

SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.
Polít. crim. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 11, pp. 376-418.
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A11.pdf>]

Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno

Phenomenological and criminal policy aspects of sexting. An approach to its treatment under the Chilean Criminal Code

Christian Scheechler Corona
Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, España
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Norte
cscheechler@ucn.cl

Resumen

La convergencia entre la delincuencia sexual y las denominadas tecnologías de la información y las comunicaciones han permitido el surgimiento de una serie de fenómenos penalmente relevantes, como el *sexting* o el *cybergrooming*. Estos cobran especial importancia por la participación de menores de edad, incluso a veces excluyendo a los adultos, lo que genera problemas a la hora de intentar incardinarlos en algunos tipos del Código Penal chileno, que protegen la libertad, indemnidad o intimidad sexual de aquellos. En este trabajo, centraremos el análisis en el primero de los fenómenos nombrados. Se intentará identificar los elementos característicos del *sexting*, para así delimitarlo y diferenciarlo de otras conductas similares; posteriormente se hará un acercamiento conceptual al mismo, sobre todo considerando su tratamiento en el Derecho y la doctrina comparada; se revisarán los principales fundamentos a favor y en contra de su criminalización; y finalmente, se pretende determinar si es posible subsumirlo en los delitos de pornografía infanto-juvenil o en aquellos tipificados en el art. 161-A de nuestro Código, que es la forma que legislaciones como la española o la estadounidense han utilizado para estos efectos.

Palabras clave: *Sexting* - Pornografía infanto-juvenil - Intimidación- Redes sociales - Internet

Abstract

Convergence between sexual delinquency and the information and communication technologies has allowed the emergence of a series of criminally relevant phenomena, such as sexting or cybergrooming. These phenomena become particularly important given the involvement of minors –sometimes even with the exclusion of adults -which raises the issue of trying to subsume these phenomena into criminal offences under the Chilean law, which protects their sexual freedom, indemnity, or privacy. In this paper, I will focus on the analysis of the first of said phenomena. I will try to identify the characteristic elements of sexting, in order to delimit it and differentiate it from other similar behaviors; later, I will provide a conceptual approach to the subject, with special consideration of its treatment in Law and comparative doctrine; will review the main foundations in favor and against their criminalization; finally, I aims to determine whether the subsumption of sexting is possible

SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.

under the offences of infantile-juvenile pornography or those typified in the art. 161-A of our criminal code, as it is the way in which other legislations, such as the Spanish and American, have dealt with the matter.

Key words: Sexting – Child pornography – Privacy – Social networks - Internet

Introducción

En la última década, sobre todo desde la masificación global del mercado de la pornografía infanto-juvenil y su persecución mediante el Derecho penal, han aparecido en escena una serie de fenómenos criminógenos que podríamos considerar “modernos”, como el *ciberbullying*, el *cibergrooming* y el más relevante a efectos de este trabajo, el *sexting*, entre otros. Sin embargo, varias preguntas surgen al enfrentar este escenario: ¿Qué es el *sexting*? ¿Cómo se diferencia de estas otras manifestaciones tecno-sociales? ¿Se trata de fenómenos punibles, al menos frente a nuestra legislación? Todos ellos comparten al menos un par de cosas básicas: la primera –no la más importante sin duda- es la utilización de anglicismos para conceptualizarlos, lo que se entiende en la medida que aparecen como expresiones de la convergencia tecnológica y logran impacto mediático en EEUU antes de expandirse a Europa; la segunda se refiere a los menores de edad como sujetos preponderantes, aunque no siempre excluyentes, de tales conductas.

Son los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) quienes marcan en buena parte las peculiaridades y problemas de relevancia penal sobre este fenómeno. La forma que estos tienen de comprender el entorno es a través de los medios, como las redes sociales en internet, transformándose Facebook o Instagram en “espacios” esenciales de su vida diaria¹, durante una etapa del desarrollo humano llena de cambios físicos, psicológicos y sociales². Los NNA tienden a imitar las tendencias imperantes en su entorno, absorbiendo algunos de

¹ Las redes sociales no son un producto de nuestra cultura, sino que siempre han existido, desde que el hombre es un ser social. Podemos entenderlas como “...un grupo de personas (o entidades de otro tipo) unido por intereses comunes que se conocen entre ellos y que, a su vez, introducen en la estructura a otros individuos con los mismos intereses haciendo crecer al grupo y el flujo de relaciones y conexiones”. Lo novedoso es que con las tecnologías actuales salen del ámbito científico de la sociología para transformarse en un término conocido y usado socialmente. SERRANO MAÍLLO, Isabel, “El derecho a la imagen de los menores en redes sociales. Referencia especial a la validez del consentimiento”, en CORREDORA Y ALFONSO, Loreto; COTINO HUESO, Lorenzo (Dirs.), *Libertad de expresión e información en internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 435-447, pp. 435-436.

² En el proceso de crecimiento y maduración, los adolescentes suelen ser los más temerarios al momento de realizar conductas riesgosas en internet, incluso siendo conscientes de los riesgos existentes. En el caso de los niños y niñas (en sentido más estricto, pensando en los menores de 14 años), escasamente se presenta el conocimiento de los peligros. GARCÍA JIMENEZ, Antonio; GAONA PISONERO, Carmen; MARTÍNEZ PASTOR, Esther, “Internet, menores y adolescentes: Una aproximación a su realidad”, en: GARCÍA JIMENEZ, Antonio (Ed.), *Comunicación, infancia y juventud-situación e investigación en España*, Barcelona: Ed. UOC, 2012, pp. 75-96, p. 78. Algo de esto puede apreciarse en el estudio presentado por Villacampa Estiarte, realizado en Cataluña, a unos 500 estudiantes menores de edad, aproximadamente. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Sexting: Prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 25 (2016), pp. 1-36, pp. 13 y ss.

los rasgos de una sociedad como la nuestra y haciéndolos propios, lo que se refleja en los fenómenos nombrados³.

En el marco de una cultura fuertemente influenciada por los *mass media*, McLaughlin sostiene que los adolescentes serían especialmente vulnerables a los problemas asociados con el *sexting*, considerando el carácter mediatizado de la juventud contemporánea, la susceptibilidad que muestran ante la presión del grupo o de sus iguales y su atracción hacia conductas de riesgo, así como la carencia o déficit de habilidades para el autocontrol⁴. A estas causas, algunas de ellas con un cierto cariz moralizante, pueden agregarse otras, más bien técnicas, como el anonimato otorgado a los usuarios que participan en estos soportes, sobre todo en las redes sociales, y la infravaloración de los riesgos que implica la virtualidad⁵.

Lo dicho hasta ahora pareciera llevar ineludiblemente a la criminalización irreflexiva de este fenómeno, por los riesgos que generaría para los NNA. Sin embargo, creemos que este proceso no puede encararse sin la necesaria comprensión de la realidad social en el que nacen y se insertan los tipos penales, así como de una más certera descripción del conjunto de conductas que pueden catalogarse como *sexting*, que permitan sopesar las ventajas de tipificarlas con los efectos nocivos que esto podría traer aparejado.

Por todo lo anterior, para entenderlo como fenómeno pre-existente al Derecho Penal, creemos necesario en primer lugar intentar una delimitación de nuestro objeto de estudio, con el fin de poder comprender las relaciones con otros fenómenos como los ya mencionados *cibergrooming*, *ciberbullying* y en general con todos aquellos vinculados de una u otra manera a la pornografía infanto-juvenil. Así, será necesario aproximar un concepto de *sexting* y determinar cuáles son sus elementos constitutivos. Para lograr esto, y considerando la poca atención que la doctrina chilena le ha entregado, recurriremos a los

³AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *sexting*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 12-11 (2010), pp. 11-42, p. 7, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf> [visitado el 15.12.2017].

⁴El autor cataloga a los adultos de cómplices en que se haya cristalizado esta tendencia, por la glorificación social del sexo. MCLAUGHLIN, Julia Halloran, *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*, Florida: Ed. Florida Coastal School of Law, 2010, en: http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1 [visitado el 20.01.2018]. En la misma línea, Montero agrega que “por otra parte, desde el punto de vista socio cultural, cada vez nos encontramos con una mayor cantidad de mensajes contradictorios en los medios de comunicación, donde la sexualidad es un producto que vende asociado al éxito y mayores expectativas de triunfo, lo que sumado a la carencia de programas de educación sexual transversales, oportunos, integrales y veraces, condicionan factores determinantes en la actividad sexual no protegida a edades más tempranas. Finalmente, las condiciones de hacinamiento, pobreza, disfunción familiar, carencias afectivas, baja autoestima, deserción escolar y el consumo de alcohol y drogas son otros factores de riesgo importantes a considerar”. MONTERO VEGA, Adela, “Educación sexual: Un pilar fundamental en la sexualidad de la adolescencia”, *Revista Médica. Chile*, n° 139 (2011), pp. 1249-1252, p. 1250; también FLORENZANO URZÚA, Ramón, *El adolescente y sus conductas de riesgo*, 2ª ed. ampliada, Santiago: Ed. Universidad Católica de Chile, 1998, especialmente pp. 36 y ss.

⁵Morón Lerma afirma que la garantía del anonimato sería una expresión del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, así la navegación por internet debe poder llevarse a cabo sin un control de los intereses y preferencias como de los sitios consultados o visitados por el internauta, MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2002, p. 29.

aportes de la criminología y dogmática jurídico-penal estadounidense y española, preferentemente. La primera por el mayor desarrollo de los aspectos fenomenológicos del *sexting*, merced a la tipificación expresa de este en algunos ordenamientos estatales. El segundo, por ser referencia habitual del legislador nacional y la doctrina, en virtud de las similitudes culturales y jurídicas. Una vez acabado el apartado fenomenológico, abordaremos algunas consideraciones político-criminales sobre nuestro objeto de estudio, a fin de identificar, por una parte, las razones que sustentarían un eventual castigo mediante el Derecho penal, y cómo esto se ha producido -total o parcialmente- en el Derecho comparado (principalmente Estados Unidos y España, por las razones ya explicitadas), finalizando este trabajo con una visión de los posibles encuadres típicos del fenómeno en el Código penal chileno. Necesario será referirnos a los bienes jurídicos que se ven afectados con las conductas constitutivas de *sexting*, y su relación con las normas pertinentes de nuestro ordenamiento jurídico. Por último, arribaremos a las conclusiones del presente trabajo en las perspectivas analizadas, a fin de corroborar la hipótesis de que el *sexting*, como fenómeno de preponderante presencia y ejecución entre menores de edad, deben mantenerse al margen del Derecho penal, lo que puede sostenerse en nuestro ordenamiento al tenor de los artículos 161-A, 366 quinquies y 374 bis.

1. Elementos conceptuales, clasificación y etapas del *sexting*

Considerando el aspecto etimológico, el concepto en estudio es de origen anglosajón y proviene de los vocablos *sex* (sexo) y *texting* (mandar mensajes de texto), pues en sus inicios sólo se usaba para hacer mención al envío mediante teléfonos móviles de mensajes de texto con contenido sexual. Sin embargo, la evolución de esta práctica y de los dispositivos utilizados para tales efectos (*smartphones*, con cámaras de video y fotografía digitales), permitieron identificar el *sexting* con el intercambio de imágenes o vídeos de connotación sexual⁶. De esta manera se incorpora la grabación de hechos de estas características a través de *webcams* y la difusión de los mismos por e-mail, redes sociales o cualquier canal que permitan las nuevas tecnologías, modalidad denominada *sexcasting*, siendo el elemento diferenciador su medio de producción⁷.

En el Derecho comparado, particularmente en países hispanoparlantes, el uso de la palabra que aquí exponemos es generalizada⁸, lo que, desde nuestra perspectiva, permite evitar denominaciones extremadamente largas y/o incompletas, que resultarían de los intentos de

⁶ MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación del sexting. Probables causas y consecuencias en adolescentes de secundaria*. Tesis de maestría Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, 2012, p. 15, en <http://posgradofeuary.org.mx/wp-content/uploads/2011/01/Marrufo-Ren%C3%A9-MIE2012.pdf> [visitado el 12.04.2017].

⁷ VELÁSQUEZ REYES, Luz María, “Sexting, sexcasting, sextorsión, grooming y ciberbullying. El lado oscuro de las TICs”, *Ponencia del XI Congreso Nacional de Investigación Educativa*. p. 3 en http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/0121.pdf [visitado el 19.01.2018].

⁸ Así, por ejemplo, RAMOS VÁSQUEZ, José A., “Grooming y sexting: Artículo 183 ter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 621-627, p. 623; CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 112 (2014), pp. 5-46, p. 5; MOYA FUENTES, María M., “El *sexting* entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia”, *Cuadernos de Política Criminal*, t. III, n° 120 (2016), pp. 281-308; entre otros.

traducción al idioma español. Esto se debe a que, por ejemplo, la conducta de enviar material pornográfico no agota todo el fenómeno conocido como *sexting*, pues también implica la producción o elaboración, y la tenencia, posesión o almacenamiento. Además, no todo el material objeto de estas conductas es pornográfico, sino que también se considera el erótico o sensual. Por supuesto, las eventuales consecuencias penales son distintas en cada caso. Por lo mismo, optamos por mantener el anglicismo, en la medida que permite comprender un cúmulo de acciones y objetos bajo un mismo rótulo, más o menos identificable en el medio⁹.

Volviendo a la perspectiva tecno-social, existiría una ambigüedad entre el mundo de lo tangible y el mundo de lo virtual, o ciberespacio, dependiendo del grado de madurez del individuo¹⁰. Los adultos asumen el mundo real como aquel en que se criaron, aquel físico en el que las relaciones son directas y personales (o por medios análogos, como el teléfono fijo), mientras que el irreal es aquel en el que se insertan los usuarios de Internet¹¹. Los NNA no se cuestionan tal calificación, y entienden tan real uno como el otro. Lo contradictorio en esto es la convicción de los menores de que ciertas acciones realizadas a través de las TIC no serán necesariamente vinculantes en el “mundo físico”¹². Tienen la creencia de que los riesgos que existen en las redes no les afectarán de manera directa, que eso sólo le pasa a otro u otros, o que en el peor de los casos repercutirá únicamente en la red¹³. Distinto sería el supuesto de quienes no son usuarios intensos o nativos de los

⁹ Este fenómeno además ha dado lugar a nuevas conductas y nuevos conceptos, como la *sextorsión*, que se produce mediante chantajes por parte de quien posee material privado de contenido sexual bajo la amenaza de publicar o enviar estas imágenes en las que la víctima se muestra en actitud erótica o pornográfica. Véase al respecto MARTÍNEZ OTERO, Juan; BOO GORDILLO, Álvaro, “El fenómeno del sexting en la adolescencia. Descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2012, pp. 291-324, p. 10.

¹⁰ MENJIVAR OCHOA, Mauricio, “El *sexting* y los nativos neo-tecnológicos. Apuntes para una contextualización al inicio del siglo XXI”, *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, n° 2, vol. 10 (2010), pp. 1-23, p. 6.

¹¹ Como dice Piñar Mañas, “...lo que para nosotros es una ‘herramienta’, de un alcance e importancia extraordinarios, para ellos y ellas es una ‘forma de vida’ que ya es la cotidiana, de modo que es ‘su’ forma de vida. PIÑAR MAÑAS, José L., “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales”, en PIÑAR MAÑAS, José L. (Dir.), *Redes sociales y privacidad del menor*, Madrid: Ed. Reus, 2011, pp. 61-84, p. 62.

¹² O pueden confiar ingenuamente en los controles técnicos que ofrecen las mismas TIC. Por ejemplo, el caso de un muchacho en Estados Unidos que le pide fotografías eróticas a una compañera de clase, indicando que las enviara por la aplicación Snapchat, y que esta se borraría automáticamente en unos segundos. Sin embargo, el adolescente sacó “pantallazos” y distribuyó la foto en redes sociales. Esta casuística ha generado el denominado síndrome del “Just Joking”, SHARIFF, Shaheen, *Sexting and cyberbullying*, New York: Ed. Cambridge University Press, 2015, pp. 45-46.

¹³ Interesante al respecto el trabajo de VELÁSQUEZ, “*Sexting*”, cit. nota n° 7, pp. 4-5. Últimamente, esta visión no es atribuible sólo a los menores, pues entre los adultos existe una impresión similar sobre los riesgos, según demuestra un estudio *online* hecho en América Latina (con una sección especial para Brasil), donde cerca del 70% en promedio de los que han participado en conductas de *sexting*, no lo consideran riesgoso para sí mismos. Disponible en <http://www.sexting.es/infografias-e-informe-del-estudio/> [visitado el 11.12.2017].

En similar sentido, y aportando otros estudios sobre el uso de internet y las redes sociales, ACEDO PENCO, Ángel; PLATERO ALCÓN, Alejandro, “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”,

medios, que tienen una mayor aprehensión frente al manejo de tales herramientas¹⁴. Los menores en general las hacen parte de su ambiente de socialización, presentando una interconectividad estable que desarrollan con normalidad, en general mucho mejor que sus padres, llegando a ser propietarios únicos de este tipo de aparatos a corta edad¹⁵.

