerable que requiere protección dado que no han alcanzado madurez, siendo necesario todavía los cuidados de otros, debiendo ser protegidos, no sólo frente a los demás, sino frente a ellos mismos¹⁴⁰.

Partiendo de que bajo la anterior premisa se ha legislado en el ámbito penal. Por eso se plantea la llamada *libertad sexual*, la cual sólo se les reconoce a los menores a partir de determinada edad. Pero más aún se establece toda una serie de edades que dentro de un manejo casi esquizofrénico otorga el reconocimiento de derechos de forma más tardía que la exigencia del cumplimiento de deberes.

Como hemos señalado, el legislador establece diferentes franjas de edad para la exigencia de *deberes* y reconocimiento de *derechos*. Sin duda la exigencia de *derechos* en materia penal, parte de un reconocimiento temprano de su responsabilidad penal, de la posibilidad de que en razón de su desarrollo cognitivo y social pueda representarse el desvalor de una conducta y actuar en consecuencia¹⁴¹. Ahora bien, en materia de reconocimiento de *deberes*, la edad se alarga.

¹⁴⁰ J. STUART MILL, *Sobre la libertad*, cit., 50-51.

¹⁴¹ Interesante sobre este punto el estudio E. AIZPURÚA GONZÁLEZ – E. FERNÁNDEZ MOLINA, ¿Cuándo es demasiado tarde? Determinación de la edad de responsabilidad penal de los menores, en *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología, Artículo 5/2013, julio-septiembre, 4. Disponible en <http://www.boletin-criminologico.uma.es/boletines/145.pdf> (Consulta 20 de diciembre de 2017): «*coexistiendo con el reconocimiento de los déficits madurativos que limitan la toma de decisiones juiciosa, los hallazgos obtenidos revelan una opinión ambivalente que no aplica un criterio uniforme en la atribución de competencias. De este modo, los sujetos manifiestan una flexibilidad notoria en la transferencia de determinadas facultades —como es la responsabilidad penal, otorgada a los 15,8 años—, al tiempo que se muestran especialmente restrictivos en la asignación de*

No se desconoce que las TICs suponen un escenario que planea situaciones de *riesgos*, pero de ahí a que la respuesta frente a tales *riesgos* sea penal, priva de postulados que reconocen derechos fundamentales a los menores. Lo anterior puede obedecer a la idea de vedar determinadas actividades relacionadas con la exteriorización del instinto sexual que se muestran como aparentemente opuestas a la convivencia que el derecho pretende asegurar, recurriendo a penalizar estas conductas no tanto en la protección de los menores, sino en aras de proteger una moral sexual para asegurar «*principios de conservación, solidaridad y convivencia sociales*»¹⁴².

En este sentido no se podría calificar de contenido pornográfico las imágenes producidas por menores de edad en un contexto privado. En nuestro ejemplo hemos partido de menores con edad de consentimiento sexual en un contexto privado. No obstante quedan otros interrogantes ¿Qué pasaría si estamos frente a conductas de menores con edades inferiores y sujetos a responsabilidad penal —14 años—? Tomando los argumentos de HIRSCH se considera que las pretensiones de una esfera privada, tendrán una escasa fuerza de convicción *mediatizadora* en casos en que el daño o la amenaza sea especialmente grande. Lo anterior tomando en cuenta que un menor de corta edad es vulnerable frente a situaciones de abuso y explotación; por lo cual la «*pretensión de una esfera íntima libre de intervención estatal es, además, tanto menos plausible cuando más próxima a la infancia se encuentra la persona afectada*». ¿Estaríamos frente a un ejercicio abusivo del derecho, ya que se trata de una acción que «*normalmente sobrepasan los límites admisibles del ejercicio de los derechos*»?¹⁴³. En este sentido sin duda surge la pregunta de qué hacer en caso de *sexting primario* en el que se involucren menores que no tengan la edad de consentimiento sexual, lo hagan de forma consentida y para uso privado. En nuestro concepto no tendría sentido penalizarlos, no obstante no deja de ser un tema problemático. Este y otros temas, sin duda garantizan un espacio para seguir en esta línea de investigación.

