

La criminalización de la conducta sexual adolescente.

Un enfoque restaurativo a la pornografía producida entre niños, niñas y adolescentes

Joel Andrews Cosme Morales¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El sexteo como un fenómeno juvenil; III.- La justicia restaurativa como metodología para atender la pornografía producida por menores de edad en el contexto jurídico puertorriqueño; IV.- Conclusión

RESUMEN: Este trabajo analiza la problemática del sexting entre menores y la creación de pornografía infantil autoproducida por niños, niñas y adolescentes. Argumenta que la criminalización de estas conductas es desproporcionada y sugiere un enfoque de justicia restaurativa. Esta perspectiva enfatiza la reparación del daño y la rehabilitación de los jóvenes, en lugar de su criminalización y posterior penalización. Se destaca la importancia de la discrecionalidad del ministerio público

¹ El autor es egresado de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico de donde obtuvo un bachillerato en Ciencias Políticas y Derecho con concentración menor en Administración Pública y Relacionales Laborales, y Estudios Prejurídicos, distinción Summa Cum Laude. Además, posee un Juris Doctor de la Escuela de Derecho de la PUCPR, distinción Summa Cum Laude. Posee un Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea de la Universidad Carlos III de Madrid y estudios doctorales en Historia de Puerto Rico y el Caribe del Centro de Estudios Avanzados de Puerto Rico y el Caribe. Actualmente es estudiante de la Maestría en Derecho (LLM) en Formación Judicial de la Universidad de Puerto Rico. Contacto: joelcosmemorales@gmail.com.

en la promoción de programas educativos y preventivos, proponiendo una solución más humana y efectiva para abordar estos comportamientos en la era digital.

PALABRAS CLAVE: Sexting – pornografía infantil autoproducida - justicia restaurativa – discrecionalidad - rehabilitación

Sex, a great and mysterious motive force in human life, has indisputably been a subject of absorbing interest to mankind through the ages; it is one of the vital problems of human interest and public concern.

Roth v. United States, 354 U.S. 476, 487 (1957).

I.- Introducción

Los menores de edad tienen sexualidad: esto es un hecho científico y una experiencia humana constatable.² Como es sabido, el sexo es considerado tanto un requisito indispensable para la realización personal de una persona como la experiencia con el potencial de causar la mayor devastación individual y social.³ En el contexto juvenil, es crucial recordar que, desde los tiempos de Freud, se considera que la sexualidad en niños, niñas y adolescentes es algo intrínsecamente "natural".⁴ “Natural” entre comillas dado que los significados de estos términos están siempre en disputa.

En este sentido, como sociedad, es comprensible cuestionarnos si los niños, niñas y adolescentes se exponen al sexo demasiado pronto o con demasiada frecuencia. Nos preguntamos si están involucrados en actividades sexuales que podrían considerarse socialmente “inapropiadas”, con la persona equivocada o con

² D. Agnus Clark, et. al., *Sexual Development in Adolescence: An Examination of Genetic and Environmental Influences*, 30 J RES ADOLESC 502 (2020), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7253320/>. (“Adolescence is a key period in the lifespan for sexual development. During adolescence reproductive maturity is reached, and sexual intercourse and intimate partner relationships are commonly initiated”).

³ Véase JUDITH LEVINE & JOYCELYN M. ELDERS, HARMFUL TO MINORS: THE PERILS OF PROTECTING CHILDREN FROM SEX, xix-xxxv (2002).

⁴ SIGMUND FREUD, THREE ESSAYS ON THE THEORY OF SEXUALITY (1962) (trad. James Strachey).

un significado malinterpretado. Estas interrogantes fundamentan la ideología que subyace a la creación de normativas estatales destinadas a proteger a los menores de edad de sí mismos.⁵ Es una tarea compleja para la sociedad moderna, que debe equilibrar la introducción del niño en el contexto social de la sexualidad mientras, simultáneamente, se esfuerza por protegerlo de sus potenciales peligros y confusiones.⁶ Después de todo, la minoridad es una cuestión histórica, cultural y moral al igual que la sexualidad juvenil.

Ahora bien, es una realidad que los adolescentes de hoy día utilizan espacios virtuales para explorar sus relaciones sexuales y románticas en desarrollo.⁷ A este escenario se une el hecho de que, en la era digital actual, los jóvenes en occidente tienen más acceso que nunca a la tecnología, lo que presenta una variedad de oportunidades y desafíos.⁸ Entre estos desafíos se encuentra el fenómeno cada vez más generalizado de la creación de pornografía por los propios menores de edad lo que se traduce en fenómenos jurídicos como la posesión, producción y distribución de pornografía infantil.⁹ Por tanto, se evaluará este fenómeno en términos generales, considerando las implicaciones sociales, psicológicas y jurídicas que acarrea. Es vital comprender cómo la ley se enfrenta a la complejidad de estos comportamientos juveniles en un mundo cada vez más digitalizado.

Para ilustrar estos puntos, se tomará el caso de Puerto Rico como objeto de estudio, ya que es la jurisdicción donde el autor tiene su práctica forense. Se analizará cómo las autoridades puertorriqueñas manejan estos desafíos, qué normativas específicas se han implementado y cómo se equilibran las necesidades de protección de los menores con el reconocimiento de su capacidad para tomar decisiones en relación con su sexualidad. Este enfoque permitirá obtener una visión más completa

⁵ Véase Anthony M. Platt, *Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia* (3ra ed. 1997) (trad. Félix Blanco).

⁶ Véase JUDITH LEVINE & JOYCELYN M. ELDERS, *HARMFUL TO MINORS: THE PERILS OF PROTECTING CHILDREN FROM SEX*, xix-xxxv (2002).

⁷ Emma Bond, *The mobile phone = bike shed? Children, sex and mobile phones*, 13(4) *NEW MEDIA & SOCIETY*, 587-604 (2010).

⁸ Véase Alisdair A. Gillespie, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, 13 *HUMAN RIGHTS LAW REVIEW* 4 (2013) <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32277.pdf>.

⁹ Sobre los aspectos estatutarios de este fenómeno, véase Joel Andrews Cosme Morales, *Difusión no Consentida de Imágenes Privadas Entre Menores de Edad: La Pornografía Infantil y la Ley Contra la Venganza Pornográfica de Puerto Rico*, 56 *REV. JUR. UIPR* 597 (2021).

y matizada de cómo las sociedades contemporáneas abordan la sexualidad juvenil en la era digital.

Nuestro objetivo con este breve escrito es explorar cómo un enfoque basado en la justicia restaurativa puede servir como una alternativa efectiva y humanitaria para abordar estas faltas de índole sexual cometidas por los menores.¹⁰ A través de esta mirada, buscamos no solo comprender la complejidad de los desafíos jurídicos y sociales que enfrentan los Estados ante esta conducta de los adolescentes, sino también proponer soluciones que abracen la justicia, la reparación y la prevención del daño, al tiempo que se fomenta la responsabilidad y el crecimiento personal de los jóvenes involucrados. Al adoptar una perspectiva restaurativa, aspiramos a proponer un sistema más inclusivo y empático que responda de manera integral a las necesidades de los menores de edad, las víctimas y la comunidad en su conjunto.¹¹ Todo lo anterior, desde el marco del ordenamiento positivo vigente.