Los adolescentes del presente no han hecho otra cosa que retomar un conjunto de elementos culturales y tecnológicos disponibles en la cultura global, pero dándoles un significado acorde con sus necesidades personales de expresividad. Es evidente que la búsqueda y exploración sexual por parte de NNA en las etapas de la niñez y adolescencia, son parte de un proceso normal de autoconocimiento y autoafirmación, que se da a través del erotismo propio¹⁶. Coincide con la apreciación de la normalidad contextual Villacampa Estiarte, quien sostiene que “atendiendo, pues, a que los adolescentes parecen haber normalizado la realización de tal tipo de conductas, al menos en los supuestos de *sexting* consensual, debería adoptarse el discurso de la normalidad frente al de la desviación para abordarlas adecuadamente”¹⁷. Agrega además que “sin desconocer que algunas manifestaciones del *sexting*, particularmente el no consensual por parte de las personas involucradas, pueden resultar ciertamente dañosas [...] no cabe obviar que la mayor parte de supuestos de *sexting* no tienen ninguna de esas implicaciones nocivas y constituyen experiencias que los adolescentes viven positivamente”¹⁸.

Uno de los aspectos bajo los que podemos hablar de “contextos de normalidad” es el uso que los menores, sobre todo adolescentes, dan a las TIC. Diversos estudios a nivel global ponen en los primeros lugares de las causas de conexión a internet el uso de las redes sociales (en el que suelen tener múltiples perfiles) y la descarga o envío de imágenes o videos, que se suma al uso masivo de dispositivos con cámara¹⁹. Como afirman Rial

Revista Chilena de Derecho y Tecnología, vol. 5, nº1 (2016), pp. 63-94, pp. 71-72, 75. Moya Fuentes apunta al caso italiano, donde los últimos estudios muestran una participación considerable de menores en conductas de *sexting* (un tercio en envío y casi la mitad recibiendo material), MOYA, “Sexting”, cit. nota nº 8, p. 283.

Por su parte, el detallado resumen de variados estudios en Europa y Estados Unidos, expuesto por Villacampa Estiarte, parecen reflejar una menor participación de NNA en este fenómeno, en relación a la idea generalizada asentada en la sociedad y en la doctrina. Sin embargo la propia autora señala que pueden existir elementos que distorsionan dichos resultados, como el hecho de que los menores encuestados respondan las preguntas frente a sus padres, o bien el aumento de la cantidad de teléfonos móviles en el mercado y su uso por parte de menores. VILLACAMPA, “Sexting”, cit. nota nº 2, pp. 9-12.

¹⁴ De acuerdo al mismo Estudio, un 59% de los brasileños y un 63% de los encuestados en otros países de Latinoamérica consideran que el *sexting* es un problema, que tiene asociados riesgos como la extorsión, el chantaje, el *grooming* o la pornografía infantil, entre otros.

¹⁵ GÁLVEZ JOHNSON, Myrna; GODOY ETCHEVERRY, Sergio, “La brecha digital correspondiente: obstáculos y facilitadores del uso de TIC en padres de clase media y media baja en Chile”, *Revista CTS Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, vol. 6, nº18 (2011), pp.199-219, p.3.

¹⁶ Sobre las características físicas y psicológicas de los adolescentes, véase GÓMEZ FRAGUELA, Xosé; GONZÁLEZ IGLESIAS, Beatriz; LÓPEZ ROMERO, Laura, “La adolescencia y el lado oscuro de las TIC”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José; RIAL BOUBETA, Antonio (Coords.), *Adolescentes y nuevas tecnologías: Una responsabilidad compartida*, Galicia: Ed. Valedor do Pobo, 2014, pp. 105-158, pp. 106-107.

¹⁷ VILLACAMPA, “Sexting”, cit. nota nº 2, p. 30.

¹⁸ Haciendo la comparación con el *bullying*, VILLACAMPA, “Sexting”, cit. nota nº 2, p.27.

¹⁹ RIAL BOUBETA, Antonio; GÓMEZ SALGADO, Patricia, “Menores, internet y nuevas tecnologías: Alarma social o alarmismo ¿Qué dicen los datos actuales?”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José; RIAL

Boubeta y Gómez Salgado, el nivel de implantación de internet en la vida de los adolescentes es realmente elevado²⁰. Eso deriva en nuevas formas de socialización a través de internet, que elevan la importancia de los pares en su configuración. Gómez, González y López afirman que “el grupo de amigos adquiere así una importancia muy superior a la que tenía en las etapas precedentes debido a que cada vez se pasa más tiempo con ellos en actividades donde no están presentes figuras adultas responsables de la organización y supervisión de esas actividades. La adecuada socialización en ese grupo de iguales requiere, además, asumir nuevos roles y compartir una serie de actitudes y valores que van a ayudar a ir configurando la nueva identidad del adolescente”²¹.

En esta nueva forma de socialización, los canales que se utilizan para ello ayudan también en el proceso de reconfiguración de roles y valores. Sus propios usuarios, los NNA, usan estas plataformas para expandir las fronteras de la intimidad, de maneras en que la generación “pre-internet” no hacía²². Afirma Agustina Sanllehi, muy en la línea de la moderna política criminal en la materia, que al poner su intimidad más radical a disposición de terceros, aunque solo sea potencialmente, están generando de forma irreflexiva un acto de explotación sexual contra ellos mismos y contra la indemnidad sexual de los menores en general, en tanto que este tipo de material acaba instigando un círculo vicioso: la producción espontánea (en la que no media fuerza, engaño o intimidación) de material pornográfico infanto-juvenil atractivo para pedófilos, que a su vez conduce a incentivar e incrementar –cuestión siempre controversial- un mercado en el que conviven intereses lucrativos y personalidades pervertidas²³. Por lo mismo, y como se verá en el resto de este trabajo, el ámbito de la sexualidad y el ámbito de la intimidad están estrechamente ligados en este fenómeno, lo que implica verlo desde el prisma de dos o más grupos de delitos con parcelas de aplicación y bienes jurídicos usualmente independientes, panorama que apreciaremos en el Código Penal chileno²⁴.

A pesar de la mirada recién expuesta, una de las características del fenómeno de *sexting* es que no hay una explotación o aprovechamiento del menor por parte de un adulto, por lo que no compartimos la apreciación de Agustina Sanllehi. Se trata en general de conductas espontáneas consentidas entre menores, o incluso de un menor por sí mismo. En concreto, es el menor, pareja de menores o grupo de menores quienes producen material respecto de

BOUBETA, Antonio (Coords.), *Adolescentes y nuevas tecnologías: Una responsabilidad compartida*, Galicia: Ed. Valedor do Pobo, 2014, pp. 15-40, pp. 33-36.

²⁰ RIAL y GÓMEZ, “Menores”, cit. nota n° 19, p. 38.

²¹ GÓMEZ, et al, “La adolescencia”, cit. nota n° 16, p. 107; también RODRÍGUEZ GARCÍA, Yarmeín; OLIVA DÍAZ, Juan Ariel; GIL HERNÁNDEZ, Arletty, “La sexualidad en los adolescentes: algunas consideraciones”, *Archivo Médico de Camagüey*, vol. 11, n° 1 (2007), pp. 1-7, p. 2.

²² ROCHA TORRES, Dulcinea, “Explotación sexual comercial infantil”, *Revista de Ciencias Penales*, n°4 (2006), pp. 157-177, p. 163.

²³ AGUSTINA, “Menores”, cit. nota n°3, p. 16. No compartimos aquí el uso de la expresión “explotación” cuando se refiere a la actividad del sujeto sobre sí mismo, pues consideramos que la explotación debe venir siempre de un tercero, como se verá luego.

²⁴ Acedo y Platero, refiriéndose a España, lo asocian directamente con los derechos de la personalidad, como el honor, la intimidad y la propia imagen, garantizados en forma expresa en la Constitución de ese país, ACEDO / PLATERO, “La privacidad”, cit. nota n° 13, p. 77. En igual sentido, FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, “Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de *sexting* y *grooming*”, *Diario La Ley*, N° 8714, Sección Doctrina (2016), pp. 1-15, pp. 4-5.

sus personas y lo distribuyen o difunden en las redes sociales *online*, a través de correos electrónicos u otro medio semejante, sea de forma limitada (a otro menor o un grupo determinado de menores)²⁵ o de forma ilimitada (cuelga su foto en Facebook o Instagram para que esté al alcance de cualquiera)²⁶, lo que podemos entender como *sexting* en sentido estricto. Es casi innegable que son los propios NNA quienes promueven una visión sexualizada de sí mismos, exponiéndose a situaciones de riesgo y convirtiendo sus imágenes en objeto de fácil acceso, aumentando el interés por ellos tanto de quienes los consumen como quienes los proveen en la web²⁷. La prohibición de distribución de material sexualmente explícito entre menores no logra su cometido cuando no existen los filtros ni resguardos eficaces para que la industria pornográfica no involucre a menores que, sin necesariamente desearlo, se vean inmersos en contextos lúbricos, o bien porque la normativa de prevención y combate no está pensada para que el riesgo sea producido por un *insider* en vez de un *outsider*²⁸. Sin embargo, consideramos que estos filtros o resguardos no pueden existir “a cualquier precio”²⁹.

Por todo esto, el *sexting* es un fenómeno complejo, con elementos que son menos claros que en otros como el *cibergrooming*. El menor no es simplemente la víctima, o al menos no de la manera que entiende habitualmente el Derecho penal³⁰, sino que interviene de forma activa, elaborando imágenes, enviándolas a sus pares, o bien siguiendo la cadena de transmisión de imágenes generada por terceros, reenviándolas a otros menores o incluso adultos³¹. A pesar de la variedad, en todos estos casos la forma de persecución en contra de los menores que han realizado las conductas ha sido a través de las figuras de producción,

²⁵ Hipótesis en que la aplicación Whatsapp parece ser la vía predilecta, VILLACAMPA, “Sexting”, cit. nota n° 2, p. 22.

²⁶ Coincide en esta visión MORALES PRATS, Fermín, “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 459-467, p. 463.

²⁷ Para García, las consecuencias de la exposición de material sexual de diversa índole a menores ha provocado el interés de éstos por crear el suyo propio, de diversas formas y niveles. Se han percatado del valor que se otorga a la imagen, intentando no quedar fuera de la modernidad. El material erótico, de connotación sexual o derechamente pornográfico actúa como motor, impulso y/o antecedente, pero al mismo tiempo como resultado o consecuencia de la búsqueda de satisfacción de los estímulos que el material de contenido sexual ha activado en ellos, GARCÍA VASQUEZ, Paula, “Pornografía infantil”, *Boletín Criminológico*, n°12 (2009), pp. 2-17, p. 56, en <http://www.usc.es/gl/institutos/criminologia/boletinscriminologicos.html> [visitado el 02.07.2013].

²⁸ Ahora bien, lo anterior en general sólo se aplica al contexto de una comunidad virtual, pero no es ésta la única forma de acceder a referencias pornográficas ni tampoco la única en que los menores se encuentran ante contenidos sexuales no deseados, esto ocurre también en videojuegos, televisión, música o videoclips, etc. GARCÍA, “Pornografía”, cit. nota n° 27, p. 17.

²⁹ “Las leyes que criminalizan los delitos relacionados con la pornografía infantil, pensadas en líneas generales para proteger a los menores, no pueden actuar en sentido contrario y penar como un delito sexual el llevado a cabo por un menor que ha obrado de manera impulsiva e irreflexiva, como sucede en la mayoría de los casos de *sexting*”, AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos: Una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Ed. Edisofer, Social Trends Institute, 2011, p. 54.

³⁰ AGUSTINA, “Menores”, cit. nota n° 3, p. 25.

³¹ MARTINEZ OTERO, Juan, “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Revista DERECOM*, n° 12 (2013), pp. 1-16, p. 16.

posesión y/o distribución de pornografía infanto-juvenil, con consecuencias perniciosas y estigmatizantes para los menores, como veremos luego³².

Para conceptualizarlo, tomamos en primer lugar la definición de Lampe, quien entiende al *sexting* como “[...] la transmisión digital de imágenes o videos de carácter sexual, ya sea sugestiva o explícita, previstas para el uso personal a través de medios que permitan una razonable expectativa de privacidad, como un mensaje de texto o un correo electrónico”³³. Esta definición, aunque posee los elementos centrales del fenómeno, es incompleta, pues omite el inicio de la cadena del *sexting*. En términos simples, son conductas que consisten en generar material de contenido sexual (desnudos o en actividades o posiciones sexualmente explícitas), erótico o sugerente; individuales, de pareja o grupos; para luego enviarlo a través de las TIC (originalmente el teléfono celular)³⁴.

Ryan distingue entre dos formas de *sexting*: el *primary sexting*, manifestado cuando el o los sujetos plasmados en los contenidos son quienes los distribuyen; y el *secondary sexting*, que ocurre cuando un sujeto recibe los contenidos de el o los protagonistas, o de un tercero, y luego distribuye a una o más personas³⁵, lo que entenderemos como difusión masiva no consentida. Cuerda Arnau recoge esta idea, distinguiendo entre *sexting* activo (*primary sexting*), entendida como la conducta de quien produce el material, y el *sexting* pasivo (*secondary sexting*), correspondiente al actuar de quien recibe el material y que queda en la posición de distribuirlo en forma masiva³⁶.

³² Véase un análisis pormenorizado de los casos jurisprudenciales más emblemáticos en Estados Unidos, en AGUSTINA, “Menores”, cit. nota n° 3, pp. 10-23.

³³ LAMPE, Joanna R. “A victimless sex crime: the case for decriminalizing consensual teen sexting”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 46, n° 2 (2013), pp. 703-736, p. 702. A nivel legislativo, podemos incluir también a la definición que establecía el proyecto de Ley n°921 de Puerto Rico, de 8 de junio del 2009, en su Art.3 a), “Práctica de una persona menor de 18 años que produce fotografías suyas en estado de desnudez y las envía, intercambia o distribuye por correo electrónico o por comunicación celular a otra persona menor de 18 años o de cualquier edad que produce fotografías en estado de desnudez de otra persona menor de edad y las envía, intercambia o distribuye por correo electrónico o por comunicación celular a otra persona menor de 18 años o de cualquier edad”.

³⁴ Concuerda con el contenido sugerente o insinuante, con la finalidad de despertar en el receptor atracción o deseo sexual, MARTÍNEZ / BOO, “El fenómeno”, cit. nota n° 9, p. 7.

³⁵ RYAN, Elizabeth, “Sexting: How the State can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults”, *Iowa Law Review*, vol. 96 (2010), pp. 357-383, p. 361. En España, sigue esta línea Moya Fuentes, aunque haciendo equivalentes “primario” y “activo”, así como “secundario” y “pasivo”. MOYA, “Sexting”, cit. nota n° 8, p. 283.

³⁶ CUERDA, “Menores”, cit. nota n°8, p.23. Villacampa Estiarte, siguiendo a Wolar y Finkelhor, distingue entre *sexting* experimental y agravado. El primero consistiría en “la toma de fotografías de sí mismos que efectúan los jóvenes bien para enviárselas a novias o novios en relaciones sentimentales ya establecidas, bien para crear un interés de tipo romántico en otro joven o por razones como intentos de llamar la atención, pero sin que tras la creación o el envío de imágenes exista una conducta con relevancia criminal, sin intención maliciosa y sin que conste la ausencia de voluntad de intervenir en la conducta del joven que aparece en la imagen”. El segundo, por su parte, sería la conducta que requiere “el empleo de elementos criminales o abusivos tras la creación, el envío o la posesión de las imágenes sexuales producidas por menores”. Si bien reconocemos, como la autora, que esta clasificación permite hacer distinciones respecto a la dañosidad social de las conductas, consideramos que está anclada a un supuesto delictivo, es decir, a la existencia de tipos penales, lo que no permite una idea extra-jurídica del fenómeno, que es lo que intentamos plantear aquí. VILLACAMPA, “Sexting”, cit. nota n° 2, p. 3.

De ambas categorizaciones, la señalada por Ryan permite, a nuestro entender, una mejor comprensión de la conducta de los menores que producen su propio material y luego lo distribuyen a través de Internet u otros medios (por ej: en su perfil de Facebook o Instagram). Esto estaría contenido, sutilmente, en el *primary sexting* de Ryan, pero no en el *sexting* activo de Cuerda Arnau, que sólo considera la producción del material. Esta distinción es importante en vista de la eventual subsunción de las conductas en los tipos del Código Penal chileno. Para comprender esto hay que tener presente que en doctrina también se distingue entre *sexting* consentido y no consentido, de acuerdo a si se verifica el consentimiento de todos los sujetos que participan de él, es decir, del sujeto que se retrata, de quien envía la imagen y de quien la recibe (quienes no serán necesariamente personas distintas, pues lo más común es que quien la crea y envía sea el mismo sujeto)³⁷. Sin embargo, consideramos que el envío de material creado sin consentimiento no es una forma de *sexting* primario o activo, pues como veremos, la voluntariedad es clave para hablar de este fenómeno y no de otros.

Más novedosos son aquellos casos antes descritos de *primary sexting*, en que la publicación de los contenidos que hemos revisado no es ya en un ámbito de privacidad y uso personal entre dos sujetos, sino que se pone a disposición a través de redes sociales, que pueden ser visualizadas o descargadas por un grupo de personas más o menos amplio, o bien derechamente por cualquiera persona³⁸. Esta forma de comportamiento es la que ha dado origen a más dudas, pero al mismo tiempo es la que menos se ha tratado en la literatura.

Creemos que las descripciones recién vistas son insuficientes, y que para completar la cadena, debiéramos integrar una tercera forma de *sexting*, que considere el paso siguiente al pasivo o secundario (la conducta del que recibe el material de quien lo elabora y lo reenvía). Se configuraría por la conducta de quien recibe el material de aquel que no lo ha elaborado ni participado en su elaboración y proceda a difundirlo o distribuirlo (que denominaremos *sexting* terciario o *sexting* en sentido débil o amplio).

