



sociedad PARA
asistencia
legal DE PUERTO RICO

Apartado 21490
San Juan, PR 00928-1490
Esteban González 839, Esq. Añasco
Río Piedras, PR 00925
Tels. (787)765-3875/0126 Fax. (787)765-0136

15 de julio de 2009

Hon. José Emilio González
Comisión de lo Jurídico Penal
El Capitolio
P.O. Box 9023431
San Juan, PR 00902-3331

Ponencia de la Sociedad para Asistencia Legal
Proyecto del Senado Número 921

La Sociedad para Asistencia Legal comparece ante esta Honorable Comisión de lo Jurídico Penal (en adelante la Comisión), para oponernos a la aprobación del **Proyecto del Senado Número 921** (en adelante P. del S.921). La medida presentada por el Honorable Senador Fas Alzamora pretende crear una ley en contra del “*textnudismo*”.

El *textnudismo* se refiere al envío de contenido erótico o pornográfico por medio de teléfonos celulares. Como bien reconoce la medida, el uso de la comunicación vía celular o móvil, se ha convertido en una herramienta esencial del diario vivir. La comunicación no se limita a la hablada, sino que se tiene acceso a enviar mensajes e imágenes desde el aparato celular. No obstante, los acelerados avances tecnológicos y la necesidad de atemperar el ordenamiento

legal a dichos cambios, ello debe evaluarse desde una perspectiva progresista y no bajo estándares tradicionales.

En la parte expositiva de la medida se hace alusión a una encuesta realizada en el año 2008 la cual reveló que el 20% de los adolescentes en Estados Unidos reconocen haber enviado mensajes de texto con imágenes de éstos al desnudo, sin embargo, no brindan la fuente de información. Como parte de nuestra preparación e investigación para analizar la medida ante nuestra consideración, encontramos que una de las fuentes de información que arrojó la incidencia del 20% entre los adolescentes fue la revista **Cosmo Girl**. La revista de entretenimiento recopiló los datos estadísticos a través del Internet. Los resultados fueron obtenidos y publicados en un rotativo titulado **Sex and Tech**.¹ Los adolescentes participantes contestaban la encuesta de manera voluntaria. Evidentemente, un estudio empírico que realmente abone a la confiabilidad de la información recopilada debe ser representativo de la población estudiada. A estos fines, debe identificarse un grupo control y uno variante para establecer parámetros de comparación. La encuesta realizada por **Cosmo Girl** no satisface estos estándares de investigación confiable.

Otro de los estudios que encontramos es el **Living and Learning with New Media** el cual fue realizado en colaboración con profesores de la Universidad de de Southern California y la Universidad de California en

¹ The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy . www.TheNationalCampaign.org/sextech.

Berkeley. Los miembros del estudio han cuestionado la veracidad de las encuestas realizadas por **Cosmo Girl** ~~Cosmo Girl~~², aduciendo que entre los 800 adolescentes que entrevistaron y las 5,000 horas de observación de comportamiento de éstos en Internet no reflejó que el 20% de los adolescentes hubieran enviado imágenes de éstos al desnudo a través de mensajes de texto.³

Por el contrario, el estudio costado por la fundación MacArthur, reflejó que los adolescentes utilizan el Internet para extender sus lazos de amistades y que lo hacen como un medio de comunicación continuo con sus amistades. Así también, en la vasta mayoría de los casos, se mantienen en contacto con personas que conocen o son del mismo grupo social. Como resultado del estudio se concluyó que **los avances tecnológicos se han convertido en herramientas culturales de los adolescentes de hoy día.**⁴

Análisis Jurídico del P. del S. 921

La medida ante nuestra consideración infringe el derecho a la intimidad y la vida privada de los menores. Por tanto, el Estado deberá apoyarse en un interés apremiante y la medida seleccionada por éste para adelantarla tendrá que ser la menos intrusiva y oneroso. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido como un interés apremiante la prevención de que los menores

² United Press International, Inc. *Sociologist: Few teens "sexting"*, enero 11 de 2009.

³ Building The Field of Digital Media and Learning, *Living and Learning with New Media*, MacArthur Foundation, (2008).