II.- El sexteo como un fenómeno juvenil

a) Definir el concepto de sexteo

A modo de preámbulo, es necesario definir lo que es sextear. El sexteo “ocurre cuando las personas envían fotos sexualmente explícitas, desnudas o semidesnudas a otras personas a través de un teléfono celular u otro medio telemático”.¹² En ocasiones se cataloga como sexteo una variedad de comportamientos muy diferentes, algunos de los cuales pueden ser legales mientras que otros claramente constituyen violaciones a la ley penal. Por ejemplo, se ha llamado sexteo a: un menor que envía una imagen sexual a su pareja; un menor que toma y/o distribuye imágenes de sí mismo y otros participando en conductas sexualmente explícitas; un menor que reenvía o difunde extensamente una imagen desnuda de otro joven sin su conocimiento; un menor que publica dichas imágenes en un sitio web; un adolescente mayor que solicita o coacciona a otro joven para que envíe tales

¹⁰ Bruce A. Green & Lara Bazelon, *Restorative Justice from Prosecutors' Perspective*, 88 FORDHAM L. REV. 2287 (2020).

¹¹ Después de todo, “la justicia restaurativa es una invitación a conversar con el fin de apoyarnos mutuamente y aprender los unos de los otros. Nos recuerda que, en efecto, somos todos interdependientes, partes de una gran red de relaciones humanas”. HOWARD ZEHR, *EL PEQUEÑO LIBRO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA* 77 (2010).

¹² Joel Andrews Cosme Morales, *Difusión No Consentida De Imágenes Privadas Entre Menores De Edad: La Pornografía Infantil Y La Ley Contra La Venganza Pornográfica De Puerto Rico*, 56 REV. JUR. UIPR 597, 622 (2022).

imágenes; una persona que suplanta a un compañero de clase para engañar o chantajear a otros menores para que envíen imágenes; adultos que envían imágenes o videos a menores o poseen imágenes sexualmente explícitas de menores; y adultos que envían texto o imágenes sexualmente sugestivas a otros adultos.¹³

La realidad es que el término "sexteo" es una palabra descriptiva que detalla una conducta contemporánea arraigada en la era digital, donde individuos intercambian imágenes sexualmente explícitas, desnudas o semidesnudas mediante dispositivos electrónicos y medios telemáticos.¹⁴ De esta descripción podemos deducir que el sexteo no posee una carga jurídica específica. Por el contrario, es la definición de un fenómeno social que ocurre por medio de una acción interpersonal en el contexto de la comunicación digital. Ahora bien, como consecuencia del fenómeno social que describe el verbo sextear, es decir, el acto de enviar y recibir imágenes sexualmente explícitas, apreciamos que su naturaleza es variable y privada. Esto implica que el sexteo, como fenómeno, puede involucrar una serie de situaciones que, desde un punto de vista jurídico pueden ser ambiguas o incluso conflictivas. De allí a que el sexteo pueda involucrar la producción, distribución de pornografía infantil sin que esa sea la intención de su autor o autora, con la problemática jurídica que esto signifique. Veamos.

b) El sexteo de menores de edad como fenómeno social con consecuencias jurídicas

El fenómeno social del sexteo entre menores de edad es un tema preocupante en la sociedad contemporánea que desafía las percepciones anteriores de la sexualidad juvenil.¹⁵ Esto se debe a que los adolescentes no perciben los efectos negativos asociados con los mensajes de texto con imágenes privadas y no están preparados para lidiar con estas consecuencias.¹⁶ La mayoría de los adolescentes que han declarado haber enviado una imagen sexualmente explícita sabían que enviar o publicar material sexualmente sugestivo es potencialmente peligroso, pero lo

¹³ Mary Graw Leary, *Sexting or Self-Produced Child Pornography – The Dialogue Continues – Structured Prosecutorial Discretion Within a Multidisciplinary Response*, 17 VA. J. SOC. POL'Y & L. 486, 493-494 (2010).

¹⁴ Carly DiFrancisco, *The "Sexting" Case: Teenage Sexting, the New Constitutional Dilemma*, 8 SETON HALL CIRCUIT REV. 189, 190 (2011).

¹⁵ Véase Benotsch Eric G. Benotsch, Daniel J. Snipes, Aaron M. Martin, & Sheana S. Bull, *Sexting, substance use, and sexual risk behavior in young adults*, 52(3) J ADOLESC HEALTH 307, 313 (2010).

¹⁶ DIFRANCISCO, *Op. cit.* nota 22, en la págs. 193-196.

hicieron de todos modos.¹⁷ Los estudios señalan que los adolescentes que participan en el sexteo no son conscientes de las posibles consecuencias de su conducta.¹⁸ Esta falta de percepción de las consecuencias sugiere una necesidad urgente de educación y concientización sobre los riesgos del sexteo.

Asimismo, meta-estudios revelan que el sexteo consentido entre menores de edad es una práctica cada vez más común entre los jóvenes, un 14.8% de ellos admitieron haber enviado sexteos mientras que el 27.4% reportó recibirlos.¹⁹ Por otro lado, aproximadamente uno de cada ocho menores de edad admite haber reenviado un sexteo o recibido alguno sin su consentimiento, lo que evidencia una problemática relacionada con el sexteo no consensuado.²⁰ Estas conductas implican que, en términos jurídicos, los menores de edad producen, distribuyen y poseen pornografía infantil mientras que en ocasiones difunden esas imágenes de sus pares entre otras personas sin consentimiento. Ambas situaciones son extremadamente serias y pueden acarrear consecuencias jurídicas graves para los involucrados, incluso si los participantes son menores de edad.

Sobre este particular, el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* aprobado el 25 de mayo de 2000²¹ establece que:

“A los efectos del presente Protocolo: [...] c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Sheri Madigan, Anh Ly, Christina L. Rash, Joris Van Ouytsel, & Jeff R. Temple, *Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behavior Among Youth: A Systematic Review and Meta-analysis*, JAMA PEDIATR 327-335 (2018).

²⁰ *Id.*

²¹ Ratificado por los Estados Unidos de América en el 2022, y en consecuencia vinculante a Puerto Rico. Véase *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253, 314 (1829) (“A treaty is in its nature a contract between two nations, not a legislative act. . . . In the United States a different principle is established. Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision.”). Puerto Rico es un territorio no incorporado de los Estados Unidos de América, por lo que, para propósitos internacionales, se encuentra totalmente vinculado y atado a la política internacional estadounidense.

simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".²²

A la luz de lo anterior, un Estado Parte debe adoptar *“medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente”*.²³

Con esto en mente, es necesario examinar la existencia de problemáticas jurídicas tales como las antijuridicidad o anti-tipicidad del fenómeno del sexteo de niños, niñas y adolescentes en la producción, distribución y posesión de pornografía infantil. Para que una conducta sea considerada punible, es imperativo que cumpla con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.²⁴ La tipicidad se establece cuando la ley penal define de manera clara, expresa e inequívoca la estructura del tipo penal. No obstante, la tipicidad, por sí sola, no puede ser entendida como la manifestación completa de una conducta punible. La antijuridicidad, aunque implícita en la tipicidad, se desprende de la actividad humana que se adecua al tipo penal y pone en peligro o lesiona el bien jurídicamente protegido por la ley.