En virtud de las distinciones existentes, la revisión de fenómeno en la actualidad y los vacíos que parecen presentar las primeras, creemos que el *sexting* puede clasificarse de la siguiente forma³⁹:

- *Sexting* primario o en sentido estricto, constituido por la conducta del menor que voluntariamente, o en forma consentida si es más de uno, envía a uno o más destinatarios el material de contenido sexual o sugerente que ha producido. En esta etapa se incluyen tanto la producción del material enviado como el envío propiamente tal (considerando también el que se hace entre los mismos elaboradores), pero esto último es esencial, pues de otro modo la fenomenología no

³⁷ LAMPE, “*A victimless*”, cit. nota n° 33, p. 2.

³⁸ Lo que dependerá usualmente de la configuración de privacidad que el usuario haya hecho en su perfil de redes sociales.

³⁹ Que no es otra cosa que una complementación del *sexting* primario, y una división del *secondary sexting* en dos nueva etapas: la recepción del material de su fuente original (secundario propiamente tal o pasivo) y el reenvío de este (terciario o en sentido débil o amplio).

sería propia de *sexting*, sino de simple elaboración de pornografía infanto-juvenil (no necesariamente punible), o al menos de material erótico o sensual;

- *Sexting* secundario, que es aquel en que uno o más sujetos reenvían a terceros que están fuera del nexo de confianza (aún ocasional), el material generado en la etapa primaria, y que han recibido voluntariamente de quien o quienes lo generaron. Nuevamente el envío es esencial, pues en caso contrario estaríamos ante una simple adquisición o tenencia de este tipo de material. Esta etapa y la anterior son las que ordinariamente suelen asociarse al fenómeno;
- *Sexting* terciario o *sexting* en sentido débil o amplio, que es el que se presenta cuando un tercero, sin relación con el o los productores del material, lo recibe y reenvía a otros sujetos, en una cadena que puede resultar interminable. Al igual que los casos anteriores, el envío es primordial para determinar que estamos ante este fenómeno y no otros similares⁴⁰.

2. Elementos constitutivos del *sexting*

Considerando que lo tratado hasta aquí es un fenómeno de relevancia penal, los elementos que se presentarán a continuación no son taxativos ni absolutos, sino más bien aquellos que, con mayor frecuencia, se presentan como pertenecientes al mismo.

2.1. La (ineludible) presencia de menores de edad

El *sexting* es una forma muy específica del entramado de conductas asociadas a la pornografía infanto-juvenil, siendo uno de sus puntos primordiales la participación de NNA (tal como en el *grooming* o en el *bullying*)⁴¹. Este mismo hecho marcará la frontera de los tipos penales eventualmente aplicables, o bien servirá de fundamento para la exclusión de punibilidad⁴². No es que estas conductas sean exclusivas de o entre menores de edad⁴³, sino que su presencia es la que le otorga al fenómeno su especial relevancia penal⁴⁴, en relación

⁴⁰ Aunque tangencialmente, consideran también esta fase del fenómeno como parte del *sexting*, ACEDO / PLATERO, “La privacidad”, cit. nota n° 13, p. 89.

⁴¹ En el caso del *grooming*, de acuerdo a un estudio realizado por Villacampa Estiarte y Gómez Adillón, la participación de menores como *groomers* sería mayor que la tasa de adultos en igual posición, contraviniendo la idea asentada de que este es un fenómeno de adultos sobre niños y adolescentes. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18-02 (2016), pp. 1-27, pp. 23-24, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-02.pdf> [visitado el 12.01.2018].

⁴² Sobre todo si consideramos que el legislador entrega parcelas diferenciadas de protección a los menores de edad, específicamente en materia sexual, de acuerdo a ciertos rangos etarios. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 141-163, pp. 142-143.

⁴³ Por lo mismo no existen campañas publicitarias que busquen prevenir fenómenos como estos cuando afectan a adultos, como sí las hay para menores. Basta recordar las campañas anti-*grooming* de la PDI en Chile, aún con plena vigencia.

⁴⁴ Así lo considera también Delgado Sancho, aunque bajo el equívoco rótulo de “el delito de *sexting*”, DELGADO SANCHO, Carlos, “Libertad e indemnidad sexual tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015:

SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.

a la ejecución de distintos roles⁴⁵. Cuando estas conductas son desarrolladas por adultos, si llegan a ser constitutivas de algún delito, no se involucran bienes jurídicos como la indemnidad sexual, pues se entiende que el desarrollo sexual de los mayores de edad está completo, y cuenta con una protección menor por parte del ordenamiento jurídico⁴⁶.

En el *sexting* primario, contamos con la opción de un único sujeto que genera o produce su propia fotografía o video, o bien una pareja o grupo que realiza la toma o captura de sí mismos; y que en cualquiera de las hipótesis proceden a difundirla de forma individual o masiva. Si existe una pareja o grupo generador, estamos frente a una relación original o *primary sex-relation*. Es en esta etapa donde se aprecia mayormente la presencia de menores de edad. Es más, antes de la irrupción de los periféricos electrónicos o digitales, sobre todo los teléfonos, la trascendencia de hechos como estos, asociados a mayores de edad, no se vinculaba a los delitos sexuales clásicos, sino que eventualmente a conductas que atentaban contra la intimidad⁴⁷.

En el *sexting* secundario, en tanto, salimos del ámbito de los elaboradores, y la presencia de NNA comienza a ser menos fuerte. Si bien es común que las fotografías o videos sean recibidos por otros menores, con quienes exista una relación de pareja, amistad, un vínculo generado en los establecimientos educacionales o incluso una situación pasajera, no es posible descartar que el que recibe el material, y que queda en posición de difundir, exhibir o distribuir, sea un mayor de edad. Sin embargo, como se verá luego, para que aún estemos frente al *sexting* (en esta etapa, relación secundaria o *secondary sex-relation*) son necesarias la voluntariedad y unidireccionalidad, o ya estaremos frente al (mal) denominado ciberacoso sexual infanto-juvenil.

Si ocurre exhibición o difusión, por parte de sujetos no involucrados en la relación primaria o secundaria, estamos frente a un *sexting* en sentido débil. En esta última fase, y sobre todo en el cruce con conductas delictivas constitutivas de *cibergrooming* o de pornografía infanto-juvenil, suele ser más común la presencia de adultos. De todas formas se difumina absolutamente la determinación del tipo de sujetos que participa, pero puede adivinarse, por los estudios antes citados u otros, que la presencia de mayores de edad es más significativa que en los estadios anteriores. Ahora, desde una perspectiva estadística y de género, se da la constante de que las mujeres tienden a ser quienes en forma mayoritaria producen y distribuyen su propia imagen, siendo el hombre más bien “sujeto pasivo” de *sexting* secundario⁴⁸.

Doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n° 50 (Abril-Junio 2018), pp. 237-277, p. 260. No lo menciona como una de sus peculiaridades, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “La intimidad después de la reforma del artículo 197 del código penal: La divulgación sin consentimiento de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento”, en BACIGALUPO S., Silvana; FEIJOO S., Bernardo; ECHANO B., Juan (Coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Barcelona: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 1019-1044, p. 1038.

⁴⁵ En igual sentido, MOYA, “Sexting”, cit. nota n° 8, p. 283.

⁴⁶ DELGADO, “Libertad”, cit. nota n° 44, p. 261.

⁴⁷ De todas formas hay quienes califican la conducta genéricamente como *sexting*. Al respecto véase LÓPEZ, “La intimidad”, cit. nota n° 44, p. 1022.

⁴⁸ Shaheen Shariff considera que esta tendencia mayoritariamente femenina se debe a que las niñas y adolescentes reciben contradictorios mensajes de la sociedad, que están marcados por el empoderamiento

2.2. Internet y las TIC: Factores indispensables del fenómeno

A través de ellas es que se realiza la creación de textos (en el *sexting* original), toma de imágenes y videos, edición de los mismos y su difusión o distribución. La producción por lo general es a través de cualquier aparato tecnológico que posea cámara, pero en cuanto a la difusión y almacenamiento, será el celular el que tendrá un rol protagónico, por la facilidad de transmisión de contenidos móviles, es decir, datos que sean accesibles de manera directa, inmediata y continuada, con independencia del lugar y del momento, gracias a las redes de conexión 3G, 4G o 5G que poseen la mayoría de los dispositivos de última generación⁴⁹. El uso masivo de estos dispositivos por parte de NNA y la gratuidad en formas de transmisión de datos, como el *wi-fi* o *bluetooth*, los transforman en herramientas propicias para las conductas en estudio. El móvil les permite mantener el contenido y a los protagonistas de sus relaciones sociales en aparente privacidad, reforzando la creencia de resguardo absoluto del contenido almacenado en estos. La sensación de seguridad está relacionada con la posibilidad de estar “siempre en contacto” como consecuencia de su portabilidad⁵⁰.

femenino y las figuras del deporte, la música o el cine como iconos de esto, lo que permitiría que se invisibilizaran, a ojos de las menores, problemas como las actitudes misóginas o la cosificación sexual femenina. SHARIFF, “Sexting”, cit. nota n°12, p. 45. Afirman Mitchell y Finkelhor que, en relación a la motivación de atraer la atención del receptor, se ha detectado que la proporción de mujeres dispuestas a realizarlo es más alta, lo que las pone en una situación más vulnerable, y que por su parte los hombres son quienes realizan de manera más reiterada la solicitud y difusión de este tipo de contenidos. MITCHELL, Kimberly J.; FINKELHOR, David; *et al*, “Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study”, *Pediatrics*, n° 129-1 (2012), pp. 1-8, p.5. Magro Servet lo asocia directamente con una forma de violencia de género, sobre todo considerando la forma agravada del art. 197.7 inc. 2°, MAGRO SERVET, Vicente, “El delito de *sexting* o difusión de imágenes tomadas con consentimiento de la víctima en la violencia de género en la reforma del código penal”, *La Ley Penal*, n° 7190 (2014), pp. 1-8, pp. 5-7.

Según uno de los estudios más recientes acerca del *sexting* en EEUU, tan sólo el 2,5% de los encuestados aparece o ha elaborado materiales de *este* tipo, mientras que el 7,1% los ha recibido. Estas cifras descienden al 1% y al 5,9% respectivamente si se restringe el concepto de *sexting* a imágenes sexualmente explícitas, tales como senos, órganos genitales o glúteos. En relación a este último punto, de los 39 jóvenes que declararon haber creado y protagonizado este tipo de imágenes, el 61% eran mujeres entre la edad de 16 a 17 años. Por otro lado. De los 110 que sólo recibieron imágenes, sin aparecer en ellas, el 56 % eran mujeres, de las cuales el 55% tenía entre 16 y 17 años y ninguna era menor de doce. Publicado el 2012 por la *American Academy of Pediatrics*, titulado *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study*, en el cual entrevistaron telefónicamente a 1560 adolescentes de entre diez y diecisiete años. Detalles en MITCHELL y FINKELHOR, “Prevalence”, cit. nota n° 48, p. 5.

⁴⁹ GONZÁLES MOLINA, Sonia, “Contenidos móviles para la comunicación de servicio 2.0 a partir de las redes sociales”, *Revista Cuadernos de Información*, n°31 (2012), pp. 151-162, p. 12.

⁵⁰ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Aldo; BENAVIDES ALMARZA, Cristóbal, “Uso de teléfonos móviles por los jóvenes”, *Revista Cuadernos de Información*, n° 25 (2009), pp. 5-14, p. 12. Además, el carácter personal de los móviles los hace quedar muy ajenos al control por los adultos responsables del menor, como sí se puede tener, en cierta medida, con los ordenadores. En este caso, los teléfonos quedan a disposición de niños y adolescentes la mayor parte del día, y la abundancia de información y redes sociales a la que están expuestos, no les da el tiempo para reflexionar sobre su uso o riesgos que puedan enfrentar, por desconocimiento de la regulación sobre el tema, falta de confianza en los adultos o auto consideración como totales entendidos en relación a sus familiares de la tecnología de la que disponen. Así lo afirma VELÁSQUEZ, “Sexting”, cit. nota n° 7, p. 3.

A pesar de que hoy el *sexting* se asocia en forma ineludible al teléfono móvil, en uno de los primeros y más famosos casos judicializados en Estados Unidos, el medio fue el correo electrónico. En *A.H. v. State of Florida*⁵¹, en 2007 (los hechos acontecieron en 2004), dos menores que mantenían una relación de pareja se fotografiaron en conductas sexuales indeterminadas, para luego descargar y enviar tales imágenes a través de sus correos personales. Los acusados en ningún momento expusieron tales imágenes a terceros, esgrimiendo como defensa la vulneración del derecho a la privacidad constitucionalmente garantizado y que el Estado había reaccionado de manera ilegítima a través de una intervención de sus correos electrónicos personales. En virtud del recurso de apelación interpuesto por uno de los menores que había sido condenado por haber producido, dirigido o promovido dolosamente imágenes de contenido sexual, el Tribunal señaló que los intereses del Estado estaban por sobre estos derechos cuando se debía proteger la explotación de menores, sin importar quien la realizara ni su edad, desestimando el recurso y ratificando la sentencia de primera instancia⁵².

Con la inserción en los aparatos móviles de aplicaciones que se sirven de plataformas *online* para la distribución de información autogestionada por los propios usuarios –los “prosumidores” de Toffler-, se ha creado el escenario perfecto para las conductas de *sexting*⁵³.

2.3. La libertad de la participación en el *sexting*

Un presupuesto esencial del *sexting* es que los sujetos realizarán la generación y difusión (en sentido amplio) de manera voluntaria, libre de coacción, amenaza o intimidación por parte de quienes elaboran o bien del receptor. El protagonista realiza libremente la acción de crear el material audiovisual, o bien las parejas o grupos consienten en ello⁵⁴. Lo que sí se manifiesta, desde una perspectiva sico-social, es una considerable falta de representación de los riesgos que conlleva tal exposición de la vida privada de los menores partícipes, sin prever las posibles consecuencias que podría traer para su intimidad o indemnidad sexual⁵⁵. Esto no obsta a que podamos considerar la voluntad o el consentimiento como libres, para efectos penales⁵⁶.

Por otro lado, si la persona que recibe el material no tiene la intención de ver las imágenes, o siquiera de recibirlas, por no desear ni consentir en los deseos del emisor, podemos estar

⁵¹ *A.H. v. State of Florida*, 949 So. 2d 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007), en <https://groups.google.com/forum/#!topic/alt.lawyers/2hrGDzkkMcY> [visitado el 28.06.2017].

⁵² El texto íntegro de la sentencia se encuentra disponible en: http://scholar.google.cl/scholar_case?case=5844412223731234520&q=A.H.+v.+State+of+Florida&hl=en&as_sdt=2,5 [visitado el 10.06.2013].

⁵³ GONZÁLES, “Contenidos”, cit. nota n° 49, p. 13.

⁵⁴ Coincide en esta voluntariedad, LÓPEZ, “La intimidación”, cit. nota n° 44, p. 1038.

⁵⁵ MARTINEZ, “La difusión”, cit. nota n° 31, p. 3.

⁵⁶ Un amplio panorama de la relación entre edad y consentimiento en la actividad sexual en la legislación española, aunque previa a la Reforma de la L.O. 1/2015, en RAMON RIBAS, Eduardo, *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013, pp. 227-229, p.241.

frente a una forma de acoso, como en el *ciberstalking* o *cibergrooming*, dependiendo del entorno, los sujetos u otros elementos importantes⁵⁷.

2.4. Contenido sexual de la comunicación

Para estos efectos, dentro del *sexting*, los contenidos que se transmiten son entendidos como imágenes o videos pornográficos (sexualmente explícitos), pero también eróticos o sensuales (sugestivos), previstos para uso privado, transmitidos por medios digitales⁵⁸. Importante es la calificación del contenido de lo enviado, por la fuerte vinculación del tema con las figuras típicas de pornografía infanto-juvenil consagradas en la mayoría de los códigos penales, como el nuestro, que en el art. 366 quinquies califica de pornografía en que se ha utilizado a menores de edad, la representación de estos en comportamientos sexuales explícitos.

El adjetivo “pornográfico/a” se genera por una valoración cultural que es anterior al Derecho penal, y cuyos límites siempre han estado marcados por la vaguedad⁵⁹. La jurisprudencia norteamericana lo ha enlazado con un adjetivo de similares características: lo obsceno⁶⁰, pero a su vez ambos son relacionados con otros conceptos frente a los que no se puede distinguir con facilidad, como lo sugestivo, erótico o sensual. De acuerdo a las definiciones que entrega el Diccionario de la RAE⁶¹, la sexualidad sería el punto en común entre estos conceptos, en mayor o menor medida, pero se presenta una relación de

⁵⁷ VELÁSQUEZ, “*Sexting*”, cit. nota n° 7. p. 6; en términos amplios coincide MORALES, “*La reforma*”, cit. nota n° 20, p. 463.

⁵⁸ LAMPE, “*A victimless*”, cit. nota n° 33, p. 24.

⁵⁹ Una revisión de ciertos momentos históricos importantes para el entendimiento de los bemoles del concepto en ARAGÓN VARO, Asunción, “La pornografía ilustrada: Inglaterra, siglo XVII”, en VÉLEZ NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Géneros extremos/ extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico*, Cádiz: Ed. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 227-240, pp. 227-228; y CALIPPE, Charles, *La lucha contra la inmoralidad pública*, Trad.: BUYLLA Y LOZANA, Plácido, Madrid: Ed. Publicaciones de la Liga Contra la Pornografía, 1912, pp. 4-5.

