



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El artículo 197.7 del Código Penal y su vinculación
con el *Sexting*: análisis y situación actual

*Article 197.7 of the Criminal Code and its relationship
with Sexting: analysis and current situation*

Autora

Andrea Delpón Fernández

Directora

Ana Belén Mayo Calderón

Facultad de Derecho

2021-2022

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: TEMÁTICA ABORDADA, METODOLOGÍA SEGUIDA Y CUESTIONES PREVIAS CON ESPECIAL MENCIÓN AL IMPACTO OCASIONADO POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN LA FIGURA DELICTIVA DEL “SEXTING”.....	Pág.5
2. ANÁLISIS DEL ART. 197.7 CP.....	Pág. 15
2.1.LA REGULACIÓN DEL DELITO DE SEXTING COMO MODALIDAD DE REVELACIÓN DE SECRETOS	
2.2.BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS QUE PUEDEN SER LESIONADOS CON ESTAS CONDUCTAS	
2.3.BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL art. 197.7 CP	
2.4. TIPO BÁSICO DEL “SEXTING” (art. 197.7 CP)	
2.4.1. EL TIPO OBJETIVO	
2.4.1.1. EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO	
2.4.1.2. LA ACCIÓN TÍPICA	
a) El significado de los términos " <i>difundir, revelar o ceder</i> " a terceros	
b) Las nuevas tecnologías: obtención y envío del material	
2.4.1.3. EL OBJETO MATERIAL	
a) " <i>Imágenes o grabaciones audiovisuales de la persona afectada</i> ". El carácter predominantemente sexual de las mismas	
b) " <i>Obtenido con su anuencia</i> ". Voluntariedad en el envío inicial y ausencia de consentimiento en el reenvío	
c) " <i>En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros</i> ". El elemento espacial y la naturaleza privada de la comunicación	
2.4.1.4. EL RESULTADO: " <i>Cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del afectado</i> ".	

2.4.1.5. LA TENTATIVA (arts. 16 y 62 CP)	
2.4.2. EL TIPO SUBJETIVO: EL DOLO Y EL ERROR DE TIPO	
3. LOS TIPOS AGRAVADOS (art. 197.7 apdo. 2º CP)	Pág. 41
3.1. POR RAZÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO	
3.2. POR RAZÓN DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO	
3.3. FINALIDAD LUCRATIVA	
3.4. ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL SEXTING	
3.5. RELACIÓN ENTRE EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 198 CP Y EL DELITO DEL ART. 197.7 CP	
4. CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PRESUPUESTOS PROCESALES	Pág. 44
5. PENALIDAD DEL “SEXTING”	Pág. 45
5.1. PENALIDAD DEL TIPO BÁSICO (art. 197.7 CP) Y AGRAVADO (art. 197.7 apdo. 2º CP)	
6. UNIDAD Y PLURALIDAD DELICTIVA	Pág. 47
6.1. EL CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS	
6.2. EL DELITO CONTINUADO DE SEXTING	
7. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL ART. 197 quinquies EN RELACIÓN CON EL 31 bis CP	Pág. 49
8. CONCLUSIONES	Pág. 50
I. BIBLIOGRAFÍA	Pág. 52
II. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	Pág. 57
III. APÉNDICE NORMATIVO	Pág. 58

ABREVIATURAS Y SIGLAS EMPLEADAS

Apdo.: apartado

Apud.: citado por

art., arts.: artículo, artículos

CE: Constitución española

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial

Coord., Coords.: Coordinador/es

CP: Código Penal

DDFF: Derechos Fundamentales

Dir., Dirs.: Director/es

EEUU: Estados Unidos

FGE, CFGE: Fiscalía General del Estado, Circulares Fiscalía General del Estado

LO: Ley Orgánica

LOPCDH: Ley Orgánica de Protección civil del Derecho al honor

Op cit., Loc.cit.: opere citato, loco citato

OSV: *Online sexual victimization*

RRSS: Redes sociales

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

SJPII: Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

STC, SSTC: Sentencia/s Tribunal Constitucional

STS, SSTs: Sentencia/s Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TIC, TICs: Tecnologías de la Información y la Comunicación

TS: Tribunal Supremo

Vid.: Vide

1. INTRODUCCIÓN: TEMÁTICA ABORDADA, METODOLOGÍA SEGUIDA Y CUESTIONES PREVIAS. ESPECIAL MENCIÓN AL IMPACTO OCASIONADO POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN LA FIGURA DELICTIVA DEL “SEXTING”