Al continuar con el análisis dogmático de la conducta punible, resulta imprescindible abordar la antijuridicidad, la cual emerge cuando se atenta contra el bien jurídico sin justa causa.²⁵ La tipicidad implica la antijuridicidad, ya que el legislador, al tipificar una conducta y sancionarla con una pena, lo hace teniendo en cuenta su antijuridicidad.²⁶

Es fundamental no considerar el tipo penal simplemente como un fenómeno cuyos componentes conforman una conducta punible. En efecto, la antijuridicidad no se predica del tipo en sí mismo, sino que se deriva de la actividad humana que se adecúa al tipo penal. De esta manera, la tipicidad se convierte en un medio para

²² NACIONES UNIDAS, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>, (última visita, 28 de marzo de 2024).

²³ *Id.*

²⁴ Álvaro Salgado González, *Tipicidad Y Antijuridicidad. Anotaciones Dogmáticas*, Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, ISSN 2145-6054, ISSN-e 2256-2796, Vol. 12, N°. 23, 2020, págs. 101-112.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido.²⁷ La descripción típica en la ley penal no es otra cosa que la plasmación de una conducta como punible, destinada a proteger bienes jurídicos. Cuando estos bienes se lesionan o se ponen en peligro debido a que la actividad del hombre se ajusta al tipo penal, surge la antijuridicidad, siempre y cuando no existan causas de justificación.²⁸ En ese sentido, explica Mir Puig:

*“La ausencia de tipicidad penal, de una conducta, puede deberse tanto a que el legislador no haya tipificado la conducta por considerarla lícita en general, como a que no la haya tipificado, pese a ser ilícita, por reputarla insuficientemente grave o por otras razones político-criminales. No toda conducta antijurídica es penalmente típica: así sucede con las infracciones administrativas. Por otra parte, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos —cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal—, pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella”.*²⁹

Por tanto, la ausencia de tipicidad penal puede deberse a que el legislador no ha tipificado la conducta porque la considera lícita en general. En otras palabras, la acción en cuestión no se percibe como perjudicial o peligrosa para la sociedad, por lo que no se incluye en el ámbito del derecho penal. Este enfoque refleja una valoración normativa donde la licitud general de la conducta justifica su exclusión del catálogo penal.

Otra razón para la falta de tipicidad penal es que, aun siendo la conducta ilícita, el legislador puede no tipificarla por considerarla insuficientemente grave o por otras razones político-criminales. Esto implica una evaluación de la gravedad del daño o peligro que la conducta representa. Mir Puig también destaca que la falta de tipicidad penal puede resultar de la redacción literal de los tipos penales. Si una conducta no se ajusta a la descripción específica establecida en la ley, no puede ser considerada típica penalmente. Este aspecto subraya la importancia de una redacción precisa y clara en la formulación de los tipos penales para evitar ambigüedades y garantizar que solo las conductas que realmente deben ser penalizadas sean incluidas en el ámbito del derecho penal.

Además, una interpretación restrictiva de los tipos penales puede excluir una conducta del ámbito penal incluso si, en un sentido literal, podría encajar en la descripción de un tipo penal. Esta interpretación restrictiva actúa como un

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ S. MIR PUIG, S, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, (2002) en la pág. 132.

mecanismo de control, asegurando que no se penalicen conductas más allá de lo estrictamente necesario, preservando así principios fundamentales como la legalidad y la seguridad jurídica.

En conclusión, la ausencia de tipicidad penal puede deberse a diversas razones, desde la valoración de la licitud general de la conducta hasta consideraciones de gravedad y política criminal, así como la precisión en la redacción y la interpretación de los tipos penales. La perspectiva de Mir Puig nos invita a reflexionar sobre la importancia de un enfoque equilibrado y bien fundamentado en la tipificación penal para garantizar una justicia efectiva y proporcional.

Con esto en mente, pasemos a analizar la criminalización del sexteo consensuado entre menores, considerada como producción, distribución y posesión de pornografía infantil. Esta consideración particular presenta serias problemáticas jurídicas y puede tener consecuencias desproporcionadas para los jóvenes involucrados. Para abordar esta cuestión, es crucial considerar los principios de tipicidad penal, y antijuridicidad.

En el caso del sexteo consensuado entre menores, esta conducta no necesariamente se ajusta a la definición de producción, distribución o posesión de pornografía infantil, especialmente cuando no hay difusión no consentida de las imágenes. Este punto es fundamental, ya que la redacción y la interpretación de los tipos penales deben ser lo suficientemente precisas para evitar la inclusión de comportamientos que, aunque imprudentes, no resultan en una lesión directa de un bien jurídico protegido.³⁰

Al mismo tiempo, la ausencia de una lesión directa a un bien jurídico protegido sugiere que esta conducta no alcanza el nivel de gravedad necesario para ser considerada antijurídica en el sentido penal. Los adolescentes que participan en el sexteo consensuado lo hacen generalmente en un contexto de privacidad y

³⁰ No hay duda de que el concepto de bien jurídico representa una de las cuestiones más complejas de definir en el ámbito de la ciencia penal. La doctrina ha formulado múltiples definiciones, reflejando la diversidad de perspectivas entre los autores que han abordado el tema.

Sin embargo, el bien jurídico puede definirse como un interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad determinada, que recibe reconocimiento jurídico. Véase VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho penal, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999, p. 6. Véase, además, Mariano Kierszenbaum, *El Bien Jurídico En El Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas Desde La Óptica De La Discusión Actual*, Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009, págs. 187-211.

consentimiento mutuo, y aunque esta práctica puede ser imprudente, no se traduce necesariamente en un daño significativo que justifique la intervención penal. Penalizar el sexteo consensuado entre menores puede llevar a consecuencias desproporcionadas, impactando negativamente en la vida de los jóvenes de manera injusta. La aplicación de sanciones penales a adolescentes por conductas consensuadas y privadas puede resultar en estigmatización social y otras repercusiones severas que no se corresponden con la naturaleza de la conducta. Este enfoque punitivo ignora el principio de proporcionalidad, que exige que las penas impuestas sean adecuadas a la gravedad del delito y a las circunstancias de los individuos involucrados. Imponer penas severas a adolescentes por sextear consensuadamente no solo es desproporcionado, sino que también puede tener efectos perjudiciales a largo plazo en su desarrollo y bienestar.

Además, la interpretación restrictiva de los tipos penales actúa como un mecanismo de control para evitar que conductas que no deberían ser penalizadas sean sancionadas. Aplicar una sanción penal por el sexteo consensuado podría contradecir los principios de legalidad y seguridad jurídica, al imponer penas que no se alinean con el espíritu de la ley y los objetivos de protección de bienes jurídicos. La penalización de estos comportamientos debe ser cuidadosamente considerada para evitar la criminalización excesiva de la juventud y la perpetuación de injusticias.

Después de todo, las leyes que sancionan la producción, distribución y posesión de pornografía infantil fueron originalmente redactadas con el propósito de combatir la explotación infantil por parte de adultos. Estas leyes buscan prevenir y castigar conductas profundamente nocivas y moralmente reprobables, donde adultos se aprovechan de menores para producir y distribuir material pornográfico.