⁴ Id.

sean explotados sexualmente. Bajo dicha premisa, el Estado puede imponer restricciones a la libertad de expresión.⁵ Por ejemplo, desde la década de 1960, se ha reconocido el derecho de poseer imágenes o fotografías con material obsceno para uso personal, amparado en el derecho a la intimidad. Sin embargo, una de las excepciones a este derecho es la pornografía infantil, debido al interés apremiante que posee el Estado en velar por que no se explote sexualmente a los menores.⁶

La medida ante nuestra consideración pretende evitar las consecuencias que puede enfrentar un menor que envía imágenes de su persona al desnudo a través de mensajes de texto, correo electrónico a otra persona. A nuestro juicio, la propuesta representa un contrasentido, ya que pretende “proteger” al menor penalizándole con la posibilidad ser procesado por una Falta tipo I ó II. Ahora bien, si vamos a criminalizar conductas que son inherentes al desarrollo y madurez del menor, entonces , ¿a quién realmente estamos protegiendo? ¿Cómo el Estado realmente está salvaguardando a un menor que necesita educación y orientación, si en su lugar lo somete a un proceso judicial? Sabido es que la adolescencia es un período crítico para la formación de un joven. Los intereses sexuales y las curiosidades distinguen esa etapa en la vida de todo adolescente que se encuentra entre las edades de 13 a 19 años.

⁵ Vease a los efectos, **New York v. Ferber**, 102 S. Ct. 334102 S. Ct. 3348 (1982).

⁶ Vease a los efectos, **Osborne v. Ohio**, 110 S. Ct. 1691 (1990).

Conviene reseñar que algunos de los casos resueltos por la Corte Suprema del estado de Florida relevante al tema que nos ocupa. En el caso de **A.H. v. State of Florida**,⁷ se procesó a dos menores por haber enviado mutuamente fotos de éstos desnudos teniendo sexo, bajo el delito de **distribución de material pornográfico infantil**. Debemos distinguir que en el precitado caso se le aplicó un estatuto del Código Penal que tipifica como delito la distribución de imágenes o fotografías que tengan contenido pornográfico en donde los participantes sean menores. **La opinión disidente recoge nuestra preocupación, ya que argumenta que la legislación penal que se creó para proteger a los menores, los penaliza por sus propios errores.**

En el caso de **B.B. v. State of Florida**⁸ la Corte de Apelaciones del estado de la Florida reconoció que procesar a dos menores de 16 años de edad por sostener relaciones sexuales es inconstitucional por violentar su derecho a la intimidad bajo la Constitución del dicho estado. El estado de Florida reconoció que existe un interés en velar por las decisiones que tomen los menores sobre su sexualidad **en los casos donde éstos no tengan la madurez para tomarlas de manera pensada**. No obstante, reconoce que en los casos de los adolescentes de 16 años o más el estado está limitado por el interés apremiante de velar por que éstos no sean **explotados sexualmente por adultos**.

⁷ 1 D00-0162, 4th Circuito

⁸ 659 So. 2d 256 (Fla. 1995).

El precitado caso fue reiterado en la opinión disidente del precitado caso de **A.H.**, *supra*,⁹ donde se puntualizó que si dos menores no pueden ser procesados criminalmente por sostener relaciones sexuales de manera consensual, tampoco se le puede procesar por tomarse fotos sosteniéndolas. A tales efectos citamos:

If a minor cannot be criminally prosecuted for having sex with another minor, as the Court held in B.B., it follows that a minor cannot be criminally prosecuted for taking a picture of her self having sex with another minor. Although I don't condone the conduct in this case, I cannot deny that is a private conduct. Because there is no evidence that the child intended to show the photographs to third parties, they are as private as the act they depict.¹⁰

En la parte expositiva de la medida se reconoce que en la mayoría de los casos en que los adolescentes envían imágenes al desnudo de su persona lo hacen a sus parejas. Este acto es una manera de expresar la sexualidad de la población adolescente de nuestro País. En épocas pasadas se comunicaban a través de las conversaciones telefónicas, por cartas o mediante encuentros personales. Hoy día, la mayoría de las conversaciones e interacción se realiza por medio de la tecnología. Es nuestra contención que no puede atribuirse a la tecnología la propagación de la sexualidad entre adolescentes. Sabido es que el período de la adolescencia es uno crítico en la formación de un individuo. Es una etapa donde se despierta el interés por el sexo como parte del proceso natural del desarrollo. Por lo tanto, si es parte de dicho proceso, experimentar

⁹ *Supra*.