⁶⁰ Los casos más emblemáticos son Roth vs Estados Unidos, de 1957, y Miller vs California, de 1973. MILSTEAD, Virginia, “*Ashcroft v. Free Speech Coalition: how can virtual child pornography be banned under the first amendment?*”, *Peppidine University Law Review*, t. 35 (2003-2004), pp. 829-830; y BAURACH, Jason, “Case comments: constitutional law: permitting virtual child pornography –a first amendment requirement, bad policy, or both? *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002)”, *Florida Law Review*, t. 55 (2003), p. 1074. Alguna manifestación encontramos también en España, donde por ejemplo, el Juez Especial de Prensa e Imprenta de Madrid señaló que “[...] en estas últimas manifestaciones se ha huido de lo que se ha llamado siempre pornografía, concebida como equivalente a obsceno, y representadas por llamadas a lo sexual en forma grosera, centrando la atención en la distorsión o en el aspecto de pura animalidad del sexo, habiéndose dado en llamar a estas nuevas manifestaciones erotismo”, Autos del 23 y 26 de marzo de 1976 del Juez Especial de Prensa e Imprenta de Madrid, citado en FERRER MARTÍN, Daniel, “Derecho, erotismo y pornografía”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 72.

⁶¹ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define pornografía utilizando tres acepciones: 1. f. Carácter obsceno de obras literarias o artísticas; 2. f. Obra literaria o artística de este carácter; 3. f. Tratado acerca de la prostitución. Por su parte, obsceno es definido como: “1. adj. Impúdico, torpe, ofensivo al pudor”, mientras que erótico como: “1. adj. Perteneciente o relativo al amor sensual; 2. adj. Que excita el apetito sexual”. Por último, lo sensual es entendido como “1. adj. Perteneciente o relativo a las sensaciones de los sentidos; 2. adj. Se dice de los gustos y deleites de los sentidos, de las cosas que los incitan o satisfacen y de las personas aficionadas a ellos; 3. adj. Perteneciente o relativo al deseo sexual”.

gradualidad, siendo el peldaño más bajo y menos explícito lo sensual, y el más alto lo pornográfico o sexualmente explícito⁶². Lo pornográfico busca únicamente la excitación, a través de imágenes explícitas de prácticas u órganos sexuales; lo sensual y lo erótico se caracterizan por ser sugestivos, no explícitos, involucrando, según afirman Acosta y Camacho⁶³, las sensaciones, emociones y sentimientos. Como señalaba el célebre director de cine italiano Bernardo Bertolucci, el erotismo es el contrapunto de la pornografía.

Valga aclarar que las fotografías o videos que involucren contenidos pornográficos, eróticos o sensuales, pueden ser considerados dentro del *sexting*. La diferencia radicará, como señalábamos, en que solo lo pornográfico o sexualmente explícito podría entrar en el ámbito de protección de las normas en materia de pornografía infanto-juvenil (lo que en caso alguno implica afirmar *ex ante* su tipicidad).

El material descrito anteriormente suele producirse en el marco de relaciones afectivo-sexuales, consumadas o en ciernes, con mayor o menor duración⁶⁴. Aunque no pueden descartarse las relaciones ocasionales, en general estas no permiten generar el ambiente de mínima confianza para hacer registros audiovisuales de este tipo⁶⁵. Habrá ocasiones en que, concluida una relación, la persona que conserva imágenes de contenido sexual conjunta o de la otra parte, ya sea por despecho, aburrimiento, diversión o cualquier otro motivo circunstancial, puede sentir la tentación de divulgarlas con fines de ocio, venganza o extorsión. Esta situación se conoce como *revenge porn* o *sextortion*⁶⁶, según vimos con anterioridad, caso que se presenta si quien lo hace busca algo a cambio⁶⁷. En otros casos puede mediar sólo una relación impersonal a través de Internet o mensajería instantánea, en la cual los sujetos no se conocen personalmente sino que utilizan el medio como facilitador de conductas de excitación u ocio.⁶⁸

⁶² CASTRO FARÍÑAS, José A., “Pornografía, erotismo y derecho”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977, p. 8.

⁶³ Acosta considera que el erotismo tiene relación con el placer y la sexualidad, en el marco de una relación emocional positiva, mientras que lo pornográfico está dissociado de cualquier manifestación amorosa, ACOSTA PATIÑO, R., “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2 (1992), pp. 127-128. En sentido similar, vinculando erotismo con sensualidad y amor, CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, “Consideraciones sobre el concepto de pornografía y la regulación jurídica de la libertad de expresión”, *Persona y Sociedad*, Volumen V (1978), pp. 1-88, pp. 78-79. Para Ferrer, el erotismo puede complacerse con acciones no sexuales o para-sexuales, que no constituyen propiamente actos de sexo, FERRER, “Derecho”, cit. nota n° 60, p. 69.

⁶⁴ Razón por la que LÓPEZ, “La intimidad”, cit. nota n° 44, p. 1038, y FERNÁNDEZ, “Reforma”, cit. nota n° 24, p. 6, consideran, dentro de las características, el tratarse de registros caseros.

⁶⁵ Acedo y Platero incluyen la confianza dentro de la propia definición de *sexting*, al concebirlo como “[...] una conducta que puede ser definida como el envío de mensajes de contenido sexual y de forma voluntaria por parte de una persona a otra, cuando entre ellos existe una relación de confianza”, opinión que no compartimos, por considerarlo un elemento secundario respecto a la voluntariedad (puede haber una situación perfectamente consentida entre sujetos que apenas se conocen, pero que desean experimentar). ACEDO y PLATERO, “La privacidad”, cit. nota n° 13, p. 84.

⁶⁶ No son expresiones sinónimas, pero sí con zonas convergentes, como se ha visto.

⁶⁷ Con mayor detalle, RYAN, Elizabeth, “*Sexting*”, cit. nota n° 35, p. 364.

⁶⁸ MARRUFO MANZANILLA expone una medición acerca de diferentes aristas sobre el fenómeno en estudio, en la cual se reflejan la percepción general de adolescentes sobre la frecuencia con que se da el *sexting*, frecuencias y porcentajes de acciones propias del fenómeno llevadas a la práctica por adolescentes, y la que se esgrime como elemento ejemplificador en el texto. MARRUFO, *Surgimiento*, cit. nota n° 6, p. 40.

2.5. Unidireccionalidad del *sexting*

El último de los elementos característicos de este ciberfenómeno es su unidireccionalidad. Se habla de *sexting* cuando las conductas se producen entre un menor, pareja o grupo que produce material de sí mismos, y que lo envían o difunden a otro u otros menores, mayores o al ciberespacio en forma más o menos indeterminada. Es decir, el material se direcciona desde el menor o menores productores a quien lo recibe o participa del *sexting* pasivo, pudiendo seguir desde allí su curso. Si el receptor original a su vez decide poner en circulación las imágenes o videos, el o los receptores no originales cierran la línea en lo que hemos denominado *sexting* terciario (lo que ocurra con este material ya escapa al estudio de este fenómeno en particular, pudiendo ser subsumido, eventualmente, en otras figuras penales). No se afirma en ningún caso que la dirección opuesta no ocurra ni pueda ocurrir, sino que, de ser así, estaríamos ante una nueva cadena unidireccional, o derechamente ya no estaríamos frente al *sexting* (la voluntariedad es esencial), sino frente a alguna forma de acoso penalmente relevante o una conducta que forma parte de otros fenómenos (por ej: un menor le exige a su pareja fotos desnuda bajo amenaza de terminar la relación, lo que podría incluirse dentro de la sextorsión).

3. ¿Es conveniente criminalizar el *sexting*?

Hasta ahora podemos afirmar dos cosas más allá de cualquier discusión. Lo primero es que estamos frente a un fenómeno, y no una conducta específica y singular, como el acceso carnal en la violación o la introducción de objetos en el abuso sexual agravado. Lo segundo, es que este fenómeno genera una serie de problemas para los menores de edad, cuestión que podría hacer pensar en la existencia de fundamentos suficientes para su penalización.

El *sexting* genera, por una parte, problemas en el ámbito educativo, ya que el contexto escolar ha sido el principal escenario de este tipo de prácticas, siendo los compañeros de aquel que origina el material quienes hacen de difusores. La experiencia comparada nos muestra que algunas instituciones educacionales han modificado sus reglamentos internos con medidas disciplinarias que, a través de la sanción, intentan prevenirlo⁶⁹. En el contexto, esto tendría su justificación en el fracaso académico que se pretende evitar producto de suspensiones, expulsiones o la misma auto-exclusión que han realizado los involucrados para evitar las burlas y acoso a los que han terminado sometidos⁷⁰.

⁶⁹ Aunque el tratamiento que se le da suele unificarse con otros fenómenos, como el *sexual-harassment* (incluido el de los propios empleados de los establecimientos) o el mismo *ciberbullying*. Para Rhode, refiriéndose en específico a la realidad estadounidense, una parte considerable de la proliferación de estas conductas está dada por la falta de preparación y empatía de los educadores al encararlas, además de una falta de asesoría legal de las instituciones. RHODE, Deborah H., *Sex in Schools: Who's minding the adults?*, en MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (Eds.), *Directions in sexual harassment law*, New Haven, Ed. Yale University Press, 2004, pp. 290-306, pp. 291, 292, 302.

⁷⁰ Es el caso de la Vienna High School en Illinois, que sanciona esta práctica con medidas que van desde la detención y destrucción del material hasta la suspensión del alumno, MARRUFO, "Surgimiento", cit. nota n° 6, p. 15. Otros ejemplos en MAYERS, R. Stewart; y DESIDERIO, Mike F., "Not lol: legal issues encountered during one high school's response to sexting", *Brigham Young University Education & Law*

En segundo lugar, toman relevancia las consecuencias psicológicas para los menores partícipes. Siguiendo aquí a Lampe, estos problemas pueden clasificarse entre aquellos que se causan a la población de adolescentes en general, a quienes reciben este tipo de contenidos y a quienes aparecen en imágenes de *sexting*, en atención a su gravedad. En el primer punto, este material podría producir problemas para quienes no participan de manera directa de su producción, envío o recepción. Sin la información acerca de las circunstancias que rodearon la creación de tales contenidos, a simple vista podrían llegar a ser indistinguibles de la producción de material pornográfico infanto-juvenil producto de explotación de menores. La principal preocupación relacionada con la exposición de este tipo de material a menores, es que los acosadores sexuales podrían utilizarla como una herramienta de convencimiento para que éstos supongan tales comportamientos como normales o aceptables. Los daños para quienes reciben este material de manera involuntaria serían eventuales y circunstanciales, de carácter emocional o psicológicos, en aquellas personas que aún no tengan un desarrollo de su sexualidad acabado, ya que incluso la conducta de quienes envían a adultos contenidos no deseados de orden sexual puede tratarse como un tipo de acoso (*ciberstalking*) o de contacto ilícito (*cibergrooming*)⁷¹. El gran inconveniente de este punto es la falta de estudios científicos serios y masivos que lo avalen.

La situación más compleja es la que viven los NNA que aparecen en las imágenes, pues son éstos los que enfrentan el riesgo de ser estigmatizados y humillados si sus videos o fotos son difundidos. Pueden existir graves deterioros en su salud mental, produciéndose, por ejemplo, cuadros de depresión y ansiedad, sobre todo producto del *bullying* que puede seguir al *sexting*⁷². Las consecuencias que afecten a los menores pueden apreciarse incluso años después de ocurrido el suceso, debido a la gran dificultad a la hora de eliminar de internet los contenidos disponibles en los miles de sitios web destinados al sexo y sus productos⁷³. Los menoscabos a la reputación de los menores pueden persistir en los años, así por ejemplo una fotografía que toma un niño a la edad de 13 años puede afectarles cuando, siendo adulto, intente entrar a una universidad o postular a un trabajo⁷⁴.

La difusión de las imágenes o videos, como suele ocurrir en la actualidad, puede no sólo alcanzar a amigos o conocidos del emisor o del receptor, sino que puede tornarse viral, circulando por internet de manera incontrolada⁷⁵. La eliminación total de la imagen será

Journal, Issue 1 (2013), pp. 1-19, p. 4, en <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=86721424&lang=es&site=ehost-live> [visitado el 17.05.2017]. En nuestro país no se aprecia un conocimiento suficiente del fenómeno, por lo que está, en general, ausente de las reglamentaciones.

⁷¹ LAMPE, “*A victimless*”, cit. nota n° 33, p. 4.

⁷² Aunque puede tomarse como algo muy excepcional, hay registros de que en situaciones muy graves los menores han llegado hasta a quitarse la vida. MCLAUGHLIN, “*Crime*”, cit. nota n° 4, p. 5.

⁷³ RYAN, *Sexting: How the State*, cit. nota n° 35, p. 364.

⁷⁴ Como en el ámbito laboral, al enfrentar procesos de selección informatizados, ACEDO y PLATERO, “La privacidad”, cit. nota n° 13, p. 67.

⁷⁵ De un total de 149 menores que crearon y aparecieron en imágenes desnudos o semidesnudos o que las recibieron, un 10% de los primeros las distribuyeron y un 3% de los últimos, MITCHELL y FINKELHOR, “*Prevalence*”, cit. nota n° 48, p. 6.

materialmente imposible de garantizar por cualquier proveedor de internet, ya que los contenidos pueden ser rápidamente trasladados de servidor en servidor o incluso descargados de ellos⁷⁶.

En el Derecho penal moderno, estas imágenes o videos en que se verifica la presencia de menores en contextos sexuales constituye, usualmente, pornografía infanto-juvenil, a no ser que se haya legislado y direccionado el tema de manera especial⁷⁷. En razón de esto es que aproximadamente una decena de países ha recogido la idea de que el *sexting* es un problema social que afecta a NNA, lo que ha derivado en la presentación de cargos contra distintos adolescentes por producción, distribución y posesión de este tipo de pornografía, al intentar resolver casos de esta índole⁷⁸.

Algunos de ellos, quizás los más llamativos, ocurrieron en los Estados Unidos. Además del reseñado unos párrafos atrás, los más emblemáticos son aquellos que terminaron con el suicidio de dos adolescentes que participaron de actos de *sexting*: Jesse Logan y Amanda Todd. La primera se vio envuelta en un escándalo porque en su escuela circulaba en los celulares de un gran número de alumnos una imagen en la que aparecía desnuda. Dicha foto se la había enviado al que fuera su novio un tiempo atrás, pero cuando la relación terminó, el muchacho envió la imagen a otra persona y ésta a otra más, hasta que fue circulando cada vez entre más compañeros de la escuela. Esta situación fue potenciada por otros actos de

⁷⁶ MORÓN, “Internet”, cit. nota n° 5. pp. 112 y ss; MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2005. p. 112. Incluso, siendo aún más extremos en los problemas, la existencia de TIC que traen consigo aplicaciones de geolocalización o geoetiquetado de contenido multimedia, pueden facilitar la ubicación física exacta, logrando identificar y localizar a quienes aparecen en imágenes o vídeos, que al ser utilizados de mala manera podrían fomentar la situación de vulnerabilidad de los menores frente a los pederastas u otros explotadores de seres humanos, con las consecuencias ya conocidas.

⁷⁷ LAMPE, “A victimless”, cit. nota n° 33, p. 7.

⁷⁸ Los casos más polémicos se han dado en Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Argentina, México, y Puerto Rico. En este último, el ex senador Antonio J. Faz Alzamora presentó el año 2009 el proyecto de Ley 921 que intentaba la creación de la denominada “Ley contra el texnudismo” que, pese a ser aprobado en la Cámara del Senado el año 2010, no lo fue en la cámara de representantes, lo que hizo fracasar su promulgación. La medida, tal y como fue originalmente presentada, tenía un enfoque punitivo, dirigido específicamente a la población infantil y adolescente, prohibiendo el uso indebido e imprudente del equipo celular para producir, enviar o distribuir fotografías o vídeos de menores de edad en estado de desnudez. En cuanto a las compañías que se dedican a la venta de equipo celular, les imponía la obligación de advertir a los consumidores sobre el alcance de la medida, mediante la difusión de una campaña promocional, la inclusión de advertencias sobre el *sexting* en los empaques de los productos y una notificación en los contratos de servicio. La compañía que no cumpliera con lo anterior, incurría en un delito menos grave. En ese país, la Cámara de Representantes llegó a la conclusión que era necesario enfocar en la falta de educación, tanto de los padres, como de los menores, por lo que se debían realizar campañas educativas con la participación del Gobierno y las compañías de telecomunicaciones. Lo anterior en un contexto de oposición por parte de las empresas afectadas, principalmente por el aumento en los costos operacionales y porque les imponía responsabilidades penales. Proyecto de Ley 921 del Senado de Puerto Rico, presentado el 08-06-2009, y que fue aprobado en el Senado pero rechazado en la Cámara de Representantes. Disponible en: <http://senado.pr.gov/Proyectos%20del%20Senado/ps0921-09.pdf> (Última visita 01 julio de 2017). En el caso que expusimos en la npp. n° 12 de este trabajo, el menor que solicitó las fotografías y otros dos adolescentes enfrentaron cargos por delitos de pornografía infanto-juvenil. Para otros casos recientes en Estados Unidos y Canadá, véase SHARIFF, “Sexting”, cit. nota n° 42, pp. 83 y ss.

SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.

ciberbullying de los que ella fue víctima⁷⁹. El acoso por parte de sus compañeros y adolescentes en general le causó un grave estado depresivo que la obligó a abandonar sus estudios y, posteriormente, a la decisión de suicidarse⁸⁰.