Sin embargo, la aplicación de estas mismas leyes a menores que participan en el sexteo consensuado entre ellos mismos ignora el contexto y las diferencias fundamentales entre ambos escenarios. Los adolescentes, impulsados por la curiosidad y el descubrimiento propio de su edad, utilizan la tecnología de manera que puede resultar imprudente, pero no con la intención ni el impacto que las leyes contra la pornografía infantil buscan erradicar.

Criminalizar a niños, niñas y adolescentes por sexteo consensuado no solo descontextualiza este tipo de legislación, sino que también impone sanciones desproporcionadas y severas a jóvenes que no tienen la madurez ni la intención criminal que caracteriza a los delitos originales para los cuales estas leyes fueron

creadas. En lugar de proteger, estas sanciones pueden estigmatizar y perjudicar gravemente el futuro de los jóvenes involucrados.

Un enfoque más razonable sería reconocer que las conductas juveniles, aunque pueden ser riesgosas, no son comparables en gravedad a las acciones de adultos que explotan a menores. En lugar de una respuesta punitiva, es más apropiado implementar medidas restaurativas, educativas y de concientización que enseñen a los adolescentes sobre los riesgos y las consecuencias del sexteo. Esto les proporcionará las herramientas necesarias para tomar decisiones informadas y responsables, adaptadas a su nivel de madurez y desarrollo.

El sentido común indica que las leyes contra la producción, distribución y posesión de pornografía infantil están diseñadas para proteger a los menores de la explotación por parte de adultos, no para castigar a los adolescentes que participan en conductas consensuadas e impulsadas por la inmadurez y la curiosidad propias de su edad. Abordar el sexteo entre menores desde un enfoque educativo, en lugar de punitivo, refleja un entendimiento más adecuado y compasivo de la realidad juvenil y tecnológica contemporánea.

III.- La discrecionalidad del ministerio público al perseguir niños, niñas y adolescentes por la posesión, producción y distribución de pornografía infantil

La discrecionalidad de los fiscales es una herramienta fundamental en los sistemas de justicia penal de diversas jurisdicciones alrededor del mundo. Esta capacidad de decidir cuándo y cómo presentar cargos, o incluso cuándo retirarlos mediante el *nolle prosequi*, presenta múltiples beneficios que merecen ser reconocidos.

La discrecionalidad permite a los fiscales adaptar sus decisiones a las particularidades de cada caso. En lugar de aplicar la ley de manera uniforme y rígida, pueden priorizar casos basados en la gravedad del delito, la evidencia disponible y el impacto social del crimen.³¹ Esta capacidad es esencial en sistemas judiciales frecuentemente sobrecargados, donde es necesario destinar recursos limitados a los casos más severos y de mayor importancia pública.

³¹ Angela J. Davis, *The American Prosecutor - Power, Discretion, and Misconduct*, 23 Criminal Justice (2008).

Es en ese sentido que el *nolle prosequi* ofrece a los fiscales la posibilidad de evitar la persecución de casos que podrían causar más daño que beneficio.³² Esta práctica no solo alivia la carga sobre el sistema judicial, sino que también evita consecuencias negativas innecesarias para los acusados que pueden haber cometido errores menores o haber sido malinterpretados en sus acciones, o incluso, en casos donde exista duda de una interpretación de una legislación penal, no activar la maquinaria judicial.

Además, la discrecionalidad fiscal permite enfoques más humanitarios y justos, como la justicia restaurativa, donde se prioriza la reparación del daño y la reintegración del acusado en lugar de la mera retribución. Esto es particularmente relevante en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes.³³ En ese sentido, la discrecionalidad también actúa como un mecanismo de protección contra posibles injusticias que podrían surgir de la aplicación estricta de la ley. Al tener la capacidad de retirar cargos, los fiscales pueden corregir errores, evitar persecuciones indebidas y asegurar que el sistema de justicia penal no se utilice de manera abusiva. Esto es crucial para mantener la confianza pública en el sistema judicial y garantizar que se administre justicia de manera equitativa y compasiva.

En ese sentido, la discrecionalidad de los fiscales, especialmente a través del uso del *nolle prosequi*, es una herramienta valiosa que contribuye a un sistema de justicia penal más flexible, eficiente y justo. Permite adaptarse a las complejidades de cada caso, proteger los intereses públicos y evitar daños innecesarios, promoviendo así una administración de justicia que no solo aplica la ley, sino que también considera la equidad y las consecuencias prácticas de las decisiones judiciales.

Con esto en mente, podemos argumentar que la discrecionalidad del ministerio público al decidir no perseguir a niños, niñas y adolescentes por delitos relacionados con la posesión, producción y distribución de pornografía infantil es fundamental para asegurar la justicia y la equidad en el sistema penal. Este poder discrecional permite a los fiscales adaptar sus decisiones a las circunstancias específicas de cada caso, una consideración esencial debido al impacto significativo que estas decisiones pueden tener en la vida de los jóvenes involucrados.

³² Hartley, R. D., Maddan, S., & Spohn, C., *Prosecutorial discretion: An examination of substantial assistance departures in federal crack-cocaine and powder-cocaine cases*. Justice Quarterly, 24(3), 382-407 (2007).

³³ Steffensmeier, D. & Demuth, D., *Ethnicity and sentencing outcomes in U.S. Federal courts: who is punished more harshly?*, American Sociological Review, 65, 705-729 (2000).

Primero, la flexibilidad inherente a la discrecionalidad permite a los fiscales evaluar la gravedad del delito, la intención del menor y las circunstancias específicas que rodean cada caso. La aplicación rígida de la ley podría resultar en consecuencias desproporcionadamente severas para estos jóvenes. La capacidad de los fiscales para utilizar el *nolle prosequi* puede evitar que los menores sean sometidos a un sistema judicial que puede no estar diseñado para abordar adecuadamente sus necesidades y circunstancias particulares.

De esta manera, la discrecionalidad actúa como un mecanismo de protección contra posibles injusticias derivadas de la aplicación estricta y literal de la ley penal que atenta contra el bien jurídico que es proteger en efecto a los niños, niñas y adolescentes. Los fiscales pueden corregir errores y evitar persecuciones indebidas, asegurando que el sistema de justicia penal no se utilice de manera abusiva contra estos.

El ejercicio de la discrecionalidad por parte de los fiscales también permite considerar factores extralegales y cuasi-legales que pueden influir en la decisión de procesar a un menor. Estos factores incluyen la relación entre el acusado y la víctima, la edad del acusado y la víctima, y el contexto social y familiar del menor. Considerar estos factores permite a los fiscales tomar decisiones más informadas y equitativas, que reflejan una comprensión más completa de las circunstancias individuales de cada caso.

En conclusión, la discrecionalidad del ministerio público en la persecución de delitos relacionados con la pornografía infantil cuando involucran a menores es una herramienta esencial que contribuye a un sistema de justicia penal más flexible, eficiente y justo. Al permitir a los fiscales adaptarse a las complejidades de cada caso, se protegen los intereses públicos y se evitan daños innecesarios, promoviendo así una administración de justicia que no solo aplica la ley, sino que también considera la equidad y las consecuencias prácticas de las decisiones judiciales. Este enfoque integral y matizado es crucial para garantizar que se administre justicia de manera equitativa y compasiva, especialmente en casos que involucran a jóvenes vulnerables.