La comisión de los ciberdelitos en general y de figuras como el *sexting* en particular, está incrementando durante los últimos años. Factores como la accesibilidad a las conocidas como TICs hace que cada vez más delincuentes y cada vez a edades más tempranas, realicen esta clase de conductas delictivas con un sentimiento de *quasi* impunidad, (escondiéndose bajo acrónimos o nombres de usuario y refugiendo su autoría en el anonimato que proporcionan las redes sociales). Su novedad, impacto socio-jurídico y relativamente reciente tipificación, hacen de esta figura penal una cuestión altamente relevante a nivel doctrinal y social. Es por la actualidad y relevancia del tema por lo que decidí escoger, investigar y estudiar esta materia. Centraré este trabajo en la figura del *sexting*, aunque bien es cierto que resultará necesario relacionar esta conducta con otras figuras similares.

En lo que a la metodología del presente trabajo respecta, se va a exponer un detallado análisis teórico, doctrinal y jurisprudencial, acerca de las claves que definen a la figura criminal del *sexting*, de la mano del pensamiento de autores referentes en la materia, sentencias y pronunciamientos de nuestros tribunales (especialmente del TS), y conclusiones a criterio personal extraídas de la indagación y estudio de la materia (con el apoyo de supuestos prácticos ficticios y otros reales que nos ayuden a visualizar mejor algunos contenidos de este trabajo). Para la búsqueda e investigación de la doctrina me he servido de herramientas como manuales en formato físico, manuales consultados en formato PDF y digital, o plataformas de búsqueda como Catálogo Roble. Para la búsqueda de jurisprudencia, ha sido fundamental la plataforma del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). Como cierre del trabajo se incluyen las conclusiones que he creído más pertinente reseñar ya que, personalmente, son las ideas clave que me han quedado tras realizar el presente trabajo (además de todo lo aprendido). Asimismo, por orden alfabético se incluye la bibliografía empleada y cronológicamente aparece ordenada toda la jurisprudencia y legislación utilizada.

Vayamos en primer lugar con la introducción normativa del delito de sexting en el CP español, tomando la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo como punto de

inflexión. En nuestro país, el *sexting* está regulado en el CP pero no siempre estuvo tipificado. De hecho, su entrada en la regulación penal española es relativamente reciente, ya que se llevó a cabo con la reforma introducida a mediados del año 2015. Popularmente, la conducta delictiva que consiste en reenviar sin consentimiento contenidos sexuales a través de un medio digital se conoce como “*sexting*”. En el ámbito penal se trata de una conducta que puede ser constitutiva del tipo delictivo regulado en el art. 197.7 CP. Esta tipificación está repleta de controversia, debido a que un buen sector doctrinal llama “*sexting*” a la conducta recogida en el art. 183 ter. 2 CP¹, mientras que otros (incluido el TS) se refieren en numerosas ocasiones con la expresión “*sexting*” a la modalidad de revelación de secretos recogida en el art. 197.7 CP. Por eso aclaro que me voy a referir de forma predominante en este trabajo al art. 197.7 CP (sin que ello suponga excluir menciones al art. 183 ter. 2 CP). En este sentido, señala ROMEO CASABONA que cuando las imágenes captadas en la intimidad con consentimiento del sujeto pasivo tienen un contenido sexual, guardan cierta relación con el *sexting*, en la jerga anglosajona². Ahora bien, con el ánimo de diferenciar ambos preceptos, autores como BOLDOVA PASAMAR sostienen que el delito del art. 183 ter. 2 CP) quedará consumado aunque no se produzca el envío o muestra y sí solo la solicitud³. En el delito de *sexting* que se analiza en este trabajo se consuma con el reenvío ulterior y no consentimiento de los materiales que, en inicio, fueron obtenidos de manera totalmente lícita, traicionando así la confianza del sujeto pasivo y lesionando su intimidad.

En caso de reenviar los contenidos, la persona que lo lleve a cabo se convierte en autor de un delito que atenta contra el derecho a la intimidad, además de poder lesionar esta conducta otros bienes jurídicos, como la propia imagen, el honor o la integridad moral. Estamos, por tanto, ante un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

¹ Artículo 183 ter. 2 CP: “El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

² ROMEO CASABONA, C.Mª., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Comares, Granada, 2016, p. 268.

³ BOLDOVA PASAMAR, M., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Comares, Granada, 2016, p. 207.