¹⁰ **A.H. v. State of Florida**, *supra*.

y tener inquietudes sobre el sexo ¿**por qué penalizarlos en lugar de ofrecerles orientación?**

A nuestro juicio, la medida propuesta se encuentra en contravención del derecho a la privacidad y tener relaciones sexuales que ostentan los adolescente de 16 años o más. El Código Penal de Puerto Rico **no tipifica como delito que adolescentes mayores de 16 años en adelante sostengan relaciones sexuales**, por lo que el **P. del. S. 921** los estaría penalizando por una conducta que no se configura ^{como} delito. ✓

Nos parece importante señalar que el Artículo 142 del Código Penal de Puerto Rico, el cual tipifica la agresión sexual, fue enmendado para aumentar la edad del sujeto pasivo por consideraciones de la Oficina de la Procuradora de la Mujer y grupos religiosos. ¹¹ No obstante, el derogado Código Penal de Puerto Rico de 1974, contemplaba que la edad del sujeto pasivo en el delito de violación técnica era de 14 años. Se consideraba que un menor de 14 años no gozaba de la madurez sico-fisiológica necesaria para consentir a sostener relaciones sexuales. Consideramos que el cambio en la edad protegida resulta contradictorio a la evidente realidad social que vivimos, donde los menores cada vez están más expuestos a información y conocimiento. Lo cierto es, que, si un menor de 14 años era suficientemente capaz para consentir el acto sexual en 1974, sin duda alguna hoy día contará con mayor capacidad. Precisamente,

¹¹ Nevares-Muniz, D., *Nuevo Código Penal de Puerto Rico Comentado*, Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc, Ed. (2004-2005). Comentarios al Artículo 142

considerando esta realidad, hemos planteado que debe revertirse el estatuto al estado de derecho anterior.

En lo concerniente a la medida que hoy nos ocupa, es preciso advertir que el Estado está impedido de legislar de manera que se interfiera con la intimidad del acto. Hacemos eco de las expresiones de la opinión disidente en el caso de **A.H v. State of Florida**, a los fines de establecer que si el Estado no puede procesar a los menores por sostener relaciones sexuales de manera consensual, quedaría igualmente impedido de procesarlos por tomarse fotografías o videos al desnudo.

El **P. del S. 921** tipificaría como Falta de Tipo 1, lo equivalente a un delito menos grave, el hecho que un menor produzca una fotografía o video de su persona o de otro menor y/o adulto que es encuentre en estado de desnudez haciendo uso de un aparato de telecomunicaciones. Según redactada la medida, implicaría que la Falta tipo I se comete con la producción de la fotografía o el video, ya que en la Sección 2 del Artículo 5 de la medida tipifica como Falta de tipo II la distribución, que equivale a un delito grave. A nuestro juicio, si la medida dispone que un menor que produce un video o fotografía de su persona incurriera en un Falta Tipo I, ésta tiene vicios de inconstitucionalidad por contravenir el derecho a la intimidad que cobija al adolescente.

Sabido es que el derecho a la intimidad en Puerto Rico se ha interpretado como uno de factura más ancha que el reconocido en las penumbras de la Constitución de los Estados Unidos. Reiteramos que el interés apremiante que tiene el Estado se limita a velar por **evitar que el menor pueda ser sexualmente explotado**, muy distinto es lo que el adolescente pueda llevar a cabo en la privacidad de su hogar. Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y puede ceder ante intereses ✓apremiante² del Estado. ¹² Por ende, el Estado sólo puede intervenir con el derecho a la intimidad de un menor para evitar que este sea sexualmente explotado.

En el caso de **Pueblo v. Luzón**, ¹³ el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció que el derecho a la intimidad se activa cuando existe una expectativa razonable de intimidad. Para conocer si existe tal expectativa se tendrá que analizar: (1) los derechos ✓de individuales de propiedad; (2) las precauciones ✓tomadas para perpetuar la privacidad; y (3) las características del lugar e inclusive su accesibilidad de observación.

Al aplicar los criterios antes esbozados por el Tribunal Supremo de Puerto Rico a la medida propuesta, es forzoso concluir que un adolescente que se encuentra en la privacidad de su hogar o en un lugar donde exista una expectativa de privacidad y produce fotografías de su persona o de otra

¹² **ELA v. P.R. Tel. Co.**, 114 DPR 394 (1983).

¹³ 113 DPR 315 (1982).

personas al desnudo se encuentra cobijado^{Por} la protección del derecho a la ✓
intimidad.