IV.- Puerto Rico como objeto de estudio

En Puerto Rico la “pornografía infantil” se define como “cualquier representación de conducta sexual explícita, todo acto de masturbación, abuso sadomasoquista, relaciones sexuales reales o simuladas, relaciones sexuales desviadas, bestialismo, homosexualismo, lesbianismo, actos de sodomía, o

exhibición de los órganos genitales llevados a cabo por personas menores de dieciocho (18) años de edad”.³⁴ En ese sentido las imágenes de pornografía infantil autoproducidas en Puerto Rico son aquellas imágenes que cumplen con la definición jurídica de pornografía infantil, de conformidad con nuestro Código Penal de 2012, según enmendado, y que fueron originalmente producidas por un menor sin coerción, manipulación ni participación de adultos en absoluto. Por tal razón, pornografía infantil, tal y como está definida a nivel internacional y a nivel territorial, constituye toda representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales, sin importar que esta pornografía haya sido creada por el propio menor sin coerción, manipulación ni participación de adultos de ninguna manera.

En Puerto Rico, una persona que comenta el delito de producción de pornografía infantil, es decir, el que un individuo a “sabiendas promueva, permita, participe o directamente contribuya a la creación o producción de material o de un espectáculo de pornografía infantil”³⁵ se expone a una pena de reclusión de quince años, lo que convierte el delito, para propósitos de la *Ley de Menores de Puerto Rico* en una Falta Clase III.³⁶ Esto se debe a que es un delito grave de segundo grado para propósitos de la *Ley de Menores de Puerto Rico*.³⁷ Lo mismo ocurre con la distribución, que se define como “[t]oda persona que a sabiendas imprima, venda, exhiba, distribuya, publique, transmita, traspase, envíe o circule material o un espectáculo de pornografía infantil”.³⁸ Por el otro lado, la posesión de pornografía infantil, que se define como el hecho de que una persona “a sabiendas posea o compre material o un espectáculo de pornografía infantil” se expone a una pena de doce años, lo que constituye una Falta Clase II.³⁹ Por lo tanto, si un menor de edad de dieciocho años produce una foto sexual suya, crea y posee pornografía infantil al mismo tiempo y si la distribuye a otra persona, mediante sexteo, realiza el acto de distribución de pornografía infantil. En vista de lo anterior,

³⁴ CÓD. PEN. PR art. 143, 33 LPRA § 5204 (2024).

³⁵ *Id.* 33 LPRA § 5207.

³⁶ Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986, Art. 3, 34 LPRA § 2203 (2024).

³⁷ De acuerdo con el artículo 307 del Código Penal un delito grave de segundo grado “conllevará una pena de reclusión por un término fijo de quince (15) años”. CÓD. PEN. PR art. 307, 33 LPRA § 5415 (2024).

³⁸ CÓD. PEN. PR art. 147, 33 LPRA § 5208 (2024).

³⁹ *Id.*

una vez establecido el cuadro fáctico del fenómeno juvenil, es necesario explorar cómo el Estado debe atender esa conducta y cuál debe ser la consecuencia jurídica.

a) La justicia restaurativa desde la discreción del Procurador de Asuntos de Menores como mecanismo realista para rehabilitar a los menores de edad bajo el ordenamiento puertorriqueño

En nuestro sistema adversativo penal, se espera que los fiscales logren que el Tribunal condene a las personas “culpable”, eviten procesar a los inocentes, y se espera que eviten presentar cargos excesivamente severos y promuevan la equidad en el proceso en el que se persiguen esos cargos.⁴⁰ Se espera que los fiscales ejerzan discreción para no perseguir cargos penales en circunstancias apropiadas, incluyendo algunas situaciones en las que el fiscal está seguro de la culpabilidad del infractor y de la capacidad de obtener una condena, pero cree que un proceso penal sería un gasto de recursos imprudente o innecesario o que una condena penal sería desproporcionadamente severa.⁴¹ Este mismo análisis le aplica al Procurador de Asuntos de Menores y en general a los fiscales internacionalmente. Tradicionalmente, se ha vislumbrado que la discreción del fiscal se limitaba a iniciar el proceso penal presentando cargos o no hacer nada. Sin embargo, con el tiempo, las opciones disponibles para los fiscales se han ampliado. En ese sentido, somos del criterio que la discrecionalidad del Procurador de Asuntos de Menores puede llegar a tal punto que puede promover la justicia restaurativa en el contexto de la conducta juvenil por pornografía autoproducida.

La justicia restaurativa tiene el objetivo de reunir a las víctimas del daño, a quienes cometieron el daño y a los miembros de la comunidad en un esfuerzo conjunto por reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por un delito.⁴² De esta manera se reemplaza la retribución por un sistema que se enfoca en la responsabilidad y reparación. Así se abordan las causas del comportamiento delictivo

⁴⁰ Fred C. Zacharias, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice?*, 44 VAND. L. REV. 45, 50 (1991) (“the heart of the codes’ mandate to do justice seems clear: the prosecutor should exercise discretion so as to prosecute only persons she truly considers guilty”); Stephanos Bibas, *Rewarding Prosecutors for Performance*, 6 OHIO ST. J. CRIM. L. 441, 444 (2009); William H. Simon, *Ethical Discretion in Lanyering*, 101 HARV. L. REV. 1083, 1098 (1988).

⁴¹ Bruce A. Green, *Prosecutorial Discretion: The Difficulty and Necessity of Public Inquiry*, 123 DICK. L. REV. 589, 591 (2019).

⁴² ZEHR, *Op. cit.* nota 19, en la pág. 22.

y se proporciona un camino sólido para prevenir futuros daños. Todo lo anterior mientras se responsabiliza al acusado y se escuchan las necesidades de las víctimas.⁴³

En lugar de encarcelar a una persona por cometer un daño contra otra persona y su comunidad, la justicia restaurativa busca proporcionar apoyo y diseñar respuestas adaptadas a las razones por las que se cometió el daño, las necesidades de la víctima y las necesidades del individuo que cometió el daño. En ese sentido, este modelo puede encausar a una visión donde se desvíe a un individuo del sistema de justicia penal por completo. Esto se debe a que el sistema de justicia penal puede tener efectos psicosociales y laborales negativos, y a menudo no aborda la causa subyacente del comportamiento delictivo.⁴⁴ Por tal razón, una visión enmarcada desde el punto de vista de un fiscal con perspectiva restaurativa debe, en la medida que sea jurídicamente posible, promover modelos que eviten o limiten el contacto con el sistema de justicia penal. Ahora bien, la justicia restaurativa no es una solución única ni una panacea para todos. Los principios fundamentales de la justicia restaurativa pueden aplicarse de múltiples formas, en distintas etapas del proceso penal y por diversas entidades. Veamos cómo estos principios pueden darse dentro del marco de la propia discrecionalidad del Procurador de Asuntos de Menores en la *Ley de Menores de Puerto Rico*.⁴⁵

b) La “Ley de Menores de Puerto Rico” según enmendada por la Ley Núm. 47-2022

Estas conductas se encuentran penalizadas por el ordenamiento jurídico puertorriqueño con severas sanciones al constituir delitos en contra de la dignidad del ser humano en su indemnidad sexual.⁴⁶ En el contexto juvenil puertorriqueño, la posesión de pornografía infantil es una falta clase II mientras que la producción y

⁴³ *Building Community Trust: Restorative Justice Strategies, Principles and Promising Practices*, FAIR & JUST PROSECUTION 1–9 (2017), https://fairandjustprosecution.org/wp-content/uploads/2017/12/FJP.Brief_.RestorativeJustice.pdf

⁴⁴ *Promising Practices in Prosecutor-Led Diversion*, FAIR & JUST PROSECUTION 2 (2017), <https://fairandjustprosecution.org/wp-content/uploads/2017/09/FJPBrief.Diversion.9.26.pdf>

⁴⁵ Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986, art. 2, 34 LPRA § 2202 (2022).