Ahora que sabemos más concretamente de qué conducta delictiva hablamos y cuál es su ubicación en nuestro CP, cabe preguntarse sobre ciertos aspectos: ¿por qué se introdujo en el año 2015?; ¿Cabría englobar el desvalor de lo injusto en el delito de trato degradante?; ¿Era procedente introducir un tipo penal independiente?; ¿Hasta dónde alcanza el bien jurídico protegido en este delito?

Como inicio a nuestras respuestas, procedo a relatar brevemente el caso *Olvido Hormigos*, que es el que dio lugar a que el legislador introdujera este tipo delictivo en el Código penal. Este caso, precursor de muchos otros que se han dado con posterioridad, tuvo una gran repercusión social y legislativa por suponer en nuestro país, una de las primeras manifestaciones de este tipo criminal. La difusión de un vídeo de marcada índole sexual de la *ex* edil del PSOE llevó al Gobierno de Mariano Rajoy a impulsar una reforma *ad hoc* en el Código Penal para castigar con prisión esta práctica.

Septiembre de 2012. Una concejal de Los Yébenes, Olvido Hormigos, salta a los medios por la difusión de un vídeo erótico que le envía al futbolista con el que mantiene una relación extramatrimonial. La misma persona, traicionando su confianza, lo divulga entre sus contactos con la intervención del alcalde del municipio toledano.

Hasta ese momento (2015), la ley penal exigía para vulnerar la intimidad de una persona que otra "se apoderase" de sus mensajes. Como nadie le había robado el vídeo, (sino que lo había enviado ella misma y su obtención había sido lícita), su caso quedó impune⁴, pese a que el mismo se difundió sin su consentimiento. En el caso expuesto vemos que concurre el denominado "*SEXTING PRIMARIO*" (envío voluntario por parte de Olvido Hormigos de un vídeo propio de contenido sexual a través de medios digitales), que no constituye un ilícito penal, y el conocido como "*SEXTING SECUNDARIO*", consistente en una divulgación por parte de quien en origen recibe el contenido sexual⁵, que da lugar, si se dan el resto de los elementos exigidos por el tipo, al delito del art. 197.7 CP: Ese reenvío posterior se realiza sin consentimiento de la víctima y supone la verdadera conducta tipificada como delictiva.

⁴ Auto Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), el 15 marzo de 2013. Roj: AJPII 17/2013 – [ECLI:ES:JPII:2013:17A].

⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes", 2017, p. 3.

Lamentablemente los ejemplos de *sexting* no son algo aislado en nuestro país, ni mucho menos terminaron en el caso de Olvido Hormigos. En el año 2019 una mujer se quitó la vida en Madrid después de que se compartiera un vídeo sexual suyo.

Verónica, 32 años y madre de dos niños. Trabajaba en Iveco, una empresa de automoción. Un vídeo sexual suyo, (grabado hace cinco años), se difundió de manera masiva entre sus compañeros de trabajo en menos de una semana. Ante la presión y el estigma que eso le produjo a nivel profesional y personal, Verónica terminó por llevar a cabo una conducta autolítica, suicidándose en el año 2019.

Vemos como las consecuencias personales y psicológicas del *sexting* para la víctima que lo sufre pueden llegar a ser extremadamente graves y difíciles de sobrellevar.

Es preciso a continuación, delimitar bien lo que significa el concepto de “*sexting*” y los componentes que deben confluír para estar ante este fenómeno criminal, distinguiéndolo de otros tipos penales.

Este término anglosajón supone la fusión de dos conceptos: “*sex*” (sexo) y “*texting*” (escribir mensajes). De esta forma, podemos determinar que el “*sexting*” supone el envío de contenido de índole sexual a través de plataformas de mensajería instantánea o redes sociales.

Sin embargo, y concretando su fenomenología, el carácter delictivo del *sexting* no radica en el envío primario de tales contenidos, sino en el reenvío secundario de los mensajes, fotografías, vídeos o cualquier otra clase de comunicación, sin el conocimiento ni el consentimiento de la persona que en un primer instante envió tales contenidos.

La difusión no consentida de contenido audiovisual estático (fotografías) o dinámico (vídeos), constituye la figura del *sexting* pero el campo de los delitos cibernéticos de índole sexual es verdaderamente amplio. Es preciso, por ello, delimitar cuándo nos encontramos ante un supuesto de *sexting* y cuándo estamos ante otras figuras que, aunque parezcan similares en origen o contenido, cuentan con numerosas diferencias y particularidades que conviene conocer.