6. Bibliografía

- E. AIZPURÚA GONZÁLEZ – E. FERNÁNDEZ MOLINA, ¿Cuándo es demasiado tarde? Determinación de la edad de responsabilidad penal de los menores, en *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología, Artículo 5/2013, julio-septiembre, 4. Disponible en

otras —muestra de ello es la determinación autónoma de la hora de regreso a casa, postergada hasta los 17,8 años—.

¹⁴² J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982, 11.

¹⁴³ Este tema dentro de un marco general es referido por G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 291.

- <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/145.pdf> (Consulta 20 de diciembre de 2017)
- T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999
- J.R. AGUSTINA, ¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?», en *La pornografía. Sus efectos sociales y criminológicos. Una aproximación multidisciplinar*, Edisofer, España, 2011
- J.R. AGUSTINA, ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, 12-11. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf> (Consulta 5 de noviembre de 2017).
- K. ALBURY, K. CRAWFORD – P. BYRON – B. MATHEWS, *Young people and sexting in Australia: ethics, representation and the law*, April 2013, Final Report. Disponible en https://eprints.qut.edu.au/109550/1/Young_People_And_Sexting_Final.pdf, (Consulta 4 de enero de 2018).
- M.T. BENDITO CAÑIZARES, *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, UNED, Madrid, 2012, Edición digital.
- J. BERNAL DEL CASTILLO, Recensión a A. P. SIMESTER – A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford, 2011 (reprinted 2014), (237 páginas), en *Ex-Libris, Recensiones*, InDret, Julio de 2015,
- C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, en *El principio de proporcionalidad*, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ-M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014,
- C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- M. BIANCHI, *Il «sexting minorile» non è più reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.
- M. CARBONELL – P. GRÁNDEZ CASTRO (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010
- A. CLOQUELL LOZANO: *Usos sociales de internet entre los adolescentes españoles* en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, No 8, abril 2015, 2. Disponible en <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/3649>. (Consulta 2 de octubre de 2017)
- J. DE LA MATA BARRANCO, *La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho Penal* en *El principio de proporcionalidad*, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ-M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014.
- N. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: «*Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*», Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14 . (Consulta 2 de enero de 2018).
- J.M DE LA ROSA CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- L.M. DÍAZ CORTÉS. *MENORES E INTERNET: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales en Desafíos en la protección de datos personales*, APARICIO VAQUERO, JP, BATUECAS CALETRO, A (Dir), Comares, Granada, 2017. (En prensa)
- L. M. DÍAZ CORTÉS, *Etapa pre-científica de la Criminología*, en *Introducción a la Criminología*, Tomo VII, F.PÉREZ ÁLVAREZ (Dir.), L.M. D DÍAZ CORTÉS (Coord.), Iustel, Madrid (En prensa).
- L. M. DÍAZ CORTÉS, *Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013): pronunciamientos sobre el delito denominado «child grooming»* en *Ars Iuris Salmanticensis AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*. Vol. 2, N.º 1, 2014.
- L.M, DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015* en *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, N.º 13, 2015, Disponible en http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2015-13-7000/pag_13.pdf (Consulta 2 de enero de 2018)
- L.M. DÍAZ CORTÉS, *Aproximación a la política criminal manejada en Colombia en los delitos sexuales contra menores: una tendencia hacia la inoquización del delincuente*, en *Revista General de Derecho Penal*, 11, IUSTEL, España, Mayo de 2009.
- J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982.
- G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Universtità degli studi di Milano-Bicocca, Giuffrè editore, Milano, 2012.
- F. GARCÍA – J. PORTILLO – J. ROMO – M. BENITO, *Nativos digitales y modelos de aprendizaje*, en *Actas del IV Simposio Pluridisciplinar sobre Diseño, Evaluación, y Desarrollo de Contenidos Educativos, Reutilizable*, SP-DECE, Universidad del País Vasco; Bilbao, 19, 20 y 21 de Septiembre 2007. Disponible en <<http://spdece07.ehu.es/actas/Garcia.pdf>> (consulta 2 de diciembre de 2017).