En este escenario, los poderes legislativos de diversos estados en aquel país se percataron que su normativa no estaba preparada para lidiar con este nuevo fenómeno, presentando diversos grados de adaptabilidad. En el año 2009, alrededor de doce estados trabajaron normas específicas, bajo la premisa que era necesario detener y penalizar este tipo de conductas entre menores de edad. Durante el año 2010, dieciséis estados consideraron proyectos de ley y resoluciones, enfocadas también en educar a los menores de edad sobre los riesgos que envuelve este comportamiento, y en cuanto a las penalidades a imponerse a las personas que incurran en dicha conducta. A manera de ejemplo, el Estado de Connecticut aprobó, en junio del 2010, la *Public Act* N° 10-19, dirigida a penalizar el *sexting* entre menores de 13 a 18 años. Hasta el año 2011, los estados que habían modificado sus códigos penales eran Florida, Nevada, New Jersey, New York, North Dakota, Rhode Island y Texas, reflejando una política criminal punitivista frente al fenómeno⁸¹, la que de todas formas presenta excepciones.

Entre todos estos, cinco estados transitaron por vías distintas, reduciendo el *sexting* a la categoría de falta, mientras otros siete han realizado propuestas al Congreso para hacerlo. Rhode Island, Vermont y Ohio propusieron derivar los casos de *sexting* a los tribunales de familia, a través del procedimiento juvenil, mientras que New Jersey y New York han realizado iniciativas con la finalidad de que los menores involucrados en estas conductas sean parte de programas educacionales, en vez de enfrentar sanciones penales. Nebraska es el único estado que ha hecho una diferenciación en caso de que el *sexting* fuese privado y consentido por dos menores sobre la edad de los 15 años, protegiéndolos de cualquier responsabilidad penal hasta los 19⁸². En tanto, Hawai, New York, Pennsylvania and South Dakota lograron recién el año 2012 la efectiva promulgación de normativa especializada contra el fenómeno⁸³.

En 2013, los estados de Arkansas, Georgia y West Virginia se sumaron a los que habían promulgado normativas tendientes a sancionar a los menores que envíen fotos sexualmente

⁷⁹ MARRUFO, *Surgimiento*, cit. nota n° 6, p. 16.

⁸⁰ BARKACS, Linda L. “Do you think I’m sexy? Minors and sexting: teenage fad or child pornography?”, *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues*, N° 2, vol. 13 (2010), pp. 23-31, p. 23. Shariff relata otros casos en Canadá, además de Estados Unidos, pero agregando que en general se trata de hechos que han estado más ligados a *ciberbullying* que a *sexting*, SHARIFF, “Sexting”, cit. nota n° 42, p. 219.

⁸¹ Conferencia Nacional de las Legislaturas Estatales Norteamericanas, resumen de los proyectos de ley que atendían al *sexting* entre los años 2009 y 2013. Véase la Sección de *Telecommunications and Information Technology*. En <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/crime.aspx> [visitado el 05.06.2017].

⁸² Regulación legal federal del *sexting*, 2011 en National District Attorneys Association. En <http://www.ndaa.org/pdf/Sexting%20-%20Self%20Exploitation2011.pdf> [visitado el 15.06.2017].

⁸³ En total, trece fueron los Estados que modificaron sus normativas para, por ejemplo, endurecer las penas a los menores que participan de estas conductas. Así, por ejemplo, en California, las multas pueden llegar a USD 1.000, y las horas de trabajo comunitario hasta 40, además de obligar al menor a tomar terapias. Resumen de los proyectos de ley que atendían al *sexting* al año 2012. En: <http://www.ncsl.org/issues-research/telecom/sexting-legislation-2012.aspx> [visitado el 05.06.2017].

explícitas, desnudos o semidesnudos, por teléfono celular. En total, fueron nueve los estados ese año que modificaron sus normativas respecto al *sexting*, lamentablemente la mayoría para endurecer sus penas o ampliar sus figuras, y los menos para abordar el problema desde una perspectiva distinta, como la educación o la inserción social⁸⁴. Por ejemplo, el Código Penal de Florida penaliza el *sexting* a través de una lista de conductas que puede realizar un menor, señalando en su primer inciso: “Un menor comete el delito de *sexting* si él o ella con conocimiento: usa un computador o cualquier otro dispositivo electrónico con capacidad de transmitir o distribuir datos, para transmitir o distribuir a otro menor cualquier fotografía o video de cualquier persona representada desnuda [...]”⁸⁵. A su vez, el Estado de Nevada también lo ha regulado en su Código Penal, señalando como conductas a sancionar la “[...] transmisión o distribución de imágenes de sí mismo o de otros menores tanto a personas adultas como menores de edad, incluyendo la posesión si es que no median circunstancias que den a entender su no intervención en tales hechos y su intención de no participar ni de su difusión ni almacenamiento”⁸⁶.

Cerrando este panorama, en Estados Unidos la mayoría de los estados se ha inclinado por dejar en desuso la normativa relacionada con la pornografía infanto-juvenil, creando figuras especiales que cuenten con sanciones proporcionales a la conducta realizada y a la intervención del NNA en el material. A pesar de esto, los menores siguen siendo objeto de persecución criminal en cada uno de sus territorios, no existiendo evidencia alguna que permita vislumbrar que han solucionado los problemas que pretendían enfrentar⁸⁷.

En España, país que nuestro legislador suele tener como referencia al momento de tipificar conductas⁸⁸, la legislación no contemplaba una figura específica para el *sexting*⁸⁹. Por ello se recurría a otros delitos, en función de la casuística concreta. Los cambios en relación a nuevas formas de criminalidad, entre las que se incluyen las derivadas de las actuales tecnologías informáticas y telemáticas, se hicieron notorios con la LO 5/2010, que recoge expresamente una mayor protección de los menores frente a los delitos sexuales, gracias a figuras como el antiguo art. 183 bis, que penalizaba parcialmente supuestos de

⁸⁴ En este sentido, New York, o incluso Indiana, donde no puede perseguirse por cargos de explotación sexual a un menor de 22 años, En <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/2013-sexting-legislation.aspx> [visitado el 10.01.2016].

⁸⁵ FLA. STAT. ANN. § 847.0141 (West 2000 & Supp. 2012), en: <http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2012/847.0141> (visitado el 05.06.2017).

⁸⁶ NEV. REV. STAT. § 200.737 (2011), en: <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-200.html#NRS200Sec737> [visitado el 05.06.2017].

⁸⁷ Incluso con sentencias claramente contradictorias, como aquella que condena a un sujeto por *sextear* a un menor de 16 años, sabiendo esta circunstancia, pero que señala que mantener relaciones sexuales con menores de 16 y 17 está permitido. En <http://www.in.gov/judiciary/opinions/pdf/10021701mm.pdf> [visitado el 21.12.2017]. El camino contrario parece seguir, por ejemplo, Italia, donde supuestos de *sexting* han sido castigados a través de los delitos de pornografía relativa a menores, MOYA, “Sexting”, cit. nota n° 8, pp. 290-291.

⁸⁸ Uno de los últimos ejemplos lo podemos encontrar en el delito de trato degradante, tipificado en el art. 403 bis del Código Penal chileno, en cuya tramitación se señaló expresamente que su estructura se basa en lo dispuesto en el art. 173.1 del Código Penal español. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°21.013*, p. 179, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/6281/> (Visitado el 22.06.2018).

⁸⁹ En contra, LÓPEZ, “La intimidad”, cit. nota N° 44, pp. 1040-1041, para quien el *sexting* ya estaba incluido en el CP español, en el art. 197.3.

*cibergrooming*⁹⁰. El panorama ha cambiado con la LO 1/2015, que consideró extensas modificaciones al Código Penal en distintas materias de la parte general y de la especial, entre ellas los delitos sexuales, donde el legislador pretendió incluir el *sexting* en los artículos 183 bis y ter, pero con un resultado mucho menor de lo que se ha sostenido hasta el momento⁹¹. Estimamos que este fenómeno, en dicho Código y con todas las características ya señaladas, se mantiene en una parte considerable al margen del ámbito de los tipos penales, en un escenario bastante parecido al chileno, como veremos luego⁹². Esto puede ocurrir porque los nuevos tipos o las nuevas redacciones de tipos existentes no alcanzan a comprender todas las variantes del *sexting*⁹³, o bien porque el concepto de pornografía infanto-juvenil, más restrictivo en sus alcances, permite dejar fuera supuestos cuya eventual punibilidad son altamente discutibles⁹⁴. Además, el legislador incorporó la disposición del art. 183 quater, que permitiría dejar exentos de responsabilidad penal aquellos casos que circularan en la órbita de los tipos existentes, cuando las conductas hayan sido consentidas y entre los sujetos exista cercanía en edad y grado de madurez, por entender el legislador que en estos casos estamos ante conductas que pueden calificarse como “normales” dentro del grado de evolución de la sexualidad de los NNA⁹⁵. Con todo, y

⁹⁰ Véase GONZÁLEZ TASCÓN, María M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011), pp. 207-258, pp. 230 y ss. Esta figura, en general y no sin una cuota de imprecisión, ha sido llamado en doctrina como acoso sexual a menores o ciberacoso sexual infantil.

⁹¹ Si bien la jurisprudencia aún es escasa en estas materias, debe destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 5 de junio de 2014, Rec. 351/2014, que señala al respecto que el *sexting* “supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre”.

⁹² Tampoco utiliza la denominación anglosajona, aunque en doctrina suele usarse. Véase AGUSTINA, “Menores”, cit. nota n° 2, p. 16; MARTINEZ, “La difusión”, cit. nota n° 31, p. 3; también DELGADO, “Libertad”, cit. nota n° 44, pp. 260-261.

⁹³ Como en el art. 197.7, en que se exige la ausencia de consentimiento para la difusión de material audiovisual íntimo, y que deja al margen, por ejemplo, lo que denominamos *sexting* primario. Al respecto, COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter), en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 663-684, pp. 665-666. La propia exposición de motivos de la LO 1/2015 se refiere a esta situación de “dualidad” de consentimiento, el inicial para la creación y el que le sigue, de carácter negativo, para su difusión. Sobre la distinción del consentimiento, véase DOVAL PAÍS, Antonio; JUANATEY DORADO, Carmen, “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en BOIX REIG, Francisco J. (Dir.); JAREÑO LEAL, Ángela (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 127-169, pp. 163-164.

⁹⁴ En particular el material producido con o entre menores, pero donde estos no hayan sido utilizados, en los términos del art. 189.1 letra b). En este sentido, aunque con críticas al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 21ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 256; MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, t.I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, pp.1225-1241, p. 1227.

⁹⁵ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18-15 (2016), pp. 1-31, pp. 7-8; también TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS

como se verá luego para el caso chileno, es bastante aconsejable que, a la luz de las reformas de 2015, la extensión de la aplicación de tipos penales al *sexting* sea la menor posible, al menos en su etapa primaria.

4. Tratamiento jurídico-penal del *sexting* de acuerdo al Código Penal chileno

Como vimos en los párrafos anteriores, una política criminal como la de algunos estados norteamericanos, proclive a considerar a los menores como delincuentes sexuales al participar en conductas de *sexting*, produce una victimización secundaria por medio de la relación que se da en el proceso penal entre la víctima y el sistema judicial, cuando en el desarrollo de la investigación y del juicio se exponen los detalles de estos hechos, la mayoría de características sexuales. En aquel país, quien realiza pornografía utilizando a menores de edad es considerado un depredador sexual, y debe registrarse como tal, lo que, por ejemplo, le impide acercarse a más de 500 metros de establecimientos educacionales. Esto deja en claro que estas normas están pensadas para adultos y no para menores que, condenados o no, aún siguen siendo estudiantes⁹⁶. Shariff, en el contexto de Estados Unidos y Canadá, considera que esto se debe a la presión que se ejerce sobre los legisladores para castigar estas conductas cometidas por menores de edad, en un fenómeno perfectamente replicable en nuestro país⁹⁷.

El panorama en Chile no es claro, considerando que el fenómeno ha sido poco estudiado, y su relevancia en los medios de comunicación aún es menor, si lo comparamos con el *cibergrooming*, por ejemplo. Además, cuando se le ha dedicado espacio en la literatura especializada, no se ha abarcado el conjunto de conductas de forma completa, sino sólo algunas de ellas, lo que arroja como consecuencia una valoración jurídico-penal parcializada. Para determinar la relevancia penal del fenómeno a la luz de nuestra normativa, distinguiremos los supuestos de *sexting* revisados *supra*, a fin de determinar su eventual tipicidad. Estos son: El *sexting* primario, que se da cuando un menor en forma solitaria o bien dos o más de ellos, crean y difunden material de connotación sexual o sugerente, y que denominamos también *sexting* en sentido estricto; el *sexting* secundario, es decir, la conducta del sujeto (o más de uno) que difunde a una o más personas los contenidos que recibió directamente de el o los protagonistas⁹⁸; y por último, el *sexting* terciario, en sentido débil o amplio, que se da cuando los sujetos que han recibido el material de sujetos distintos a sus elaboradores lo difunden, generalmente en forma masiva, aprovechando internet y las redes sociales.

BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, tomo III, volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, pp.175-203, p. 194; y RAMOS, “Grooming”, cit. nota n° 8, p. 624.

⁹⁶ HERMAN, Joshua D., “*Sexting: It’s no joke, it’s a crime*”, *Illinois Bar Journal*, vol. 98, n° 3 (2010), pp. 1-7, p. 4.

⁹⁷ Muchos jueces en Canadá son críticos con esto, asumiendo que se está intentando encajar una clavija cuadrada en un agujero redondo, SHARIFF, “*Sexting*”, cit. nota n° 42, pp. 78-79. Sobre el mismo punto, pero desde la óptica de los Derechos Humanos, véase BENEDET, Janine, “*Pornography as Sexual Harassment in Canadá*”, en MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (Eds.), *Directions in sexual harassment law*, New Haven, Ed. Yale University Press, 2004, pp. 417-436, especialmente pp. 421 y ss.

⁹⁸ RYAN, “*Sexting*”, cit. nota n° 35, p. 361.

Considerando el doble ámbito del *sexting* en cuanto a los bienes jurídicos eventualmente afectados –aquellos relativos a la sexualidad y a la intimidad–, son dos figuras o grupos de figuras típicas las que a primera vista podrían subsumir los supuestos fácticos que hemos reconocido: los delitos relativos a la pornografía infanto-juvenil, y los delitos relativos a la intimidad, que revisaremos a continuación. Respecto a la posibilidad de incluir los delitos contra el honor o la honra como una eventual tercera opción, coincidimos con Mayer y Rodríguez, quienes los descartan como bienes jurídicos protegidos en la producción de pornografía infanto-juvenil, por considerar que son atributos (junto a la libertad o a la intimidad) “[...] que corresponden a la generalidad de las personas, en circunstancias que el sujeto pasivo del delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil es un individuo menor de dieciocho años. De ahí que el bien jurídico tutelado por este delito deba ser un interés que sólo tenga sentido respecto de los menores de edad o que tenga respecto de éstos algún ribete especial que justifique un trato diferenciado de las conductas que afectan a mayores de edad y de los comportamientos que afectan a menores de dieciocho años, como es el caso de las nociones de integridad e indemnidad sexual”⁹⁹.

Para determinar una eventual tipicidad, o bien para descartarla, analizaremos por separado cada una de las etapas del *sexting*, que vimos anteriormente.

⁹⁹ MAYER LUX, Laura; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La conducta típica del delito de producción de pornografía infanto-juvenil”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 4, n° 15 (2014), pp. 25-42, p. 30. En esta línea, y a propósito de la sentencia que recayó en el denominado “Caso Chilevisión II”, Bascuñán también centra la cuestión en la forma subrepticia en que se captan las conversaciones (trasladable perfectamente al registro audiovisual de hechos), afirmando que la protección penal de la intimidad tiene como ejes tanto las prohibiciones de intromisión a la intimidad (obtención de la información en forma ilícita) como las prohibiciones de indiscreción (uso no consentido de información que se ha obtenido de forma ilícita). Afirma el autor que “la protección del honor nada dice al respecto: a ella sólo le concierne el sentido denigrante del trato implicado por el acto de habla -honor *stricto sensu*- o las consecuencias del acto de habla para la consideración social del afectado -honor *lato sensu* u honra-”, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II”, *Revista de Ciencias Penales*, Época Sexta, vol. XLI, n° 3 (2014), pp. 43-74, p. 51. Reafirmando lo anterior, señala Díaz que “Si bien, las acciones tipificadas pueden atentar al honor de los afectados, sobre todo en el caso de la divulgación, si se amenaza la reputación social de las víctimas, esta agresión al honor es sólo potencial: los tipos no se refieren a la reputación del sujeto pasivo, sino sólo a un atentado a su libertad de mantener un espacio privado y, por ello, exclusivo. Si se protegiera en estos casos especialmente la reputación de los individuos, sólo se podrían castigar las captaciones clandestinas que difundiesen información falsa o socialmente perjudicial”, DÍAZ TOLOSA, Regina, “Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal chileno”, *Revista Ius et Praxis*, n°13 (2007), pp. 291-314, p. 295. Más abierta en su planteamiento es Fernández Nieto, aunque relativizándolo a la forma concreta de las imágenes y su incidencia en la autovaloración de quien allí aparece, o bien en su reputación. Esto, según la autora, se debe a que la sexualidad en sí no es considerada una conducta negativa por la sociedad, por regla general, por lo que no es mal valorado lo que una persona haga en ese ámbito, salvo en casos como el exhibicionismo o la provocación. Solo en estos podría hablarse de una afectación a la fama o reputación (honor objetivo, aunque visto como derecho fundamental más que como bien jurídico), FERNÁNDEZ, “Reforma”, cit. nota n° 24, pp. 4-5. A favor de la protección del honor se encuentra Cisternas Vélis, particularmente en el caso de lo que denomina pornografía infantil virtual, quien considera necesario diferenciar el tipo de material pornográfico de que se trate, la forma de captación del material y la presencia o no de consentimiento del menor. CISTERNAS VÉLIS, Luciano, *El delito de producción de pornografía infanto-juvenil como lesión a la intimidad y el honor de los menores de edad*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 27 y ss., especialmente pp. 52-53 y 84.