Debemos denunciar, además, que la Sección 1 del Artículo 5 de la medida ante nuestra consideración, padece del mal de la especulación. Según la parte expositiva de la medida, se pretende proteger al adolescente de la posible distribución de su imagen. A tales efectos señala que:

Esta práctica, la cual a primera vista puede no parecer ofensiva o interpretarse como algo privado entre las partes, tiene un alto potencial de causar daño cuando dichas fotos o videos son reenviados a tercero con el consentimiento del emisor original. Una vez ocurre esto es ilimitada la utilización y fin de dichas fotos o videos.

Considerando el análisis jurídico que precede, si la intención de este Honorable Cuerpo es el de proteger a los adolescentes de la **posibilidad** de que sus imágenes serán divulgadas, la medida no se sostendrá frente a un ataque constitucional. Distinto es el caso, cuando la intención legislativa sea evitar la explotación sexual de un menor, lo cual discutiremos más adelante en nuestra ponencia.

Por otro lado, la Sección 2 del Artículo 5 de la medida ante nuestra consideración tipifica como Falta tipo II en que un menor de 18 años haga uso indebido de un aparato de telecomunicaciones para distribuir fotografías o videos que se presenten a sí mismo o a otro menor en estado de desnudez. A nuestro entender, la intención detrás de dicha sección es la de evitar la

distribución fotografías o videos que contengan imágenes de menores desnudos. Reconocemos que esta sección de la medida responde al interés apremiante del Estado en velar por que lo menores no sean explotados sexualmente, pero entendemos que ya el Código Penal de Puerto Rico de 2004 r tipifica como delito tales conductas. Veamos.

La Sección Cuarta del Código Penal de Puerto Rico de 2004 atiende los delitos de obscenidad y pornografía infantil. El Artículo 154 del Código Penal define la **pornografía infantil como cualquier representación de conducta explícita, todo acto de masturbación, abuso sadomasoquista, relaciones sexuales reales o simuladas, relaciones sexuales desviadas, bestialismo, homosexualismo, lesbianismo, actos de sodomía, o exhibición de órganos genitales llevados a cabo por una persona menor de 18 años.**¹⁴ A nuestro juicio, para que la medida ante nuestra consideración no sufra de vicios de inconstitucionalidad las imágenes que el Estado podría proteger a través del **P. del S. 921** tendrían que considerarse como material pornográfico infantil, a la luz de las definiciones antes provista. De ser consideradas las imágenes como pornografía infantil, serían de aplicación las disposiciones del Código Penal de 2004 tipificadas en su Sección Cuarta.

El **Artículo 155** del Código Penal de 2004¹⁵ tipifica como delito el envío, transportación, venta, **distribución**, publicación o exhibición o posesión de

¹⁴33 LPRA Sec. 4782

¹⁵ 33 LPRA Secc. 4783.

material obsceno. Los elementos constitutivos del delito son los siguientes: (1) enviar, transportar, producir material obsceno; (2) que la producción, envío o transportación se haga con la intención de vender, publicar o exhibir a otros; (3) que esta actuación sea a sabiendas.¹⁶ Tales actos exponen a un individuo a ser procesado por un delito menos grave. Sin embargo, cuando los actos cometidos se lleven a cabo valiéndose de un menor de edad o en presencia de un menor se incurre en delito grave cuarto grado. Por tanto, a base de un análisis de la intención de la medida ante nuestra consideración, es forzoso concluir que un sujeto que produzca imágenes obscenas o pornográficas de un menor de edad, sea en su presencia o valiéndose de éste para su producción, incurre en delito grave de cuarto grado. **A su vez, si el sujeto activo es un menor de edad, será sometido a un proceso de menores bajo la Ley 88 del 9 de junio de 1986, según enmendada, conocida como la “Ley de Menores”, por una falta equivalente al Artículo 155 del Código Penal de 2004.**

Por otro lado, **el Artículo 156** del Código Penal de 2004 tipifica como delito que una persona que a sabiendas promueva, permita, **participe** o directamente contribuya a la creación o producción de **material** o de un espectáculo de pornografía infantil. Dicha conducta a pareja una pena de delito grave de tercer grado. Observamos que el citado Artículo atiende la conducta

¹⁶ Según el Artículo 14 del Código Penal de 2004, a sabiendas implica conocimiento personal, no requiere el conocimiento de la ilegalidad del acto u omisión.

que se pretende prohibir a través de la medida **P. del S. 921** toda vez que quien produzca material pornográfico infantil, equivalente a fotos o videos al desnudo de menores de 18 años, incurre en delito grave de tercer grado y se expone a una pena de reclusión de 3 a 8 años. Del análisis editorial del Artículo 156 se desprende que se le brinda protección a los menores de 18 años en cuanto a la producción de material pornográfico infantil. **El delito proscrib**e la producción de pornografía infantil, la posesión y la distribución, las mismas tres instancias que se pretenden tipificar como faltas en la medida ante nuestra consideración.