- M. GARMENDIA – G. MARTÍNEZ –C. GARITAONANDIA – M.A. CASADO, *Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea*, 37-44. Disponible en [http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20\(2009 11\)/National%20reports/Spanish%20report.pdf](http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20(2009%2011)/National%20reports/Spanish%20report.pdf) (Consulta 2 de diciembre de 2017).
- A.M. GIL ANTÓN, *¿Privacidad del menor en Internet?. «Me gusta» ¡¡¡Todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!*, Aranzandi, Pamplona, 2015,
- A.M. GIL ANTÓN, «El menor y la tutela de sus entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015», en *Revista de Derecho UNED*, n. 16, 2015.
- A. GILE THOMAS – E. CAUFFMAN, «Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters» in *New Criminal Law Review: In International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 17, n. 4, 2014.
- A. GILLESPIE, «Adolescents, Sexting and Human Rights», en *Human Rights Law Review*, 2013, 13 (4).
- GUISASOLA LERNA, «Intimidación y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento, tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/15», en *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- C. GUISASOLA LERMA, «Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica el caso particular del sexting» en *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, A. FAYOS GARDÓ (Coord.), Dykinson, Madrid, 2014.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo/ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando: «Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores» en *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*; en Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzandi, Madrid, 2015
- M. GONZÁLEZ BEILFUSS, «El principio constitucional de proporcionalidad en España» en *El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ Y M. RUSCONI, (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014.
- U. HASEBRINK – S. LIVINGSTONE – L. HADDON – K. OLAFSSON, *Comparing Children's Online Opportunities and Risks across Europe: Cross-National Comparisons for EU Kids Online. EU Kids Online Deliverable D3.2 for the EC Safer Internet plus programme*, Second Edition LSE, London, 2009, LSE: EU Kids Online. Disponible en http://eprints.lse.ac.uk/24368/1/D3.2_Report-Cross_national_comparisons-2nd-edition.pdf (Consulta 4 de diciembre de 2017).

- W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales en Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012.
- F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno periodo de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, 17. Disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9776.pdf?view=1> (Consulta 10 de diciembre de 2017)
- J. A LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Cuándo penar, cuánto penar» en *El principio de proporcionalidad*, J.A LASCURAÍN SÁNCHEZ y M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014.
- S. LIVINGSTONE – L. HADDON, Introduction, in S. LIVINGSTONE and L. HADDON, (eds.) *Kids online: opportunities and risks for children*. The Policy Press, Bristol, UK, 1-6. Disponible en [http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_\(LSERO\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_(LSERO).pdf) (Consulta 4 de diciembre de 2017).
- G.P. LOPERA MESA, «Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal» en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, J. C. CARBONELL MATEU – J. L. GONZÁLEZ CUSSAC – E. ORTS BERENGUER (Dir.), M. L. CUERDA ARNAU (Coord.), Tirant lo Blanch, 2009.
- G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006.
- M.C. LORENTE LÓPEZ, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- A.MENDO ESTRELLA, «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, 2016, 4 Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf> (Consulta 14 de febrero de 2017)
- L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, Instituto de la Juventud, Ministerio de Sanidad, Política social e igualdad, España, 2010. Disponible en http://www.injuve.es/sites/default/files/nativos%20digitales_0.pdf (Consulta 1 de octubre de 2017).
- S. MIR PUIG, «Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal», en *El principio de proporcionalidad*, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ-M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, Buenos Aires, 2014
- S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

- A. MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.
- A. MONGE FERNÁNDEZ, «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010» en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. 15, 2010, Universidad de San Sebastián, Chile.
- M. d. M. MOYA FUENTES, «El “sexting” entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 120, III Época, diciembre de 2016,
- D.L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Dickinson, Madrid, 2005.
- U. NEUMANN, *El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena en Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012.
- M. M OSSANDÓN, «La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de «material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años», en *Política Criminal*, Vol. 9, No 18 (Diciembre 2014), Art. 1, 290. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es (Consulta, 10 de diciembre de 2017).
- N. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005
- M.A PÁVEZ, *Los derechos de la infancia en la era de Internet. América Latina y las nuevas tecnologías*, Santiago de Chile, 2015, Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37049/1/S1420497_es.pdf (Consulta 5 de noviembre de 2017)
- M. PRENSKY, «Digital natives, Digital inmigrants» en *Revista On the Horizon* vol. 9 no 5, 2001. Disponible en <http://www.marcprensky.com/writing/PRENSKY%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf> (Consulta 29 de mayo de 2017)
- J. RAMIRO VÁZQUEZ, «Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet», en *Menores e internet*, S. PÉREZ ÁLVAREZ – L. BURGUERA AMEAVE – K.P. LARRAÑAGA (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2013.
- N. RECCHIA, *Il giudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione*, Tesis di dottorato in diritto penale, Università di Ferrara, 2016.
- M.J RODRÍGUEZ MESA, «La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Antepro-