5.1. *Sexting* primario

De inicio, es razonable pensar en la figura del art. 366 quinquies, siguiendo la línea vista en Derecho comparado, no obstante se presentan algunos importantes obstáculos para ello, siendo necesario distinguir las hipótesis de *sexting* primario en cada caso. Lo anterior ya que el proceso no incluye solo el envío de material, sino que además posee una fase de elaboración del mismo, que deslinda con fenómenos similares, particularmente con los hechos captados en los delitos de producción de pornografía infanto-juvenil.

La primera y más básica dificultad reside en la necesaria presencia de al menos dos sujetos en la producción del material pornográfico infanto-juvenil, ya que la descripción típica señala que en la elaboración de aquel “hubieren sido utilizados menores de dieciocho años”. La pluralidad de sujetos no va por la expresión “menores”¹⁰⁰, que perfectamente puede incluir a uno solo, quien cumplirá el rol de sujeto pasivo, sino que se basa en la “utilización” de estos, lo que exige, como mínimo, que exista un sujeto activo que utilice al sujeto pasivo menor de edad –el utilizado– para la elaboración del material. En el supuesto de *sexting* primario en que sea un menor el que produce material de sí mismo, aún cuando este pueda ser calificado, al margen del art. 366 quinquies, como pornográfico, no cumpliría con las exigencias del tipo referido. Es decir, no se ha producido la pornografía infanto-juvenil que describe el legislador en el segundo párrafo de esa norma, sino que, eventualmente, sólo material pornográfico, incluso infanto-juvenil, de carácter genérico¹⁰¹. Por la misma razón, aunque el menor envíe material de sí mismo, no será punible por el art.

¹⁰⁰ Ocurre lo mismo en el Código Penal español, CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005, pp. 239-286, pp. 287-328, p. 305; ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás, *et al* (Dirs.), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp.223-253, p. 283; en contra respecto al mismo término, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*. 7ª ed., revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 249.

¹⁰¹ En este sentido, en la doctrina nacional, OSSANDÓN WIDOW, María M. “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”, *Política Criminal*, vol. 9, n° 18 (2014), Art. 1, pp. 279-337, pp. 282, 288, 294-297, quien entiende que la definición del art. 366 quinquies inciso 2º del Código Penal chileno no busca representar la esencia del concepto, por lo que no lo abarca en su totalidad. Se trata de una definición nominal, extensional y estipulativa. En el Derecho español, BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, *Revista Penal*, n° 38 (2016), pp. 4040-4067, p. 4054; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit. nota n° 83, pp. 231 y ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, “Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Madrid: Ed. Dykinson, 2016, pp. 267-292; pp. 284 y ss.; MORALES y GARCÍA, “Delitos”, cit. nota n° 94, p. 1227; GUINARTE CABADA, Gumersindo; VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 139-182, p. 177; QUERALT, *Derecho*, cit. nota n° 89, pp. 280 y ss.

374 bis, en cualquiera de sus hipótesis, pues todas estas tienen como objeto material de la acción a aquel descrito en el inciso segundo del art. 366 quinquies¹⁰².

Una situación similar ocurre si consideramos la eventual aplicación de los delitos contra la intimidad, contenidos en el art. 161-A, agregado a nuestro Código Penal por la Ley N° 19.423, que en sus diversas hipótesis típicas contempla necesariamente la existencia de dos sujetos: uno activo, que realiza la acción de captar, grabar, filmar o fotografiar, y otro, el afectado, sujeto pasivo y titular del bien jurídico protegido, la intimidad¹⁰³. Un sujeto que actúe individualmente, como hemos descrito, no cumple con este requisito objetivo del tipo, pues en caso alguno su auto-registro puede considerarse “subrepticio”, descartándose su aplicación a este supuesto¹⁰⁴.

En relación a la segunda hipótesis en fase de elaboración del *sexting* primario, antes descrita, no se presenta el problema de la pluralidad de sujetos, pues al menos habrá dos que participen en la elaboración del material. Sin embargo, la dificultad en este caso se traslada a la “utilización”. Desde nuestra perspectiva, el concepto en el tipo puede interpretarse de dos maneras, una de forma neutra y otra que implica una valoración negativa¹⁰⁵. En la primera, utilizar es sinónimo de usar, sin requerir que ese uso tenga una connotación positiva o negativa, con lo que se usa a una persona cuando se le pide un favor que esta realiza, cuando se mantienen relaciones sexuales consentidas, como también cuando se le explota sexualmente, por ejemplo. Frente a esta interpretación, si un menor registra a otro en video o fotografía, de una manera que pueda ser calificada como pornográfica, cumpliría con el requisito de haber sido utilizados menores de 18 años. Sin embargo, si usamos la segunda, sólo cabe la utilización de un menor en estos términos cuando se saque un provecho de este de forma negativa, lo que puede interpretarse a su vez como una forma de hacer participar a un menor en la elaboración de pornografía infanto-juvenil que registre una conducta sexual no aprobada por el Derecho¹⁰⁶.

¹⁰² Por supuesto, si es menor de 14 años, además no habrá culpabilidad en su conducta.

¹⁰³ En opinión de Matus y Ramírez, las figuras más importantes de este artículo son aquellas referidas a la interceptación y difusión de comunicaciones privadas, como las telefónicas, cuestión que puede comprobarse en la doctrina nacional que le ha dedicado páginas a estos delitos, MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial. Tomo I*, 3° edición revisada y actualizada, Santiago: Ed. Legal Publishing, 2014, pp. 293-294; también, y con un especial énfasis en los avances tecnológicos, DÍAZ, “Delitos”, cit. nota n° 99, p. 295. Sobre la intimidad como bien jurídico, véase RUEDA MARTIN, María Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal)*, Barcelona: Ed. Atelier, 2004, pp. 19 y ss., especialmente desde la p. 27; MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Barcelona: Ed. Bosch, 2004, pp. 31 y ss.

¹⁰⁴ MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 103, pp. 293-296; también GONZÁLEZ J., Manuel A. *Marco penal de las libertades de expresión, opinión e información*, Santiago: Ed. Librotecnia, 2012, pp. 129-131.

¹⁰⁵ De similar forma lo entiende Rodríguez Collao, quien considera que no debe perderse de vista que la sola intervención o participación del menor no satisface las exigencias típicas, pues lo que este exige es una posición de ventaja de una persona por sobre otra, siendo un concepto más restrictivo de lo que en apariencia ofrece el precepto. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016, pp. 316-317.

¹⁰⁶ Sin que necesariamente sea considerado un delito, como afirman Mayer y Rodríguez, quienes recurren a un argumento exegético, toda vez que la Real Academia de la Lengua Española define “utilizar” como aprovecharse de algo, generalmente con astucia o abuso. Agregan a esto dos argumentos sistémicos: primero,

Estimamos que esta última es la manera correcta de interpretar este tipo penal, que de otra forma, permitiría criminalizar a sujetos a quienes el propio Derecho penal le ha reconocido libertad sexual, como serían los mayores de 14 y menores de 18 años, en contextos de normalidad de su desarrollo sexual¹⁰⁷, donde ni siquiera podemos encontrar una verdadera víctima del delito¹⁰⁸. A esto hay que sumar que el legislador ha considerado expresamente a la pornografía como una forma de explotación, especialmente en niños y mujeres, en el art. 411 quater, a propósito de la trata de seres humanos (para estos fines, entre otros); en el art. 369 ter, al incluir las asociaciones criminales; y en la misma línea, al ratificar el Convenio de Cibercriminalidad, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta materia¹⁰⁹.

Por lo anterior, si el o los menores generan las imágenes o videos de otro u otros menores, en un contexto de normalidad (sin utilización) y sólo lo guardan en sus dispositivos, la atipicidad es total frente al art. 366 quinquies, y la misma consecuencia le seguirá para los supuestos del art. 374 bis, en sus dos incisos, ya que en ambos casos el objeto material de este artículo -video o fotografía de pornografía infanto-juvenil- requiere que se haya utilizado a otro sujeto, un menor de edad distinto del actor¹¹⁰. Únicamente si asumimos que

que el art. 366 quinquies está ubicado “a continuación de los artículos 365 bis, 366, 366 bis, 366 ter y 366 quater CP, todos los cuales tienen en común la exigencia de una actitud de aprovechamiento, lo que permite incluirlos bajo la denominación genérica de abusos sexuales”; y segundo, que los artículos 368, 369, 369 quater, 370 bis, 372, 372 ter CP, denominan al sujeto pasivo del delito como “persona ofendida”, “ofendido” y “víctima”, todos términos que implican un menor afectado o lesionado con la conducta típica, MAYER / RODRÍGUEZ, “La conducta”, cit. nota n° 99, pp. 32-33. Podríamos considerar ejemplos de lo primero la explotación hecha por un inimputable o por alguien que actúe bajo amenaza. En contra, CISTERNAS, “El delito”, cit. nota n° 99, pp. 38-39, quien separa el desvalor del registro con el hecho registrado (“ritualidad inherente a la producción o registro del material”).

¹⁰⁷ VILLACAMPA, “Sexting”, cit. nota n° 2, pp. 27-30.

¹⁰⁸ Mayer considera que la definición de pornografía infanto-juvenil contenida en nuestro Código es más restringida que la establecida en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, pues este instrumento considera solo la “representación” de los menores, mientras que el Código Penal chileno exige su “utilización”, en el sentido que aquí se sigue. MAYER LUX, Laura, “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, en *Política Criminal*, vol. 9, n° 17 (2014), Art. 2, pp. 27-57, p. 30. En sentido contrario BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Santiago: Ed. Librotecnia, 2014, p. 241, con un sentido más amplio y neutro del concepto “utilizar”, centrado en la participación del menor o el uso de su voz o imagen. También CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, *Aspectos y problemas de los delitos sexuales*, Santiago: Librotecnia, 2014, pp. 203-204, aunque más bien para referirse al uso físico del menor, sin descartar explícitamente la postura que sostenemos aquí. Asimila uso y utilización, AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia. Incluye actualización de leyes N° 20.480, 20.507 y 20.526*, 2ª edición ampliada y actualizada, Santiago: Ed. Metropolitana, 2012, pp. 164-166.

¹⁰⁹ A los que se suma la Convención de Derecho del Niño.

¹¹⁰ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010, p. 166; TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª edición revisada y actualizada, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2002. p. 110. Moya señala que la normativa europea sugiere reconocer eficacia liberadora al consentimiento de los menores en edad de consentir una actividad sexual, al producir material pornográfico, como lo hace en la Directiva 93/2011, de 13 de diciembre, *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*, en su art. 8.3, así como también en

uno de los miembros de la pareja o uno de los integrantes del grupo está utilizando (en sentido estricto) a los otros, lo que será de rara existencia y difícil prueba, entraríamos dentro del ámbito de aplicación del delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil. Sin embargo, es probable que las características propias de la situación impidan determinar que un solo sujeto realiza las fotografías o videos, mientras el o los otros sólo son sujetos pasivos.

Siguiendo con lo anterior, volvemos al inconveniente de asumir que los menores de edad puedan ser sujetos activos de estos delitos en lo que hemos entendido aquí como contextos de normalidad de su desarrollo sexual, sin que se produzca un gran problema de coherencia del sistema de los delitos sexuales en el Derecho penal chileno. El caso de los menores de 14 años está cubierto, en parte, por el art. 4º de la Ley N° 20.084¹¹¹, disposición que no ha estado exenta de críticas, a pesar de su utilidad para eximir de la Justicia Penal a menores que en caso alguno pudieran calificarse como delincuentes sexuales. Carrasco recuerda que en el debate parlamentario hubo un rechazo casi unánime a la intervención penal en el ámbito de la libertad sexual de los menores en contextos de normalidad (ajeno a circunstancia de estupro o violación), pero lo que finalmente se contempló en la norma fue un margen bastante acotado, que según Guzmán Dálbora niega a NNA la posibilidad de mantener actividad sexual con no pocos jóvenes adultos, en una política criminal infantilizadora¹¹², que ya apreciábamos también en España, con la fijación de la edad de consentimiento sexual en los 16 años. Oxman Vilches ahonda en este punto, al entender que el legislador comete un error suponiendo que por el solo hecho de existir una diferencia de edad determinada (más de 2 o 3 años) se producirá un prejuicio para un menor que debe permanecer incólume, propendiendo al desarrollo normal de este¹¹³. Compartimos esta idea, basados en las características propias de los NNA, particularmente en la dispar evolución en su madurez sico-sexual, donde un año cronológico de diferencia pueden no tener igual parangón en el desarrollo de su libertad de autodeterminación sexual. Estos

el art. 20.3 de la Convención del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, de 25 de octubre de 2007, siempre y cuando se trate de material producido voluntariamente. MOYA, “Sexting”, cit. nota n° 8, p. 292; véase también ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, “El delito de pornografía infantil”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 447-458, p. 451. En opinión de Cisternas Vélis, de los pocos que se han referido expresamente al *sexting* en Chile, sería paradójico otra solución, pues implicaría criminalizar a los sujetos que los propios tipos penales intentan proteger, CISTERNAS, “El delito”, cit. nota n° 99, pp. 34-35.

¹¹¹ CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, “Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la ley de responsabilidad penal adolescente”, *Gaceta Jurídica*, n° 330 (2007), pp. 26-30; RODRÍGUEZ, “Delitos”, cit. nota n° 105, p. 188.

¹¹² GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *Colectánea criminal. Estampas de la parte especial del derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F, 2017, p. 65.

¹¹³ OXMAN VILCHES, Nicolás, “Consideraciones críticas en torno al artículo 4º de la Ley N° 20.084”, en AAVV, *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal. IV Jornadas Nacionales de Derecho y Ciencias Penales Valdivia, 2007*, Santiago: Legal Publishing, 2008, pp. 89-108, pp. 93-95. Agrega el autor que este artículo es una manifestación más de la política criminal moralizante de nuestro legislador, más preocupado de castigar lo incorrecto que de asumir una adecuada protección a los bienes jurídicos en juego. En la misma línea, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual”, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna (Coord.), *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, Santiago: Ed. Universidad Central de Chile, 2007, pp. 241-265, pp. 250-251.

desbalances, insistimos, son propios y naturales en los menores de edad, por lo que parece preferible, aún asumiendo sus problemas dogmáticos, una norma como la del art. 183 quater del Código Penal español, ya referida previamente.

Finalmente, para quienes estén bajo el umbral de esta disposición, se distinguen tres situaciones. Primero, que la actividad propia de *sexting* se realice con otro sujeto menor de 14 años, lo que estaría fuera del ámbito penal; segundo, que sea con un sujeto de 14 a 16 años, según el delito de referencia, lo que permitiría estar aún dentro del alcance del mencionado art. 4° eximiéndose de responsabilidad penal; y tercero, que sea con alguien de más de 15 o 16 años, donde el legislador ya no acepta que se considere a la actividad sexual dentro de un contexto de normalidad, y se haría plenamente aplicable el art. 366 quinquies (o los otros que ahí se señalan, según el caso)¹¹⁴.

De lo anterior concluimos que la primera fase del *sexting*, que realizan dos o más menores que producen material de connotación sexual o sugerente, y con las salvedades expresadas respecto a los menores de 14 años, tampoco debe ser considerado dentro del ámbito de tipicidad del art. 366 quinquies, por no cumplir con el requisito de “utilización de menores de edad”, cuestión que es coherente con una de las características centrales del fenómeno, la voluntariedad en la participación¹¹⁵.

Ahora, en relación al art. 161-A, deberíamos diferenciar dos supuestos diversos al contar con al menos dos sujetos en la fase de elaboración. Un primer caso sería aquel en que se realiza un registro voluntario de la actividad sexual, mientras un segundo estaría constituido por aquel donde solo dicha actividad es consentida, pero no el registro de ella en un soporte audiovisual.

El tipo penal del inciso primero exige un elemento negativo del tipo, como es la falta de autorización del afectado. Reiteramos que una característica primordial del fenómeno del *sexting*, al menos en la fase de elaboración del material, es la voluntariedad del que participa, por lo que la creación de este se produce con el consentimiento de los involucrados en el hecho, haciendo inaplicable cualquiera de los tres primeros incisos del art. 161-A¹¹⁶. Ahora, cuando el registro se realiza sin la voluntad de uno de los partícipes, es posible incorporarnos en el ámbito de tipicidad de la norma, al menos en cuanto al cumplimiento del elemento “sin autorización del afectado”, lo que tendrá efecto para las disposiciones recién citadas. Para Díaz, este carácter consentido es esencial en el tipo penal del inciso primero, al caracterizarlo como “[...] fijaciones subrepticias del contenido de una

¹¹⁴ Apunta Oxman que el sistema construido en base al artículo 4° raya en el castigo en base a una responsabilidad objetiva, que a su vez se sustenta solo en una moral sexual determinada fijada por el legislador, lo que se hace aún más claro en referencia al delito de sodomía, OXMAN, “Consideraciones”, cit. nota n° 113, p. 100.

¹¹⁵ No está de más decir que, aunque no sea lo común, la búsqueda de identidad sexual y el autoconocimiento pueden llevar a algunos menores, en ciertas ocasiones, a experimentar en tríos o bien, aunque parezca muy extraño, *swingers* u otras prácticas similares.