Es importante valorar conjuntamente la lesión de la intimidad como bien jurídico protegido por el legislador en el art. 197.7 CP y la lesión de la integridad moral (en delitos como el de trato degradante del art. 173.1 CP⁶). Este planteamiento responde a que atacar la intimidad de un individuo puede suponer también una lesión a su integridad moral. La cuestión es si se dañan ambos bienes jurídicos (intimidad e integridad moral) de forma simultánea o simplemente se lesiona uno de ellos. Esta duda interpretativa nace precisamente con el mediático caso Olvido Hormigos (antes explicado). Más adelante, en sede de concursos, detallaré el planteamiento respecto a la lesión de la integridad moral en el *sexting*.

Por otra parte, es necesario delimitar el delito del art. 197.7 CP del delito tipificado en el art. 183 ter 2 CP, que también es denominado “*sexting*” por la doctrina y la jurisprudencia. El bien jurídico protegido por este último delito se circunscribe a la indemnidad sexual de los menores de 16 años, mientras que en el delito tipificado en el art. 197.7 el sujeto pasivo puede ser tanto un menor de edad como un mayor de edad. La libertad sexual se protege respecto a aquellos sujetos que tienen la capacidad para decidir sobre su vida sexual, esto es, a aquellos que ya han alcanzado la mayoría de edad sexual (fijada en nuestro Código Penal en los 16 años⁷), mientras que la indemnidad sexual queda circunscrita a no involucrar al menor en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente expresado, con el riesgo que ello puede conllevar para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de los menores⁸.

Es en el apdo. segundo del art. 183 ter. CP se tipifica el delito de *sexting* como conducta que consiste en embaucar al menor de 16 años a través de medios telemáticos para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. Como señala la doctrina⁹, el delito se consuma con la mera solicitud.

También será necesario analizar las diferencias entre *sexting* y *sextorsión*. Tomando como base la etimología del término, cabe decir que “*sextorsión*” nace de

⁶ Artículo 173.1 CP: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁷ DOLZ LAGO, M.J., “Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015” Diario La Ley, Nº 8758, Sección Doctrina, 10 de Mayo de 2016.

⁸ Vid. Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Nº185/2016, de 15 de marzo.

⁹ BOLDOVA PASAMAR, M., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial...op. cit. p. 207.

conjugar dos conceptos anglófonos: “*sex*” (sexo) y “*extorsión*” (como chantaje en general o chantaje económico y la implícita falta de consentimiento). La principal diferencia entre ambos tipos penales es el ánimo o la finalidad buscada por el victimario: el lucro. La *sextorsión* se tipifica en nuestro CP en el art. 197.7 apdo. 2º CP como tipo agravado del *sexting*, que se aplica cuando los hechos descritos en el apartado primero se hubieran cometido con una finalidad lucrativa. Como caso ejemplificativo de *sextorsión* cabe mencionar el supuesto real (ocurrido en Canadá) de Amanda Todd¹⁰.

Por otra parte, es necesario analizar la relevancia penal de lo que se denomina “*revenge-porn*”, «*pornovenganza*», «*pornografía de venganza*», «*porno vengativo*» o «*pornografía vengativa*». Con estos términos se suele denominar a la acción mediante la cual una ex pareja de la víctima publica fotografías y/o videos de carácter sexual sin su consentimiento en las redes sociales. A diferencia de la *sextorsion* (finalidad lucrativa) o del *sexting*, el *revenge-porn* tiene como finalidad la exclusiva degradación pública de la víctima.

Un caso real en el que concurre dicha finalidad es el de Jessica Logan, una joven que cometió autolisis al quitarse la vida con 18 años, después de que su ex pareja se vengase por la ruptura enviando a 30 compañeros de colegio fotografías de Jessica desnuda. Ese comportamiento generó bromas, insultos y un auténtico escarnio público, llegando a empapelar las paredes de su escuela con las mencionadas fotografías (a modo de *gigantografía*). En este lamentable caso real se puede apreciar como la venganza buscada compartiendo el material erótico tiene una finalidad humillante o vejatoria. Este caso resulta también interesante en la medida en que nos aproxima de forma inicial al atentado contra la integridad moral, al que me referiré posteriormete. En palabras de ARMAZA ARMAZA¹¹, el trato degradante (descrito en el art. 173.1 CP), debe dar lugar a que se produzca, de forma directa, el menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, es decir, un sentimiento de humillación o vejación. El mismo autor pone como ejemplos los actos de acoso escolar (bullying o cyberbullying) y hace extensiva la