A su vez, el **Artículo 157 del Código Penal** ¹⁷ estatuye como delito que toda persona que a sabiendas promueva, permita, participe o directamente contribuya a la creación o producción de material o de espectáculo de pornografía infantil, incurrirá en delito grave de tercer grado. De igual forma, el **Artículo 158 del Código Penal** ¹⁸ establece como delito de tercer grado el que una persona a sabiendas **posea**, imprima, venda, compre, exhiba, publique, traspase o circule material obsceno o pornografía infantil. Por su parte, el **Artículo 159 del Código Penal** estatuye como delito grave de tercer grado que una persona persuada, utilice a un menor a posar, modelar o ejecutar conducta sexual con el propósito de preparar, imprimir o exhibir material de

¹⁷ 33 LPRA 4785.

¹⁸ 33 LPRA Sec. 4786.

pornografía infantil o a participar en un espectáculo de esa naturaleza. Toda persona que cometa estos actos incurrirá en delito grave de tercer grado.

De lo antes expuesto concluimos que el Código Penal de Puerto Rico contempla como delito la conducta que el **P. del S. 921** pretende tipificar como falta, en caso de que el menor sea el sujeto activo. Resulta innecesario legislar para adelantar este propósito, toda vez que los menores que incurran en tales conductas cometerán faltas equivalentes a las penas dispuestas en el Código Penal, siempre que las imágenes se consideren pornográficas. Debemos considerar que si las fotografías, imágenes o videos no presentan un contenido erótico, pornografía infantil u obscenidad no se puede legislar sobre éstas, ya que se estaría violentado la libertad de expresión.

Reiteramos que no es adecuada la adopción de legislación especial cuando ya existe un cuerpo de normas que atiende la materia en cuestión. Una de las razones para enmendar el Código Penal de Puerto Rico de 1974, fue la creación de vasta legislación especial que *sub silentio* enmendó el mismo. No podemos perder de vista, que la norma penal es redactada de manera general para que el Estado, haciendo uso de su *ius ponendi*, pueda brindar protección a los bienes jurídicos que pretende proteger. El acto de legislar de responder a una necesidad de regular una conducta que atenta contra a la población o un interés del Estado. Sin embargo, ello presupone que la conducta no se encuentra regulada adecuadamente y que el interés del Estado es tal que justifica la limitación.

Lo antes expresado es cónsono con las medidas implementadas a nivel estatal en los Estados Unidos de Norte América. A manera de ejemplo, ✓ mencionamos cómo algunos de los estados procesan la conducta de *textnudismo*. Veamos. En Alabama, Arkansa, California, Conneticut e Illinois el *textnudismo* puede ser procesado a través del delito que implica crear, procesar y distribuir pornografía infantil, clasificado como un delito grave. Así también, en los estados de Arizona, Colorado, Kansas y Lousinana se podrá procesar a una persona bajo el estatuto de explotación sexual a menores. En Georgia, el *textnudismo* podrá resultar en cargos criminales por solicitar y corrupción de un menor, además de la posesión de pornografía infantil. Por otro lado, en el estado de Massachusetts, el *textnudismo* se puede procesar cuando la conducta sea indicativa que se realizó con la intención de distribuir de pornografía infantil y explotación de menores. Adviértase, pues, que un número alto de estados reconocen que la conducta del *textnudismo* es una indeseable cuando se convierte en pornografía infantil. A base del interés apremiante reconocido a los estados de velar por el que los menores no sean explotados sexualmente, se tipifica como delito la **posesión, creación o distribución de pornografía infantil.**

Es menester distinguir entre imágenes con contenido sexual frente a la pornografía infantil. Una medida que pretenda procesar a un menor por tomarse una fotografía de su cuerpo desnudo o que la comparta **sin la intención de que la misma sea distribuida, violenta el derecho a la**

intimidad que se le reconoce a toda persona y su derecho a la libertad de expresión. A continuación procedemos a ofrecer un breve análisis constitucional que sostiene nuestra posición. ✓