- yecto de Reforma de Código Penal», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 32, 2013.
- M.A. RUEDA MARTÍN, «La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen» en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, n. 4, 2013.
- I. SALVADORI, «La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, 2017. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf> (Consulta 12 de enero de 2018)
- A. SÁNCHEZ GÓMEZ, «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016 parte Estudio, BIB 2016/85671, Aranzadi, 2016.
- G. SMALL, *El cerebro digital. Como las nuevas tecnologías, están cambiando nuestra mente*, Urano, Barcelona, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- J. STUART MILL, *Sobre la libertad*, Aguilar, Buenos Aires, 5. Edición, 1968.
- TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- A. VERZA, «Sexting» e pedopornografía: i paradossi, en *Ragion pratica*, n. 41, 2013.
- A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS, «Introducción. ¿Qué son los mediating principles?», en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012.
- A. VON HIRSCH, *Tolerancia como Mediating principles*, en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH – K. SEELMANN – W. WOHLERS (ed. Alemana), R. ROBLES PLANAS. Atelier, Barcelona, 2012.
- C. VILLACAMPA ESTIARTE, «Predadores sexuales on line y menores: grooming y sexting en adolescentes», en *Revista electrónica en Ciencias Criminológicas*, n. 2, 2017, Universidad del País Vasco. Disponible en <http://www.ehu.es/ojs/index.php/eguzkilore/article/view/17846/15446> (Consulta 20 de enero de 2018).
- C. YAÑEZ-URBINA – C. CALQUÍN DONOSO – R. GUERRA-ARRAU, «Confesión mediática y pornificación cultural: Repertorios interpretativos de “El Chacotero Sentimental” (1996-2000) en la prensa escrita», en *Psico-perspectivas* vol. 16 n...2, jul. 2017, 106. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242017000200103&script=sci_art-text (Consulta 20 de enero de 2018)

Informes y estudios

- Autorregulación... y más. La protección y defensa de los derechos de los niños en internet*, 2007, p. 6 Disponible en http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_proteccio_internet.pdf (Consulta 5 de octubre de 2017)
- Boletín de la infancia y la adolescencia sobre el avance de los objetivos del Desarrollo del Milenio*, No 18, septiembre de 2014, CEPAL, UNICEF y UNICEF LACRO. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/Desafios-18-CEPAL-UNICEF.pdf> (Consulta 5 de noviembre de 2017),
- Children, young people and 'sexting' Summary of a qualitative study.* del estudio: *A qualitative study of children, young people and 'sexting'* A report prepared for J. RINGROSE (Institute of Education, London) R. GILL (King's College, London) S. LIVINGSTONE (London School of Economics) L. HARVEY (Open University), NSPCC 2012. 12 Disponible: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/sexting-research-summary.pdf>. El estudio completo disponible en: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/qualitative-study-children-young-people-sexting-report.pdf> (Consulta 5 de enero de 2018)
- Encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de internet de menores y jóvenes en España, de Junio de 2014*, Ministerio de Interior de España. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/2563633/Encuesta+sobre+hábitos+de+uso+y+seguridad+de+internet+de+menores+y+jóvenes+en+España/b88a590a-514d-49a2-9162-f58b7e2cb354> (Consulta 5 de diciembre de 2017).
- Indicadores sobre el uso de TIC por menores en España», diciembre 2016:* Observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la SI y Ministerio de Energía, turismo y agenda digital. Disponible en <http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Dossier%20Menores%20%28diciembre-2016%29.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)
- Informe de la Subcomisión de estudio sobre las Redes Sociales*, Boletín Congreso de los Diputados, Núm., 643, del 9 de abril de 2015, Disponible en: <https://assets.documentcloud.org/documents/2068662/informe-subcomision-congreso-rrss.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)
- Working Paper. Child Sex Offences. Series 1: Child Pornography. Amendments to the Criminal Code of Thailand.* Disponible en https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/Publications/2015/childhood/2015_Series_1-UNODC_Working_Paper-Amendments_to_the_Criminal_Code_of_Thailand.pdf (Consulta 23 de septiembre de 2017).