¹⁰ Amanda Todd (1996- 2012) era una chica canadiense de 15 años, que sufrió acoso, agresiones físicas y cyberbullying que la llevaron al suicidio. Recibió amenazas de forma repetida por parte del hombre que la convenció para desnudarse por webcam cuando tenía 12 años y el mismo que difundió su imagen desnuda durante los siguientes 3 años. Los respectivos cambios de residencia y colegio no impidieron a sus acosadores seguir publicando su foto en las redes sociales y difundiéndola en sus nuevas amistades. Amanda buscó refugio en las drogas y el alcohol. Terminó suicidándose.

¹¹ ARMAZA ARMAZA, E. J., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Comares, Granada, 2016, p. 162 y 163.

aplicación del precepto a hechos que podrían ser subsumidos en otros tipos penales que no resultan idóneos o suficientes para sancionar el aspecto vejatorio (atentado contra la integridad moral) de la conducta, como podría, en mi opinión, la conducta de *sexting* tipificada en el art. 197.7 CP.

Por último, es necesario analizar la relación del tipo delictivo del art. 197.7 con el delito de injurias (art. 208 y ss. CP). Pues bien, catalogar tal delito como una modalidad de injurias supondría asumir que el bien jurídico protegido sería el honor¹². Como el *sexting* parte de un material que, en origen, fue obtenido con el consentimiento de la víctima, el TC considera que: “*ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos*”¹³.

Por otra parte, hay que recordar que los citados bienes jurídicos pueden ser protegidos por otros sectores del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, son protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁴, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal¹⁵ o la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹⁶.

¹² Importante en este sentido la evolución terminológica que ponen de manifiesto autores como MAYO CALDERÓN, B., “Derecho penal. Parte especial: Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”, Comares, 2016, p. 288.

¹³ Vid. Fundamento jurídico tercero de Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1983, de 14 de junio.

¹⁴ El art. 7 de la mencionada ley hace referencia al concepto de “intromisión ilegítima”: 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo [...]; 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

¹⁵ El artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal hace referencia a qué se consideran como datos “especialmente protegidos” o “sensibles, señalando que los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. se precisa de un consentimiento expreso para difundir o ceder datos que (en lo que atiende a la figura penal aquí analizada), atañen a la vida sexual del afectado.

¹⁶ Si acudimos al precepto contenido en el art. 16 de la mencionada Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, encontramos que se podrá exigir responsabilidad a los proveedores de estos servicios tecnológicos o electrónicos cuando los mismos sean conocedores de forma efectiva de que una actividad o información almacenada en sus bases de datos es ilícita o bien lesiona derechos de un tercero que son susceptibles de indemnización. También cuando no actúen con la diligencia debida para retirar esos mismos datos o hacer imposible el acceso a los mismos, de nuevo, cuando tomen conciencia de lo ilícito del material.

Por otra parte, hay que señalar que, para prevenir y proteger a las personas de comportamientos ciberdelictivos como los expuestos, se han adoptado algunas medidas jurídicas de prevención y protección frente a este tipo de *ciberdelictividad*.

Desde la óptica estrictamente jurídica, hay que destacar el *Plan Estratégico contra la Ciberdelictividad*. A este respecto, contamos con algunos datos¹⁷ aportados por el Estudio sobre Criminalidad en España realizado por el Ministerio del Interior. En paralelo con las precisiones ya efectuadas respecto de la Pandemia del COVID-19, en el periodo comprendido entre 2016 a 2020 se constata el aumento de los delitos informáticos. De concreto, en 2020 se han conocido un total de 287.963 hechos, lo que supone un 31,9% más con respecto al año anterior, todo motivado por un aumento de la actividad de los operadores críticos en el ámbito del ciberespacio, como resultado de las diferentes restricciones derivadas de pandemia de la COVID-19.

No solo a nivel jurídico existen vías de prevención y protección. En la esfera social, las personas a título individual podemos adoptar ciertas conductas tendentes a evitar la proliferación o perpetuación de estos delitos. Ante estas conductas podríamos pensar inmediatamente en denunciar, pero estamos ante delitos de carácter semiprivado, perseguibles solo mediante la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 201.1 CP): Por ello, la mejor forma de actuar para prevenir y frenar comportamientos de *sexting* pasaría por avisar a la persona de quien recibimos los contenidos de que si los ha compartido con otros sujetos está cometiendo un delito. También se debe hacer un aviso a la víctima (en caso de conocerla) para que sea consciente de la situación y, entonces sí, poder denunciarlo. Por supuesto, la cadena de envíos debe frenarse, por lo que el comportamiento en ningún caso recomendable es continuar con la difusión de los contenidos sexuales que recibamos.