Desde el caso de **Miller v. California**¹⁹ se definió lo que se considera un material obsceno. Lo primero que se tendrá que tomar en cuenta es si la persona promedio, aplicando los patrones comunitarios **contemporáneos**, encontrará que el material, considerado en su totalidad, apela a un interés lascivo en el sexo.²⁰ Otra consideración es si el material que se pretende aludir como obsceno contiene material que representa una conducta sexual en una forma patentemente ofensiva. Al concluir el análisis constitucional, se tendrá que determinar si, evaluado el material en su totalidad, carece de valor artístico, político, científico o educativo que lo justifique.²¹

No obstante lo anterior, el caso de **New York v. Ferber**²² separa el análisis de material obsceno de la pornografía infantil, en tanto permite que el material no debe de analizarse en su totalidad, sino que puede examinarse por partes. Además, consagra mayor libertad a los estados para **reglamentar** el uso de menores en la pornografía infantil. Así también, en el caso de

¹⁹ 413 US 15 (1973).

²⁰ Id.

²¹ Id.

²² 458 US 747 (1983)

Erznoznick v. Jacksonville, ²³ la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que una medida que pretende regular las imágenes con contenido sexual porque éstas podían ser vistas por menores era inconstitucional por sufrir de amplitud excesiva y por no demostrar un interés apremiante del Estado en proteger a los menores de imágenes que los legisladores entendían que no eran apropiadas. La medida fue invalidada por la Corte Suprema de los Estados Unidos por entender que la misma violentaba la libertad de expresión.

La Unión Americana de Derechos Civiles (en adelante ACLU por sus siglas en ingles) reconoce la ^{de} deseabilidad que los adolescentes estén ✓ conscientes que enviar fotografías de su persona con contenido sexual o al desnudo es una práctica que puede resultar en detrimento de su persona. No obstante, rechazan el uso de legislación que los penalice por alegada conducta de pornografía. ²⁴ Una de las preocupaciones que mueve a la ACLU a oponerse a los casos de “sexting” y legislación al respecto es la probabilidad de que los menores sean sometidos al registro de ofensores sexuales bajo legislación como el “Megan’s Law”. El “Megan’s Law” es una enmienda a una serie de leyes adoptadas en los Estados Unidos con el propósito de proteger a los menores de los ofensores sexuales. La legislación provee la notificación compulsoria a la comunidad.

²³ 422 U.S. 205 (1975),

²⁴ ACLU sues Wyoming County D.A. for threatening teens girl with child pornography charges overt photos of themselves. (3/25/200) www.aclu.org/privacy/youth/39151prs2009325.html.

En los Estados Unidos de Norte América, a pesar de no estar uniformado en todos los estados, se ha adoptado legislación similar al Megan's Law. Al no ser existir una aplicación uniforme de este estatuto se han suscitado casos en donde adolescentes que han enviado fotografías al desnudo o semi-desnudo de su persona, son incluidos en los Registros de Ofensores Sexuales por un período de 10 años.

Lamentablemente, los cuerpos legislativos han abarrotado a los propios menores con legislación que los etiqueta como depredadores sexuales, amparándose en el interés apremiante del Estado de velar por que éstos no sean sexualmente explotados.²⁵ Nos resulta entonces paradójica esta realidad cuando la alegada intención detrás de estas medidas es la protección de los menores. Sabido es que en una sociedad como la nuestra, los delitos o faltas de índole sexual son doblemente castigadas, por el sistema y más crudamente por la sociedad. Convertir a un menor en un ofensor sexual, sólo por experimentar inquietudes que por naturaleza se presentan en la etapa de la adolescencia, resulta una política pública contraria a su mejor bienestar e interés.

Los delitos o faltas de índole sexual entre menores no representan un problema que necesite la creación de legislación especial, ya que el Código Penal tipifica como delito la explotación sexual de los menores. En el 2007, el Negociado de Investigación Federal reveló que menos de 1% de menores de 17

²⁵ Valga señalar que la medida a nuestra consideración no versa sobre la explotación sexual, sino sobre el uso por menores de imágenes de su cuerpo desnudo o semi-desnudo.

años eran considerados ofensores sexuales en los Estados Unidos. En Puerto Rico, la Policía y la Superintendencia Auxiliar de Servicio al Ciudadano reportó tan sólo siete (7) casos en el 2008 donde se le imputó a menores faltas de pornografía. Dicho dato representó una disminución de 46% en contraste con el año 2007. En comparación con la totalidad de faltas cometidas por los menores para el año 2008, la pornografía representó tan sólo el 0.6%.²⁶ Así también, en el 2008 tan sólo se reportó 1 caso de conducta constitutiva de agresión sexual; esto representando una disminución del 98% de los casos, ya que en el 2007 se habían reportado 62 casos.