⁴⁶ Véase a modo de ejemplo, CÓD. PEN. PR arts. 146-147, 33 LPRA §§ 5207-5208 (2023); Cód. Pen. Arg. art. 128 (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018); Cód. Fed. Pen. Mex. Arts. 202 & 202 bis; Cód. Pen. Colom. Art. 218, Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000.

distribución de pornografía infantil es una falta clase III.⁴⁷ Esto implica que el Procurador para Asuntos de Menores debe decidir si presenta una querrela por las faltas e inicia un trámite judicial contra el adolescente o por el contrario, entiende que no debe perseguir este tipo de conducta producida por el propio menor.⁴⁸ Todo lo anterior ante la realidad de que la jurisprudencia reconoce que los jóvenes suelen tener una capacidad disminuida, es decir, menos conciencia de los perjuicios sociales que su conducta ilegal puede ocasionar y, por ende, tienen una menor culpabilidad.⁴⁹

Desde un punto de vista hermenéutico, la *Ley de Menores de Puerto Rico* debe interpretarse para (i) “[p]roveer para el cuidado, protección, desarrollo, habilitación y rehabilitación de los menores y proteger el bienestar de la comunidad”; (ii) “[p]roteger el interés público tratando a los menores como personas necesitadas de supervisión, cuidado y tratamiento, a la vez que se les exige responsabilidad por sus actos”; y (iii) “[g]arantizar a todo menor un trato justo, el debido procedimiento de ley y el reconocimiento de sus derechos constitucionales”.⁵⁰ Este canon estatutario que provee la *Ley de Menores de Puerto Rico* debe leerse en conjunto con otros pronunciamientos de la Asamblea Legislativa, como los que se exponen en la Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad, su Padre, Madre o Tutor y del Estado:

“Es evidente que los derechos tienen como contrapartida el cumplimiento de deberes jurídicos y sociales por parte de la ciudadanía. Por ello, es importante que la persona menor de edad cumpla a cabalidad con las normas y estatutos que conforman nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, debe evitar actuaciones contrarias a la moral y el orden público. Es deseable, y así lo requiere nuestra sociedad, que la conducta de la persona menor de edad esté enmarcada en los principios y valores de respeto a las normas de sana convivencia de la comunidad, de la escuela y de su núcleo familiar. La responsabilidad de cada persona menor de edad ante los deberes descritos

⁴⁷ Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 de 9 de julio de 1986, art. 3(k) & (l), 34 LPRC § 2203 (2022).

⁴⁸ 34 LPRC § 2203(p) (2022) (“Procurador para Asuntos de Menores o Procurador. — Fiscal Auxiliar del Tribunal de Primera Instancia designado exclusivamente para ejercer sus funciones en los asuntos cubiertos por esta ley”).

⁴⁹ Explica la profesora Iris Y. Rosario Nieves que la capacidad disminuida es una doctrina que reconoce “que la falta de madurez y la irresponsabilidad es más común y más entendible en jóvenes que en adultos, y ello genera impulsividad. Es decir, los jóvenes son más susceptibles a influencias y presiones negativas porque su carácter no está tan bien formado como el de un adulto. Estos factores deben reflejarse en la pena impuesta por la infracción cometida”. Iris Y. Rosario Nieves, *La Capacidad Disminuida Como Reto A Las Renuncias De Jurisdicción*, 86 REV. JUR. UPR 322, 325 (2017).

⁵⁰ *Id.*

debe, además, estar equiparada a su capacidad mental, desarrollo físico y edad cronológica, de forma tal que sea cónsona con lo requerido a ésta".⁵¹

Después de todo, "[e]l Estado reconoce a toda persona menor de edad a quien se le impute la comisión de alguna acción contraria a la ley y al orden público, el derecho a que se considere su condición de minoridad, con las excepciones que se establezcan por ley, en un sistema especializado de justicia juvenil" que tiene "el objetivo primordial de la rehabilitación y provisto de instalaciones y programas especiales separados de los programas de adulto".⁵² No hay duda que para el Estado, los derechos de los menores de edad no deben ser interpretados "en forma alguna para eximir a ésta del cumplimiento con la legislación o reglamentación vigente en Puerto Rico o para fomentar actos o conducta que contravengan la moral, el orden público y las normas de convivencia de la comunidad, escuela, institución educativa o comunitaria, así como las de su núcleo familiar".⁵³

Para el ordenamiento jurídico positivo vigente, aunque la minoridad es una causa de inimputabilidad reconocida en Puerto Rico,⁵⁴ el menor de edad cuya conducta contravenga "la moral, el orden público y las normas de convivencia de la comunidad" debe ser responsable por sus actos según su capacidad y el Estado debe de proveerle una rehabilitación.⁵⁵ Para el Tribunal Supremo, la *Ley de Menores* "parte de un criterio filosófico ecléctico por el cual armoniza la responsabilidad de *parens patriae* del Estado en cuanto a la rehabilitación de los menores ofensores y la responsabilidad de éstos por sus actos".⁵⁶

En otras palabras, la *Ley de Menores de Puerto Rico* constituye el vehículo normativo del ordenamiento positivo que tiene el objetivo de canalizar la pretensión de que los menores sean responsables de sus actos que contravengan "la moral, el orden público y las normas de convivencia de la comunidad" por medio de la responsabilidad individual de estos. La ley reconoce la importancia de que los menores asuman la responsabilidad por sus acciones, teniendo en cuenta la gravedad de estas y los valores sociales imperantes. Asimismo, aspira que estos se rehabiliten de estas

⁵¹ Ley de la "Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad, su Padre, Madre o Tutor y del Estado", Ley Núm. 289 de 1 de septiembre de 2000, exposición de motivos.

⁵² *Id.* Art. 21, 1 LPRA § 440.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ CÓD. PEN. PR art. 39, 33 LPRA § 5062 (2024).

⁵⁵ Ley de la "Declaración de Derechos y Deberes de la Persona Menor de Edad, su Padre, Madre o Tutor y del Estado", Ley Núm. 289 de 1 de septiembre de 2000, exposición de motivos; *Pueblo en interés menores CLR y AVL*, 178 DPR 253 (2010); *Pueblo v. Suárez Alers*, 167 DPR 850 (2006); *Pueblo en interés menor AAO*, 138 DPR 160 (1995).