¹¹⁶ ACOSTA GONZÁLEZ, Nicolás, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, en DÍAZ PARALEA, María Dolores; SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008, pp. 373-392.

conversación, documento o acto de carácter privado en algún soporte material, utilizando para ello cualquier tipo de medio tecnológico, sancionándose a quienes, sin autorización del afectado, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, se inmiscuyan en la vida privada de otros”¹¹⁷. Sin embargo, nos alejamos inexorablemente del *sexting* en sentido estricto, de acuerdo a las características que hemos venido revisando. Es necesario el consentimiento en estos casos para dar cierta coherencia a la delimitación del fenómeno, al menos en su fase inicial.

Si revisamos la fase de envío del material, este puede darse con el consentimiento de los demás partícipes, caso en que la conducta seguiría siendo atípica, o bien sin dicho consentimiento, como cuando uno de los NNA envía a amigos o terceros las fotografías en cuya elaboración ha participado, sin el conocimiento ni el consentimiento de su pareja representada en las imágenes. Aquí se genera el problema de contar con la autorización para grabar o fotografiar, pero no para difundir, cuestión que no estaría resuelta de forma tan clara en función del inciso segundo del art. 161-A.

Parece hasta incuestionable que la autorización para registrar una parte o fragmento de la vida íntima en un soporte de audio o video, digital o análogo, no conlleva automáticamente el permiso para la difusión de esa esfera de intimidad, por la vía que sea¹¹⁸. Tampoco existe fundamento para asumir que el sujeto que comparta una parte de su esfera más privada y autorice la fijación en un archivo, deba asumir el riesgo de que esto termine limitada o masivamente al alcance de personas que no estaban en la autorización original¹¹⁹. La difusión no autorizada en el ciberespacio representa un riesgo de límites inconmensurables, por las características de los soportes digitales y de las redes telemáticas, que lo transforma en una razón más para considerar que no puede asumirse un consentimiento incorporado al de la actividad registrada. Desde nuestra perspectiva, difundir sin consentimiento lo que se obtuvo con consentimiento debería ser igualmente penado, por el gran desvalor de la conducta y porque escapa de un contexto de normalidad en las relaciones privadas o íntimas¹²⁰.

¹¹⁷ DÍAZ, “Delitos”, cit. nota n° 99, p. 296.

¹¹⁸ “Expectativa legítima de control”, BASCUÑÁN, “Grabaciones”, cit. nota n° 99, p. 51.

¹¹⁹ Díaz comparte esta impresión, al afirmar que “...el sólo hecho de confiar nuestros secretos a alguien, no manifiesta un consentimiento tácito que permita la captación oculta de la información confiada. Quizás se pueda asumir un cierto riesgo de que la persona en quien se confía la información la comente con otros, pero de ahí a permitir su reproducción subterfugio asentándolo en un soporte material, bajo la amenaza constante de difundirlo masivamente, creemos es extender sin proporción alguna la interpretación de la existencia de un consentimiento tácito por parte del afectado; en este punto es necesario distinguir un consentimiento tácito de uno presunto”, DÍAZ, “Delitos”, cit. nota n° 99, p. 298.

¹²⁰ Por cuestiones como esta es que, en el escenario jurídico, se ha venido planteando en los últimos años la existencia del derecho al olvido digital, o sea, “la facultad de impedir que terceros accedan a la información que carece de notoriedad pública, y que nosotros mismos o terceros hemos compartido a través de Internet”. Sobre su origen ligado al Derecho francés y anglosajón, véase SIMÓN CASTELLANO, Pere, “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto; COTINO HUESO, Lorenzo (Dirs.), *Libertad de expresión e información en internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 451-476, pp. 452-453.

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal al respecto no ha estado exenta de contradicciones, según puede apreciarse, entre otras, de las conocidas SCS de 09 de agosto de 2017, Rol N°11.746-2017; y de 21 de enero de 2016, Rol N° 803-2016.

No obstante lo anterior, que es solo una perspectiva de *lege ferenda*, el punto está en que el objeto material, descrito en múltiples variables en el inciso primero, parece ser el mismo que se exige en el inciso segundo, esto es, uno obtenido de forma subrepticia, por la falta de consentimiento del titular del bien jurídico intimidad, sujeto pasivo de la acción¹²¹. Por tanto, si no se cumple con dicho requisito para los efectos del inciso primero, tampoco podría darse para efectos del inciso segundo¹²². De acuerdo a esta premisa, solo cabría hablar de la atipicidad de la conducta del menor que toma fotografías o graba videos con otro u otros menores, con anuencia de estos, pero después los difunde sin o contra su consentimiento, dado que el segundo inciso señala expresamente que las imágenes son aquellas “a las que se refiere el inciso anterior”¹²³. Debe considerarse además que, luego de la derogación de las disposiciones penales de la Ley N° 16.643, las disposiciones vigentes de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, no captan el espectro del *sexting*, pues los delitos allí tipificados corresponden a medios de comunicación social, o bien a conductas como la incitación al odio, por ejemplo, que nada de relación tienen con nuestro objeto de estudio¹²⁴.

5.2. *Sexting* secundario

La situación de quien no participa en la elaboración del material, pero lo recibe directamente de quienes lo elaboraron, está supeditada a lo que se concluye respecto al *sexting* primario y su relación con los arts. 366 quinquies y 374 bis. Lo anterior ya que, como vimos en los párrafos precedentes, en esta etapa del fenómeno en estudio los registros

¹²¹ En una técnica legislativa similar a la que se ocupa entre el art. 366 quinquies y el 374 bis, respecto al material pornográfico infanto-juvenil. Sin embargo, a diferencia de estos, en el art. 161-A el legislador no se sale del marco de un artículo, obviamente en un mismo párrafo del CP.

¹²² Según Bascuñán, los actos descritos en el inciso 2° del art. 161-A no son delitos de indiscreción, sino que “[...] consisten en actos de comunicación de información que se posee, o de reproducción de sonidos o imágenes de los que se posee una grabación. Es decir, comparten la estructura fáctica de los delitos de indiscreción. Pero -y esto es lo esencial para una distinción sistemática relevante entre delitos de intromisión y delitos de indiscreción- se trata de información o grabaciones de sonidos o imágenes obtenidas con infracción a alguna de las prohibiciones establecidas en el inciso 1° del artículo 161-A; o sea, se trata de un uso de los efectos del delito que conlleva una intensificación de la afectación de la intimidad que ya importó su obtención ilícita. El carácter derivativo de su ilicitud demuestra que pertenecen sistemáticamente a la clase de los delitos tipificados en el inciso 1° del artículo 161-A, que son paradigmáticamente delitos de intromisión”, BASCUÑÁN, “Grabaciones”, cit. nota n° 99, p. 53.

¹²³ El mismo problema se presentó en España, donde debió modificarse el art. 197 del CP para incluir el supuesto en que el registro fuera autorizado, mas no la difusión, lo que ahora sí se encuentra penado (más allá de las críticas que merece la redacción del precepto). Si comparamos ambas regulaciones, nuestro art. 161-A mantiene aún dicho inconveniente interpretativo. SIERRA LÓPEZ, María, “Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quater, 197 quinquies y 198”, *Revista Penal* n° 39 (2017), pp. 174-199, pp. 193-194.

¹²⁴ Coinciden con esta opinión Matus y Ramírez, quienes consideran que las disposiciones del art. 161-A se aplican frente a cualquier medio de comunicación, lo que debe especificarse en los términos del art. 2 de la Ley N° 17.336, inciso 1°, que señala que “para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”. MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 103, p. 294. La conducta de los menores involucrados en *sexting* suele no hacerse en términos de estos medios de comunicación social, sino a través de plataforma o dispositivos que cumplen una función comunicativa, pero no en los términos de la ley en comento.

SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.

elaborados no pueden considerarse como material pornográfico infanto-juvenil, en los términos del inciso segundo de aquel artículo. Esto, a su vez, es un obstáculo para la aplicación de los delitos consagrados en ambos incisos del art. 374 bis, que exigen un material en los mismos términos de la norma citada, por explícito mandato del legislador. En estricto rigor, no se cumple con adquirir, poseer o difundir (en sentido amplio) este material porque no tendrá la calificación que exige el Código Penal. Puede haber conducta, pero sin objeto material.

El escenario podría ser algo más complejo en relación al 161-A, por las distintas variables que pueden producirse en esta etapa del fenómeno. Desde nuestra perspectiva, las opciones son las siguientes:

5.2.1. Receptor que envía material que ha recibido directamente del menor o menores que lo elaboraron

Esta hipótesis podría estar contenida en el inciso segundo del art. 161-A, que castiga, en términos generales, la difusión de las imágenes o hechos a que se refiere el inciso primero. Un primer problema que deberíamos resolver es si quien difunde debe ser, necesariamente, quien haya captado, grabado, filmado o fotografiado los hechos a que se refiere el primer inciso de la norma analizada. A nuestro juicio, esto se resuelve de forma clara en el inciso tercero, donde se castiga de forma especial si hay coincidencia en el sujeto activo¹²⁵.

Un segundo problema, ya adelantado y al parecer insalvable, lo representa el carácter del objeto difundido, es decir, si las imágenes deben cumplir todos los requisitos del inciso primero (incluyendo la falta de consentimiento en su obtención), o bien si puede prescindirse de la voluntariedad en su elaboración. Por los razonamientos ya indicados el texto del inciso segundo se refiere expresamente al mismo objeto descrito en el inciso primero del art. 161-A, esto es, el captado en forma subrepticia, lo que implica que deba descartarse la opción de penalizar a quien difunde un material elaborado con el consentimiento del partícipe, recibido de este o estos (voluntariamente, claro,) aún cuando no contare con aquel para la difusión, o directamente se ha manifestado en contrario.

Finalmente, debemos descartar la opción del inciso tercero, ya que este requiere que sea la misma persona que haya obtenido y divulgado las imágenes, lo que reconduciría estos hechos a la hipótesis de *sexting* primario, analizado con anterioridad.

5.2.2. Receptor que envía material que ha recibido del menor o menores que lo elaboraron, a través de redes sociales u otra plataforma cerrada

La particularidad de este supuesto se da porque quienes envían el material elaborado por menores, lo han obtenido de estos pero no a través de una comunicación directa, sino que a través de una puesta a disposición en una red social que tiene ciertos “perímetros” de seguridad. Es el caso de Facebook o Instagram, sólo por nombrar algunos, donde los NNA

¹²⁵ El legislador asume un mayor contenido de injusto al existir coincidencia entre el sujeto que realice las conductas del inciso primero y del inciso segundo, al aumentar la pena pecuniaria, y restringir al grado máxima la pena privativa de libertad.

pueden colgar material de contenido sugerente o pornográfico, para que pueda ser accedido por sus contactos, seguidores o “amigos” de la red social¹²⁶. ¿Puede el receptor, digamos por ejemplo, amigo de Facebook, tomar ese material y difundirlo? *A priori*, debemos seguir el mismo razonamiento expresado en la hipótesis anterior, pues en la medida que el material fue consentido en su génesis, aunque no haya sido para difusión, valida todo lo que se difunda *a posteriori*. Además si es el mismo menor quien utilizó las redes para difundir, debemos entender que lo hace bajo el entendimiento, e incluso esperanza (por las características de la adolescencia actual), de la mayor difusión posible de sus imágenes. Es una especie de consentimiento tácito de re-difusión¹²⁷.

5.2.3. Receptor que envía material que ha recibido del menor o menores que lo elaboraron, a través de redes cerradas sin filtros de seguridad¹²⁸

La situación es más clara aún que el punto anterior, pues aquí incluso no queda duda alguna de la voluntad del creador o elaborador del material de poner a disposición de manera abierta e indiscriminada el material que ha elaborado.

La hipótesis es más compleja en los casos de difusión de fotografías o videos que han sido conseguidos con la anuencia de quien allí aparece, pero cuya voluntad no alcanza a la difusión de estos objetos, cualquiera sea su soporte. El punto nuevamente pasa a ser el origen del material, que ha sido consentido en su captación, grabación, filmación u obtención de fotografías, validando, en virtud del texto de la norma, las posteriores cadenas de difusión, en la medida de que los incisos segundo y tercero se remiten siempre al primero.

5.3. *Sexting* terciario

Frente a la última etapa de la cadena en estudio, el tratamiento jurídico-penal deberá ser coherente con los conceptos ya vertidos respecto a la etapa secundaria, con la diferencia de que quien reenvía no recibe las imágenes o videos de quienes los elaboraron. Es decir, en primer lugar, en la medida de que el material aceptado por el menor y reenviado no pueda calificarse como pornografía infanto-juvenil, no tendrían cabida las figuras del art. 374 bis, en cualquiera de sus variantes típicas, por mucho que estemos ante conductas que puedan tener un razonable merecimiento punitivo.

Respecto a los supuestos del art. 161-A, analizados en relación al *sexting* primario y secundario, aquí descartamos la aplicación de ambas disposiciones, reiterando los argumentos esgrimidos con anterioridad, en especial respecto al objeto material. Solo entrarían a un ámbito de la punibilidad si en la elaboración del materialuviésemos presente el carácter clandestino o subrepticio de su registro, caso en el cual no estaríamos hablando

¹²⁶ Aunque los filtros de seguridad de las redes sociales probablemente bloqueen el contenido, a causa de denuncias de terceros o controles propios, la conducta se habrá realizado de todas maneras, y el material tendrá un lapso de tiempo a disposición de los contactos de quien lo cargó.

¹²⁷ Una visión desde los partícipes en SHARIFF, “*Sexting*”, cit. nota n° 42, pp. 77 y ss., con especificaciones respecto a las motivaciones que tienen hombres y mujeres para utilizar con estos fines las redes sociales.

¹²⁸ Que para estos efectos podemos considerar como redes abiertas.

de *sexting*, pero sí de una conducta subsumible en el citado artículo sin mayores contratiempos¹²⁹.

6. Conclusiones

Seguir refiriéndose al “delito” de *sexting* es un error, pues este término hace referencia a un fenómeno, relevante en y para el Derecho penal moderno, pero no un tipo penal propiamente tal, al menos en Chile. Su masificación se debe, en gran parte, a las nuevas formas de socialización de NNA, quienes han encontrado en las TIC y en las redes sociales –fenómeno convergente– una nueva forma de comunicación, marcada por la redefinición del ámbito de la intimidad en el ciberespacio, de una forma distinta a como la expresan en el mundo físico. Aunque se ha entendido, con cierta razón, que se produce una situación de riesgo mayor por este tipo de conductas, no es menos cierto que, para los menores de edad, nos encontramos ante manifestaciones absolutamente normales, propias de su forma de entender la intimidad, la socialización, las relaciones de pareja y la sexualidad.

Entre los hechos que componen el *sexting* podemos identificar tres etapas, que intersectan con otros fenómenos similares como el *cibergrooming* o la producción y tráfico de pornografía infanto-juvenil. De estas etapas la primera, denominada *sexting* primario, es la que concentra las conductas que usualmente se asocian al fenómeno, esto es, la creación y difusión de material de connotación sexual o sugerente por parte de uno, dos o varios menores. Por eso lo identificamos como *sexting* en sentido estricto. La etapa secundaria está compuesta por la conducta de aquel que, habiendo recibido el material de quien lo produce, lo reenvía a uno o más sujetos, quienes al seguir la cadena de reenvío de las imágenes o videos, cumplen la última etapa, que denominamos *sexting* terciario, en sentido débil o amplio. En todas estas se involucran, con ciertos matices, los ámbitos de la sexualidad y la intimidad de los NNA que participan de estas prácticas, que podemos identificar como los bienes jurídicos eventualmente afectados por estas conductas, descartando otros como el honor, por contar con suficiente protección en nuestro Código a través de los delitos de injurias y calumnias.

La presencia de menores es lo que le da la relevancia penal a este grupo de conductas, que si son realizadas solo por adultos pierden la atención del legislador, quien las ubica fuera del contexto de los delitos sexuales. Se suman como elementos característicos del *sexting* la voluntariedad en la participación, el uso de tecnologías informáticas o telemáticas, el

¹²⁹ Surgiría además en este caso otro problema, relacionado con el dolo necesario para castigar por el 161-A inciso 2°. Si el sujeto que recibe el material obtenido en forma subrepticia no tiene conocimiento de dicho carácter, incumplirá las exigencias generales de la faz cognitiva del dolo, que recaen sobre el objeto material de la acción. Solo sería punible la conducta del sujeto que tiene conocimiento, al menos eventual, del carácter subrepticio del registro audiovisual. Esto ya que el fundamento del castigo a esta conducta no está dado solamente por la protección del bien jurídico intimidad, sino que principalmente por la forma en que se ha obtenido el registro o material, DÍAZ, “Delitos”, cit. nota n° 99, pp. 300-301. Compartimos la apreciación de la autora en relación a lo complejo de la posible creación de cadenas interminables de difusiones de material obtenido clandestinamente, sin embargo, no compartimos que sea punible solo la conducta de quien tiene una relación directa con la obtención de la información, datos o imágenes captadas sin autorización, básicamente porque el tipo no tiene una estructura que sostenga tal posición. El caso de los medios de comunicación sería distinto, pues puede salvarse directamente como ejercicio legítimo de una profesión.

contenido pornográfico o sugerente del material elaborado y comunicado, así como la unidireccionalidad del envío, elementos que, conjunta o separadamente, permiten diferenciar a este fenómeno de otros que ya hemos mencionado.

Las experiencias en el Derecho comparado, especialmente la de Estados Unidos, demuestran lo pernicioso que resulta involucrar como imputados o condenados en el proceso penal a NNA, lo que los convierte en “delincuentes, agresores o depredadores sexuales”, siendo aún sujetos en edad escolar. Además, una política criminal de estas características no ha arrojado evidencias de éxito, pero sí de sus nocivos efectos.