Es preciso reiterar que la medida ante nuestra consideración no distingue entre enviar mensaje de texto de manera consensual sin la intención de distribuir frente a publicación su contenido en un foro público. Se pierde la expectativa de intimidad cuando la información cae o se divulga en un foro público. La conducta que se pretende regular con la medida en discusión dista de ser una renuncia al derecho a la intimidad, toda vez que se hace con la intención de que sólo se beneficie la persona que recibe la información y no con miras de distribución o publicación.

Por otro lado, resta discutir que la medida pretende, a su vez, regular e imponer la obligación a las compañías de celulares de informar o advertir sobre el alcance de esta ley, tanto en sus campañas promocionales y publicitarias,

²⁶ Datos obtenidos del sitio web de www.tendenciaspr.com (2008).

así como el empaque de dichos productos. El incumplimiento con la obligación que impone el **P. del S. 921** conllevaría la comisión de un delito menos grave.

En el 2008 se resolvió el caso de **Quon v. Arch Wireless Operating Company** ²⁷ resuelto por el Noveno Circuito de los Estados Unidos expresó que los mensajes de textos se encuentran cobijados por el “**Electronic Communications Privacy Act**”. ²⁸ Dicha legislación protege las comunicaciones electrónicas que se encuentran en tránsito. De igual manera, se encuentran protegidos por el “**Stored Communications Act**” ²⁹ la cual protege las comunicaciones electrónicas mientras éstas se encuentran almacenadas. Así las cosas, los mensajes de textos se consideran comunicaciones electrónicas y, por consiguiente, se encuentran protegidos por ambas leyes, lo que impide al proveedor de servicios divulgar el contenido de los mensajes de texto sin el consentimiento de emisor o del remitente.

De lo antes esbozado puede observarse que se ha reconocido el derecho a la privacidad, tanto del que envía el mensaje de texto como de quien lo recibe. En atención a ello, procedemos a analizar bajo nuestro derecho penal sustantivo el reconocimiento del deber de obrar que la medida impondría sobre las compañías que distribuyen, venden o mercadean celulares. Veamos.

²⁷ 529 F.3d 892 (9th Cir. 2008).

²⁸ Electronic Communications Privacy Act, Pub. L. No, 99-508, 100 Stat. 1848, según enmendada en 18 US Code.

²⁹ 18 U. S. C Section 2510-2522

El **P. del S. 921** propone tipificar como delito menos grave que las compañías de celulares no den aviso u orientación sobre las conductas proscritas en dicha medida. Ello implica, pues, exigir responsabilidad penal por omitir determinada conducta o incumplimiento con un deber legal. El concepto de comisión por omisión es aquel que se configura cuando la persona voluntariamente omite o deja de actuar conforme a lo que requiere o impone la ley.³⁰ El Código Penal de 2004 codifica la comisión por omisión en el Artículo 19 donde dispone que:

Los delitos que tipifican la producción de un resultado sólo podrán cometerse por omisión cuando la no evitación del mismo equivalga a su producción activa. Para determinar la equivalencia de la omisión a la acción se tendrá en cuenta la existencia de un deber específico de evitar el resultado y si una acción anterior del omitente hace posible imputarle la situación de riesgo en que se encontraba el bien jurídico lesionado.³¹

Dicha disposición penaliza lo que se ha conocido como la **omisión propia**. Los delitos de omisión propia han sido llamados también como **delitos de mera inactividad**, ya que el acto punible es el no actuar acorde con la conducta que la norma penal impone sobre determinado hecho.³² La responsabilidad penal que se genera con el omitir actuar de acuerdo a como

³⁰ *Id.*

³¹ 33 LPRA sec. 4647.