⁵⁶ *El Pueblo de Puerto Rico en interés del menor R.H.M.*, 126 DPR 404, 409 (1990).

conductas y se reintegren a la sociedad. Esta legislación no promueve la justicia restaurativa intrínsecamente.⁵⁷ No obstante, somos del criterio que, para atender los casos de pornografía infantil autoproducida se puede utilizar la justicia restaurativa en el contexto estatutario actual.

Esto se debe a la figura del Procurador para Asuntos de Menores. La *Ley de Menores de Puerto Rico* establece que “[e]n todos los asuntos de menores ante la consideración del tribunal participará un Procurador para Asuntos de Menores quien será exclusivamente designado para ejercer sus funciones en los asuntos cubiertos por esta ley”.⁵⁸ La propia *Ley de Menores* faculta al Procurador para Asuntos de Menores para representar “al Estado en todo procedimiento de naturaleza adversativa y presentará la evidencia que sustenta la querella”; si se determina causa probable y “radicará la querella correspondiente y referirá al menor y a sus padres o encargados al Especialista en Relaciones de Familia para el estudio y la preparación del informe social”.⁵⁹ Asimismo, puede pedir “el archivo de la querella si la misma no es legalmente suficiente para iniciar el proceso” y por medio de su discreción podrá referir “al menor, sus padres o encargados al Especialista en Relaciones de Familia para que éste les oriente respecto a las agencias u organismos sociales que puedan brindarles atención si las circunstancias así lo ameritan”.⁶⁰ Además, el Procurador para Asuntos de Menores está facultado para solicitar un procedimiento de desvío.⁶¹ Este es el mecanismo a utilizarse para establecer programas de justicia restaurativa en Puerto Rico.

c) La discreción de Procurador para Asuntos de Menores

El Artículo 21 de la *Ley de Menores de Puerto Rico* dispone en cuales circunstancias un menor puede ser referido a mediación o a una agencia u organismo público o privado, antes de la adjudicación del caso.⁶² Como hemos mencionado, la mediación no es un mecanismo de justicia restaurativa, por lo que no atenderemos tal disposición de la legislación.⁶³ Por el otro lado, “[L]uego de radicada una querella y previa

⁵⁷ Aunque el Tribunal Supremo equipara la mediación con la justicia restaurativa en *Pueblo en interés menores CLR y AVL*, 178 DPR 253 (2010), la realidad es que no son compatibles. En ese sentido, estamos de acuerdo con Zehr en que “[l]a justicia restaurativa no es una mediación”. ZEHR, *Op. cit.* nota 19, en la pág. 12.

⁵⁸ Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986, art. 12, 34 LPRA § 2212 (2022).

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.* 34 LPRA § 2221.

⁶³ ZEHR, *Op. cit.* nota 19, en la pág. 12.

la adjudicación del caso, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal el referido del menor a una agencia u organismo público o privado” si se cumple con lo siguiente:

- (i) Se trate de un primer ofensor en una falta Clase II.
- (ii) Se suscriba un acuerdo entre el Procurador, el menor, sus padres o encargados y la agencia u organismo a que se referirá el menor.
- (iii) Se tome en consideración el informe social del Especialista en Relaciones de Familia.
- (iv) Medie la autorización del tribunal.⁶⁴

En los contextos de las faltas de Clase I, el Procurador de Asuntos de Menores puede solicitarle al tribunal que se refiera al menor a un procedimiento de desvío a ser provisto por una agencia u organismo público o privado. En este sentido, estamos ante una modalidad de remisión de la pena.

Asimismo, la propia legislación indica que “[e]n el caso de que el menor haya cumplido con dichas condiciones, el Procurador solicitará al tribunal el archivo de la querrela”.⁶⁵ La legislación es bastante amplia para poder concluir que un Procurador de Asuntos de Menores puede enviar a los menores que hayan cometido Faltas de Clase I y II a un procedimiento de justicia restaurativa ante una agencia pública o privada que atienda la conducta del menor desde este enfoque metodológico.

Ahora bien, en el contexto de las faltas de marras, como hemos descrito, el delito de producción y distribución de pornografía infantil es una Falta Clase III mientras que la posesión de pornografía infantil es una Falta Clase II. En teoría, solo la posesión puede ser objeto de un procedimiento de desvío mientras que la producción y distribución sólo pueden ser objeto de una adjudicación sin procedimiento alternativo. Aquí es que entra la discreción del Procurador de Asuntos de Menores.

German D. Martín Aimar explica que en el contexto de la pornografía infantil donde “una persona menor que se toma una foto íntima y la comparte con un par, ambos voluntariamente, entendemos que no puede ser imputado de este delito”.⁶⁶ Esto bajo el fundamento de que “[l]a exegesis de este delito se debe interpretar como agente activo del delito

⁶⁴ 34 LPRA § 2212 (2022).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ GERMAN D. MARTÍN AIMAR, NI MENORES, NI JÓVENES, NI CONFLICTIVOS, NI LOCOS 189 (2023).

una persona adulta y externa a la relación de los adolescentes (asimetría)”.⁶⁷ Ahora bien, propone que se realice un análisis “*caso a caso, para el reproche y reflexión sobre las acciones que se le imputan*”.⁶⁸

Estamos de acuerdo con esta aproximación. German D. Martín Aimar aporta una perspectiva crítica al argumentar que cuando una menor toma y comparte una foto íntima de manera consensuada con otro menor, no debería ser imputado por el delito de pornografía infantil. Este argumento se fundamenta en la interpretación de que la exégesis de este delito debe considerar como agente activo a una persona adulta y externa a la relación de los adolescentes. De esta manera destaca la importancia de analizar cada caso individualmente.

La teoría del bien jurídico penal se basa en la protección de intereses o valores esenciales que justifican la intervención del derecho penal.⁶⁹ En nuestra opinión, en el caso de la pornografía infantil, los bienes jurídicos protegidos son la dignidad y el desarrollo integral del menor. Es por tal razón que el sexteo entre menores, definido como el intercambio consensuado de imágenes íntimas, plantea un desafío para la aplicación del derecho penal. German D. Martín Aimar sostiene que esta conducta no debe ser equiparada a la pornografía infantil debido a dos razones principales: la voluntariedad y el consentimiento mutuo, y la ausencia de una figura adulta explotadora.

En el sexteo consensuado, ambos menores participan de manera voluntaria, lo que distingue esta conducta de la explotación sexual infantil perpetrada por adultos donde existe una relación de clara asimetría. La voluntariedad y el consentimiento son factores cruciales que deben ser considerados al evaluar la criminalización de estas conductas. Penalizar con el tipo de pornografía infantil a menores por participar en un sexteo consensuado debe ser considerado desproporcionado, ya que no hay una asimetría de poder ni una explotación evidente. En ese sentido, se debe

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Santiago Mir Puig, *Legal Goods Protected by the Law and Legal Goods Protected by the Criminal Law as Limits to the State's Power to Criminalize Conduct*, 11 NEW CRIM. L. REV. 409 (2008) En palabras de la profesora Iris Rosario, “[s]e le denomina bien jurídico en el Derecho Penal al interés u objeto que el Estado pretende proteger mediante la creación de una norma que al ser violentada acarrea una pena”. Rosario, I. (2024). Proteger el orden institucional, la rehabilitación y la salud pública mediante la guerra contra las drogas: una tentativa imposible. En F. A. López Román, *¿Libertades perdidas? ¿Democracias interrumpidas?* (págs. 51-66). San Juan: Instituto de Investigación Violencia y Complejidad.

interpretar el delito de pornografía infantil con un enfoque en los agentes activos adultos que explotan la vulnerabilidad de los menores. Esta interpretación se basa en la idea de asimetría de poder, donde el adulto utiliza su posición para abusar del menor.