A pesar de que parece evidente que muchas de las conductas de *sexting* generan importantes inconvenientes a los menores (sociales, educacionales y psicológicos, principalmente), esto no justificaría la intervención del Derecho penal, en la medida de que estas actividades se den en el marco del normal desarrollo sico-sexual de aquellos, desprovistos de situaciones de violencia, intimidación u otras formas de abuso. En parte esto se ve reflejado en el retroceso de varios estados norteamericanos en la tipificación expresa del *sexting*, así como también en la cláusula que el legislador español introdujo el año 2015 en el art. 183 quater del Código Penal de dicho país. En ella, se reconoce que existiendo consentimiento libre, cercanía en edad, grado de desarrollo y madurez para algunas conductas de connotación sexual constitutivas de delitos (como los artículos 183 bis y ter, que parte de la doctrina española estima erróneamente que subsume el *sexting*), es conveniente excluirlas de punibilidad, por ser manifestaciones normales de los infanto-adolescentes. Esto encuentra un símil en disposiciones como el art. 4° de la Ley N° 20.084, o con la edad de reconocimiento explícito de validez del consentimiento sexual en el Código Penal chileno, que responden a la misma lógica.

Habiendo revisado los tipos pertinentes del Código Penal chileno, concluimos que el *sexting* en sentido estricto no es subsumible en los delitos de pornografía infanto-juvenil, ni en los delitos del art. 161-A. En el primer caso, se debe tanto a la necesidad de contar con al menos dos sujetos (activo y pasivo de la conducta típica), que excluye aquella parte del fenómeno en que un menor en solitario elabora y/o envía material audiovisual, como al incumplimiento de la exigencia del art. 366 quinquies de “utilización”, que se hace extensible por expreso mandato del legislador al art. 374 bis. Al ser el *sexting* un fenómeno donde los involucrados participan voluntariamente en un contexto de normalidad, de acuerdo al desarrollo del menor, no hay un sujeto que “utilice” a otro. El anclaje que hace el legislador entre los delitos tipificados en ambos artículos, hace que el material elaborado en la etapa primaria, no cumpla las exigencias de la difusión o posesión del mismo, punible en la segunda de las normas citadas. En términos simples, lo que no es delito para el 366 quinquies, no lo será para el 374 bis, en cualquiera de sus incisos.

Lo mismo ocurre en relación a los delitos contra la intimidad, consagrados en el art. 161-A. Al requerir el tipo penal del inciso primero una grabación subrepticia, se descarta toda punibilidad de las conductas en que voluntariamente uno o más de los involucrados ha participado del registro audiovisual. Este material así captado es el objeto de las conductas de los siguientes incisos, en lo que viene a ser un sensible vacío de nuestra legislación. El envío de imágenes o videos de carácter íntimo a uno o más sujetos, hecho en un contexto de

SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.

privacidad, incluso a través de medios informáticos o telemáticos, en ningún caso implica la autorización implícita de difusión de las fotografías o videos. No hay razón para hacer soportar tamaño riesgo a quien actúa en un contexto de confianza. Sin embargo, el texto del art. 161-A no permite el castigo de la difusión del material obtenido con el consentimiento de él o los partícipes, cuestión que, como vimos, es un elemento característico del *sexting*.

Consideramos positiva la ausencia de punibilidad en la mayoría de los supuestos analizados a la luz de nuestra legislación. Creemos que estas conductas, como otras de fenómenos similares, deben castigarse solo en la medida de que impliquen situaciones de abuso o explotación, pero en ningún caso hipótesis del ejercicio normal de la sexualidad o intimidad, de acuerdo a los parámetros que los propios menores -y el legislador chileno también- dan a sus relaciones afectivas y sociales. Lo contrario implicaría justamente la penalización del segmento etario llamado a protegerse por esta normativa.

Bibliografía

- ACEDO PENCO, Ángel; PLATERO ALCÓN, Alejandro, “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 5, n°1 (2016), pp. 63-94.
- ACOSTA GONZÁLEZ, Nicolás, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, en DÍAZ PARALEA, María Dolores; SANTANA VEGA, Dulce, (Coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Ed. Reus, 2008, pp. 373-392.
- ACOSTA PATIÑO, R., “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2 (1992), pp. 127-128.
- AGUILAR ARANELA, Cristián, *Delitos sexuales. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas con fines de prostitución y explotación. Grooming. Doctrina y jurisprudencia. Incluye actualización de leyes N° 20.480, 20.507 y 20.526*, 2ª edición ampliada y actualizada, Santiago: Ed. Metropolitana, 2012.
- AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos: Una aproximación multidisciplinar*, Madrid: Ed. Edisofer, Social Trends Institute, 2011.
- AGUSTINA SANLLEHI, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 12-11 (2010), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-11.pdf> [visitado el 15.06.2016], pp. 11-42.
- ARAGÓN VARO, Asunción, “La pornografía ilustrada: Inglaterra, siglo XVII”, en VÉLEZ NÚÑEZ, Rafael (Ed.), *Géneros extremos/ extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico*, Cádiz: Ed. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2006, pp. 227-240.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Santiago: Ed. Librotecnia, 2014.
- BENEDET, Janine, “Pornography as Sexual Harassment in Canadá”, en MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (Eds.), *Directions in sexual harassment law*, New Haven: Ed. Yale University Press, 2004, pp. 417-436.
- BARKACS, Linda L. “Do you think I'm sexy? Minors and sexting: teenage fad or child pornography?”, *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues*, N° 2, vol. 13 (2010), pp. 23-31.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II”, *Revista de Ciencias Penales*, Época Sexta, vol. XLI, n°3 (2014), pp. 43-74.
- BAURACH, Jason, “Case comments: constitutional law: permitting virtual child pornography –a first amendment requirement, bad policy, or both? Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)”, *Florida Law Review*, t. 55 (2003).
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, *Revista Penal*, n° 38 (2016), pp. 4040-4067.
- CALIPPE, Charles, *La lucha contra la inmoralidad pública*, traducción de Placido Buylla y Lozana, Madrid: Ed. Publicaciones de la Liga Contra la Pornografía, 1912.

- SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.
- CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel, “Consideraciones sobre el concepto de pornografía y la regulación jurídica de la libertad de expresión”, *Persona y Sociedad*, Volumen V (1978), pp. 1-88.
- CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona: Ed. Bosch, 2010.
- CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, Madrid: Ed. Dykinson, 2005, pp. 239-286.
- CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, *Aspectos y problemas de los delitos sexuales*, Santiago: Librotecnia, 2014.
- CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, “Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la ley de responsabilidad penal adolescente”, *Gaceta Jurídica*, n° 330 (2007), pp. 26-30.
- CASTRO FARIÑAS, José A., “Pornografía, erotismo y derecho”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977.
- CISTERNAS VÉLIS, Luciano, *El delito de producción de pornografía infanto-juvenil como lesión a la intimidad y el honor de los menores de edad*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter), en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 663-684.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 112 (2014), pp. 5-46.
- DELGADO SANCHO, Carlos, “Libertad e indemnidad sexual tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015: Doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n° 50 (Abril-Junio 2018), pp. 237-277.
- DÍAZ TOLOSA, Regina, “Delitos que Vulneran la Intimidad de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal chileno”, *Revista Ius et Praxis*, n° 13 (2007), pp. 291-314.
- DOVAL PAÍS, Antonio; JUANATEY DORADO, Carmen, “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en BOIX REIG, Francisco J. (Dir.); JAREÑO LEAL, Ángela (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Ed. Iustel, 2010, pp. 127-169.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, “El delito de pornografía infantil”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 447-458.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, “Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de *sexting* y *grooming*”, *Diario La Ley*, N° 8714, Sección Doctrina, (2016), pp. 1-15.
- FERRER MARTÍN, Daniel, “Derecho, erotismo y pornografía”, en AAVV, *En torno a la manipulación del hombre*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1977.

- FLORENZANO URZÚA, Ramón, *El adolescente y sus conductas de riesgo*, 2ª ed. ampliada, Santiago: Ed. Universidad Católica de Chile, 1998.
- GÁLVEZ JOHNSON, Myrna; GODOY ETCHEVERRY, Sergio, “La brecha digital correspondiente: obstáculos y facilitadores del uso de TIC en padres de clase media y media baja en Chile”, *Revista CTS Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, vol. 6, n°18 (2011), pp. 199-219.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 141-163.
- GARCÍA JIMENEZ, Antonio; GAONA PISONERO, Carmen; MARTÍNEZ PASTOR, Esther, “Internet, menores y adolescentes: Una aproximación a su realidad”, en: GARCÍA JIMENEZ, Antonio (Ed.), *Comunicación, infancia y juventud-situación e investigación en España*, Barcelona: Ed. UOC, (2012), pp. 75-96.
- GARCÍA VASQUEZ, Paula, “Pornografía infantil”, *Boletín Criminológico*, n°12 (2009), en: <http://www.usc.es/gl/institutos/criminologia/boletinscriminologicos.html> [visitado el 02.07.2013], pp. 2-17.
- GÓMEZ FRAGUELA, Xosé; GONZÁLEZ IGLESIAS, Beatriz; LÓPEZ ROMERO, Laura, “La adolescencia y el lado oscuro de las TIC”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José; RIAL BOUBETA, Antonio (Coords.), *Adolescentes y nuevas tecnologías: Una responsabilidad compartida*, Galicia: Ed. Valedor do Pobo, 2014, pp. 105-158.
- GONZÁLES MOLINA, Sonia, “Contenidos móviles para la comunicación de servicio 2.0 a partir de las redes sociales”, *Revista Cuadernos de Información*, n°31 (2012), pp. 151-162.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°18-15 (2016), pp. 1-31.
- GONZÁLEZ J., Manuel A., *Marco penal de las libertades de expresión, opinión e información*, Santiago: Ed. Librotecnia, 2012.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011), pp. 207-258.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo; VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 139-182.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, *Colectánea criminal. Estampas de la parte especial del derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F, 2017.
- HERMAN, Joshua D., “Sexting: It’s no joke, it’s a crime”, *Illinois Bar Journal*, vol. 98, n°3 (2010), pp. 1-7.

- SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.
- LAMPE, Joanna R. “A victimless sex crime: the case for decriminalizing consensual teen sexting”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 46, n° 2 (2013), pp. 703-736.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “La intimidad después de la reforma del artículo 197 del código penal: La divulgación sin consentimiento de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento”, en BACIGALUPO S., Silvina; FEIJOO S., Bernardo; ECHANO B., Juan (Coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Barcelona: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 1019-1044.
- MAGRO SERVET, Vicente, “El delito de sexting o difusión de imágenes tomadas con consentimiento de la víctima en la violencia de género en la reforma del código penal”, *La Ley Penal*, n° 7190 (2014), pp. 1-8.
- MARRUFO MANZANILLA, René, *Surgimiento y proliferación del sexting. Probables causas y consecuencias en adolescentes de secundaria*. Tesis de maestría Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, 2012, en <http://posgradofeuady.org.mx/wp-content/uploads/2011/01/Marrufo-Ren%C3%A9MIE2012.pdf> [visitado el 12.04.2013].
- MARTINEZ OTERO, Juan, “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Revista DEREKOM*, n° 12 (2013), pp. 1-16.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan; BOO GORDILLO, Álvaro, “El fenómeno del sexting en la adolescencia. Descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *La violencia de género en la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2012, pp. 291-324.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Barcelona: Ed. Bosch, 2004.
- MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial. Tomo I*, 3° edición revisada y actualizada, Santiago: Ed. Legal Publishing, 2014.
- MAYER LUX, Laura, “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, *Política Criminal vol. 9*, n° 17 (2014), pp. 27-57.
- MAYER LUX, Laura; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La conducta típica del delito de producción de pornografía infanto-juvenil”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 4, n° 15 (2014), pp. 25-42.
- MAYERS, R. Stewart; DESIDERIO, Mike F., “Not lol: legal issues encountered during one high school's response to sexting”, en *Brigham Young University Education & Law Journal*, Issue 1 (2013), en <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=86721424&lan=es&site=ehost-live> [visitado el 17.05.2014].
- MCLAUGHLIN, Julia Halloran, *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*, Florida: Ed. Florida Coastal School of Law, 2010, en: http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1 [visitado el 20.01.2018].
- MENJIVAR OCHOA, Mauricio, “El sexting y los nativos neo-tecnológicos. Apuntes para una contextualización al inicio del siglo XXI”, en *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, n°2, vol. 10 (2010), pp. 1-23.

- MILSTEAD, Virginia, “*Ashcroft v. Free Speech Coalition: how can virtual child pornography be banned under the first amendment?*”, *Peppidine University Law Review*, t. 35 (2003-2004), pp. 829-830.
- MITCHELL, Kimberly J.; FINKELHOR, David; *et al*, “*Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study*”, *Pediatrics*, n° 129-1 (2012), pp. 13-20.
- MONTERO VEGA, Adela, “*Educación sexual: Un pilar fundamental en la sexualidad de la adolescencia*”, *Revista Médica Chile*, n° 139 (2011), pp. 1249-1252.
- MORALES PRATS, Fermín, “*La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP*”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2015, pp. 459-467.
- MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERÓ, Ramón, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al código penal español, t.I (artículos 1 a 233)*, 6ª edición (primera con este título), Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2011, p. 1225-1241.
- MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2ª edición, Pamplona: Ed. Aranzadi, 2002.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid: Ed. Dykinson S.L., 2005.
- MOYA FUENTES, María M., “*El sexting entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia*”, *Cuadernos de Política Criminal, t. III*, n° 120 (2016).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 21ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.
- ORTS BERENGUER, Enrique, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales*”, en VIVES ANTÓN, Tomás *et al* (Dirs.), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 223-253.
- OSSANDÓN WIDOW, María M. “*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*”, *Política Criminal vol. 9*, n° 18 (2014), pp. 279-337.
- OXMAN VILCHES, Nicolás, “*Consideraciones críticas en torno al artículo 4º de la Ley Nº 20.084*”, en AAVV, *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal. IV Jornadas Nacionales de Derecho y Ciencias Penales* Valdivia, 2007, Santiago: Legal Publishing, 2008, pp. 89-108.
- PIÑAR MAÑAS, José L., “*El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales*”, en PIÑAR MAÑAS, José L. (Dir.), *Redes sociales y privacidad del menor*, Madrid: Ed. Reus, 2011, pp. 61-84.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*. 7ª ed., revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- RAMON RIBAS, Eduardo, *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2013.

- SCHEECHLER, Christian, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”.
- RAMOS VÁSQUEZ, José A., “Grooming y sexting: Artículo 183 ter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; GÓRRIZ ROYO, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 621-627.
- RHODE, Deborah H., *Sex in Schools: Who’s minding the adults?*, en MACKINNON, Catharine A.; SIEGEL, Reva B. (Eds.), *Directions in sexual harassment law*, New Haven, Ed. Yale University Press, 2004, pp. 290-306.
- RIAL BOUBETA, Antonio; GÓMEZ SALGADO, Patricia, “Menores, internet y nuevas tecnologías: Alarma social o alarmismo ¿Qué dicen los datos actuales?”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José; RIAL BOUBETA, Antonio (Coords.), *Adolescentes y nuevas tecnologías: Una responsabilidad compartida*, Galicia: Ed. Valedor do Pobo, 2014, pp. 15-40.
- ROCHA TORRES, Dulcinea, “Explotación sexual comercial infantil”, *Revista de Ciencias Penales*, n°4 (2006), pp. 157-177.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual”, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna (Coord.), *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, Santiago: Ed. Universidad Central de Chile, 2007, pp. 241-265.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Yarmein; OLIVA DÍAZ, Juan Ariel; GIL HERNÁNDEZ, Arletty, “La sexualidad en los adolescentes: algunas consideraciones”, *Archivo Médico de Camagüey*, vol. 11, n° 1 (2007), pp. 1-7.
- RUEDA MARTIN, María Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal)*, Barcelona: Ed. Atelier, 2004.
- RYAN, Elizabeth, “Sexting: How the State can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults”, *Iowa Law Review*, vol. 96 (2010), pp. 357-383.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José, “Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Madrid: Ed. Dykinson, 2016, pp. 267-292.
- SERRANO MAÍLLO, Isabel, “El derecho a la imagen de los menores en redes sociales. Referencia especial a la validez del consentimiento”, en CORREDORA Y ALFONSO, Loreto; COTINO HUESO, Lorenzo (Dirs.), *Libertad de expresión e información en internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 435-447.
- SHARIFF, Shaheen, *Sexting and cyberbullying*, New York: Ed. Cambridge University Press, 2015.
- SIERRA LÓPEZ, María, “Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quater, 197 quinquies y 198”, *Revista Penal* n° 39 (2017), pp. 174-199.

- SIMÓN CASTELLANO, Pere, “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto; COTINO HUESO, Lorenzo (Dirs.), *Libertad de expresión e información en internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 451-476.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª edición revisada y actualizada, Cizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Derecho penal. Parte especial, tomo III, volumen I*, Madrid: Ed. Iustel, 2011, pp. 175-203.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Aldo y BENAVIDES ALMARZA, Cristóbal, “Uso de teléfonos móviles por los jóvenes”, *Revista Cuadernos de Información*, n°25 (2009), pp. 5-14.
- VELÁSQUEZ REYES, Luz María, “Sexting, sextasting, sextorsión, grooming y cyberbullying. El lado oscuro de las TICs”, *Ponencia del XI Congreso Nacional de Investigación Educativa*. En http://www.comie.org.mx/congreso/memoriaelectronica/v11/docs/area_17/0121.pdf [visitado el 19.01.2018], pp. 1-9.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Sexting: Prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 25 (2016), pp. 1-36.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18-02 (2016), en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-02.pdf> [visitado el 12.01.2018], pp. 1-27.