³² Véase para los efectos; Nevarez Muniz, D., obra citada, pág. 153 y en

ordena el Código Penal no surge de la faz de la codificación de los delitos, sino que la **responsabilidad o el deber jurídico de actuar se deriva de otra fuente que no necesariamente lo es el propio Código. Por lo tanto, para que se configure la comisión de un delito por omisión se requiere que: 1) sea voluntaria; 2) que esté tipificado como delito; 3) que exista un deber de realizar el acto omitido según lo impone la ley.**

A nuestro parecer, la propuesta de tipificar como delito el hecho que las compañías de celulares no cumplan el deber que pretende imponer esta medida, no es la manera más eficaz de atender el interés legítimo del Estado de velar por la seguridad de los menores. A manera de ejemplo, tomamos la compañía de celulares Verizon, la cual en el mes de mayo de año 2009, realizó un seminario acerca de las probabilidades de que los jóvenes utilicen la tecnología como la que ellos distribuyen, de manera que los coloque en riesgo. El seminario fue dirigido a padres, estudiantes, oficiales del orden público, educadores, entre otros. Los participantes tuvieron la oportunidad de conocer los métodos de seguridad en el Internet y en el uso de los celulares. De igual forma, se orientó a padres y educadores sobre cómo hacer los aparatos electrónicos más seguros cuando sus hijos o estudiantes los utilicen.

Este tipo de iniciativa tiene mucho más impacto y adelanta de manera más efectiva el interés legítimo del Estado de velar por la seguridad de sus menores. Muy respetuosamente le sugerimos a esta Honorable Comisión que contemple la posibilidad de fomentar la educación a través de los proveedores

de servicio de celular, en lugar de la creación de un delito donde cuyo único efecto será sobre la compañía que pueda ser procesada en su día. A nuestro juicio, lo sugerido guarda relación con la parte expositiva de la medida, al reconocer que nuestros jóvenes adolescentes no están al pendiente de la actividad legislativa que ocurre en Puerto Rico; así como la necesidad de educar y tomar medidas preventivas para esta conducta alegadamente antisocial. Una sociedad como la nuestra sólo debe recurrir al derecho penal como el último recurso o fundamento para intervenir con las personas. El derecho penal deberá ser fuente cuando los demás medios de control social, sean éstos jurídicos o no, resulten ser ineficientes.³³

Por último, advertimos que, de existir un verdadero problema de *textnudismo* en Puerto Rico, son los padres quienes vienen obligados a velar por la seguridad y el derecho a la intimidad de sus hijos adolescentes. Los padres tienen el deber de educarse en el área de la tecnología de forma tal que puedan orientar a sus hijos, velar por la seguridad y tomar las decisiones razonables como parte del derecho a criarles. Es preciso educar a toda persona que tenga acceso a este tipo de tecnología, ya sea un adulto o menor. Ciertamente, éstos últimos requieren una mayor protección y orientación, pero el criminalizar estas conductas no adelanta adecuadamente este propósito.

³³ Véase para los efectos: Nevarez Muniz, D., obra citada, pág. 8.

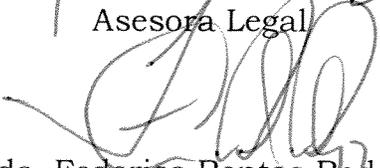
Si bien es cierto que hay conductas delictivas que se configuran haciendo uso de la teconologia, no es menos cierto que los menores gozan de la protección de su derecho a la intimidad y de la libre expresión. Cualquier limitación a estos derechos constitucionales de alta jerarquía, debe superar el escrutinio estricto. A base de nuestro análisis, hemos demostrado que el **Estado no puede sobrepasar dicho crisol apoyándose en meramente en su interés de que los menores hagan uso adecuado de la tecnología.** Reiteramos que la medida no pretende tipificar como falta o delito la creación, producción o distribución de imágenes que se puedan considerar pornografía infantil, lo cual sí es susceptible de regulación. De ser esta la intención legislativa, el Código Penal de Puerto Rico ya recoge, de manera abarcadora, las conductas tipificadas y relacionadas a la pornografía infantil, clasificadas en su mayoría como delitos graves.

Expuesto lo anterior, nos oponemos a la aprobación del **P. del S. 921.** Quedamos a su disposición para cualquier duda relacionada al análisis aquí presentado.


Lcda. Ana María Strubbe Ramírez
Asesora Legal


Lcda. Verónica Vélez Acevedo
Asesora en Legislación
y Educación Jurídica


Lcda. Yahaira Colón Rodríguez
Asesora Legal


Lcdo. Federico Rentas Rodríguez
Director Ejecutivo