La criminalización de una conducta debe ser proporcional al daño causado al bien jurídico protegido, por lo que imputar el delito de pornografía infantil a menores que participan en sexting consensuado resulta en una medida desproporcionada al considerar que el contexto y la intencionalidad son diferentes a los casos de explotación sexual infantil. La intervención penal debe ser necesaria para proteger el bien jurídico, y en muchos casos, medidas alternativas como la educación y la concienciación pueden ser más efectivas y menos intrusivas.

En ese sentido, German D. Martín Aimar propone un análisis caso a caso para determinar la culpabilidad y reflexionar sobre las acciones imputadas. Este enfoque evita la generalización y permite considerar las circunstancias específicas de cada situación. La relación entre los menores, la ausencia de una figura adulta explotadora y la naturaleza consensuada del acto son factores determinantes que deben ser evaluados individualmente. Por lo que esta postura de cautela y análisis ponderado siempre resulta ser la mejor opción ante este tipo de complejidades. Y es que, en lugar de una respuesta punitiva automática, se debe promover la reflexión sobre las acciones y las posibles consecuencias. Las intervenciones educativas y el apoyo psicológico pueden abordar los riesgos asociados con el sexting sin recurrir a la criminalización. Este enfoque promueve una protección más efectiva de los menores y evita las consecuencias negativas de una respuesta penal desproporcionada.

En ese sentido, un Procurador de Asuntos de Menores, en su discreción, podría descartar presentar una querrela cuando un menor de edad sextee voluntariamente con un par.⁷⁰ En este tipo de casos, podría utilizar sus facultades para intervenir con otras agencias e instruir al menor y su núcleo cercano de una conducta sexual que no involucre la creación de pornografía infantil. Esto puede ser una solución en los contextos de las Faltas Clase III donde el desvío no es jurídicamente posible si el Procurador de Asuntos de Menores decide iniciar el procedimiento judicial. Si el Procurador de Asuntos de Menores entiende que es necesario iniciar una querrela por la distribución y producción, podría enmarcarlo en el contexto de la posesión solamente, pues al ser una Falta Clase II es posible el desvío articulado en la *Ley de*

⁷⁰ CRIMINAL JUSTICE STANDARDS FOR THE PROSECUTION FUNCTION § 3-1.2(B) (AM. BAR ASS'N 2017).

Menores de Puerto Rico. Todo esto se sustenta en la discrecionalidad que tiene el Procurador de Asuntos de Menores en cómo presenta y redacta su querella.

A base de lo anterior es que sostenemos que, como es el Procurador de Asuntos de Menores quien decide si presenta o no una causa de acción en contra de un menor, este debe tomar la decisión de presentar una querella luego de considerar las circunstancias únicas de cada menor y tomando en cuenta lo expuesto sobre el bien jurídico. Esto se debe a que los menores pueden estar involucrados en comportamientos que, aunque problemáticos, no justifican una intervención judicial como lo es el que un menor participe en el sexteo consensuado con un par. En ese sentido, la intervención del Procurador de Asuntos de Menores debe ir dirigida a buscar que ese menor sea atendido a través de programas educativos y de concienciación en lugar de un proceso de índole de corte penal en el contexto de la justicia juvenil puertorriqueña.

Después de todo, el uso de la discreción puede permitir que el menor se rehabilite por medio de programas que tengan como norte la justicia restaurativa. De allí a que se evite que los menores enfrenten consecuencias desproporcionadas por sus acciones que pueden ser tratadas desde una perspectiva del reproche. Es importante destacar que la discreción permite que los Procuradores de Asuntos de Menores evalúen el contexto y la gravedad del caso, al optar por referir al menor a programas de desvío en lugar de someter al adolescente a un procedimiento jurídico como lo es una vista adjudicativa.

Es por lo anterior que apostamos por la justicia restaurativa desde el marco de la persona que tiene el poder de presentar querellas en contra de los menores. Al apelar a una discreción basada en protocolos claros, podemos fomentar que la discreción de los Procuradores de Asuntos de Menores vaya dirigida, en este tipo de casos, a promover una rehabilitación restaurativa de ser meritorio, o simplemente, no presentar querella a cambio de que el menor acuda a algún tipo de programa educativo de corte restaurativo.

IV.- Conclusión

El fenómeno de la pornografía infantil autoproducida es un problema complejo y creciente, profundamente vinculado con los avances tecnológicos y el acceso masivo a dispositivos digitales. Los niños, niñas y adolescentes, al estar inmersos en estas tecnologías, pueden convertirse en autores y víctimas de estos actos, lo que plantea desafíos significativos para el sistema de justicia penal. Este fenómeno de

autoexplotación, donde los niños, niñas y adolescentes crean y distribuyen imágenes de su desnudez, requiere un análisis que reconozca la sexualidad juvenil y su manifestación en el ámbito digital.

Es fundamental entender que los niños, niñas y adolescentes, al explorar su sexualidad a través de medios digitales, a menudo no comprenden las implicaciones legales y sociales de sus acciones. Puerto Rico, como muchas otras jurisdicciones, enfrenta esta problemática, donde la creación, posesión y distribución de pornografía infantil por parte de los niños, niñas y adolescentes es una realidad preocupante. Este contexto demanda una respuesta que no solo aplique la ley, sino que también considere las circunstancias particulares de los jóvenes involucrados.

Un enfoque efectivo para abordar esta cuestión debe provenir del ministerio público, utilizando su discrecionalidad para promover programas de justicia restaurativa. Esta estrategia no solo ofrece una alternativa más humana, sino que también es más efectiva, enfocándose en la reparación del daño, la asunción de responsabilidad y el crecimiento personal de los jóvenes, tanto dentro como fuera del sistema judicial. La justicia restaurativa permite abordar los errores cometidos por los niños, niñas y adolescentes de una manera que promueve la reflexión y el aprendizaje, en lugar de simplemente castigarlos.

Implementar programas de justicia restaurativa también tiene el potencial de aliviar la carga sobre el sistema judicial, permitiendo que los recursos se destinen a casos más graves y urgentes. Además, esta estrategia empática e inclusiva reconoce la necesidad de un enfoque integral que considere las realidades sociales y tecnológicas actuales. Al proporcionar a los niños, niñas y adolescentes herramientas y apoyo para reintegrarse de manera constructiva en la sociedad, se reduce el riesgo de reincidencia y se fomenta un ambiente más seguro para todos.

En conclusión, la discrecionalidad del ministerio público es crucial para implementar un enfoque equilibrado y compasivo frente a la autoproducción de pornografía infantil por parte de los niños, niñas y adolescentes. Promover la justicia restaurativa no solo aborda los actos específicos cometidos, sino que también se centra en la rehabilitación y la educación de los jóvenes, asegurando que el sistema de justicia penal opere de manera justa y equitativa, adaptándose a las complejidades de la era digital.