El impacto del *sexting* es tan amplio que no queda solo en lo penal, sino que se hace extensivo como es evidente a la esfera social, personal y profesional de quien lo sufre, creando sobre el *sexter* un estigma muy difícil de borrar (recordemos nuevamente el citado Caso de Olvido Hormigos). Tristeza, nerviosismo, abatimiento, ansiedad y desapego emocional son solo algunas de las consecuencias mentales más comunes en

¹⁷ ESTUDIO SOBRE LA CIBERDELICTIVIDAD EN ESPAÑA. De la última edición existente, 2020: Ministerio del Interior. Gobierno de España. NIPO 126-19-018-9. Sistema Estadístico de Criminalidad: Datos de los cuerpos policiales. Ministerio del Interior. Gobierno de España.

este tipo de casos¹⁸. Las consecuencias psicológicas en las víctimas pueden variar desde baja autoestima, disminución del rendimiento o alteraciones del sueño hasta implicaciones más severas como la depresión, ansiedad y la ideación suicida, especialmente en adolescentes y jóvenes adultos¹⁹. La cultura de la prevención y protección debe partir originalmente de cada uno de nosotros, más allá de los protocolos o medidas que jurídicamente se puedan aprobar. No facilitar datos o contenidos de carácter íntimo es, evidentemente, la primera forma de evitar que podamos vernos involucrados en este tipo de conductas. Sin embargo, cautelas como la reflexión e información antes de publicar o enviar contenidos en redes sociales, determinar cuál debe ser su visibilidad y a quién las mostramos, o no reenviar los mensajes son pautas que conviene recordar.

Concluyo esta introducción con una especial mención al impacto ocasionado por la pandemia del COVID-19 en la figura delictiva del *sexting*. La Pandemia ocasionada por el coronavirus SARS-CoV-2, ha provocado numerosos cambios bruscos y repentinos en nuestras vidas, llegando a incrementar la comisión de algunos delitos. El *sexting* ha sido buen ejemplo de esto.

El incremento en su perpetración se debe a algunos factores (algunos de los cuales ya han sido abordados): por desgracia se trata de un delito corriente hoy en día, cuyo auge va *in crescendo*. Tal popularidad responde (entre otras cuestiones), a un gran desconocimiento sobre sus consecuencias legales y, también, a la facilidad con la que este puede ser cometido. El medio comisivo principal, (como luego se detalla en materia de tipicidad), se basa en cualquier dispositivo tecnológico que permita un reenvío de contenidos multimedia o audiovisuales.

En la actualidad, el uso de los teléfonos móviles inteligentes (*Smartphones*) está muy extendido y por ello no es de extrañar que se trate de un tipo penal muy fácil de cometer (por la variedad y la accesibilidad a sus medios). Todo se conjuga con la despreocupación generalizada existente en la sociedad acerca de la pérdida de dominio sobre los contenidos enviados a través de las redes sociales.

¹⁸ GÁMEZ-GUADIX, M., DE SANTISTEBAN, P. & RESETT, S. (2017). Sexting among Spanish adolescents: Prevalence and personality Profiles. *Psicothema*, 29, 29-34.

¹⁹ GASSÓ, A. M., MUELLER-JOHNSON, K., & MONTIEL, I. (2020). Sexting, online sexual victimization, and psychopathology correlates by sex: depression, anxiety, and global psychopathology. *International journal of environmental research and public health*, 17(3), 1018.

Es importante recalcar estos extremos, puesto que durante la pandemia no se pudo salir de nuestros domicilios durante meses. Ello supuso graves desafíos para nuestras vidas cotidianas, pero no fue impedimento para que delitos como este siguieran ejecutándose. No solo no dejaron de producirse sino que su comisión se ha visto notablemente incrementada. Recapitulando esta cuestión, podemos decir que, en especial durante el confinamiento, el *sexting* realizado de manera voluntaria y consensuada entre personas adultas con libertad de elección y decisión, puede ser concebido como una forma más de “sexualidad” o “expresión sexual”.

Se puede ver mejor gracias a la comparativa gráfica que seguidamente se muestra:

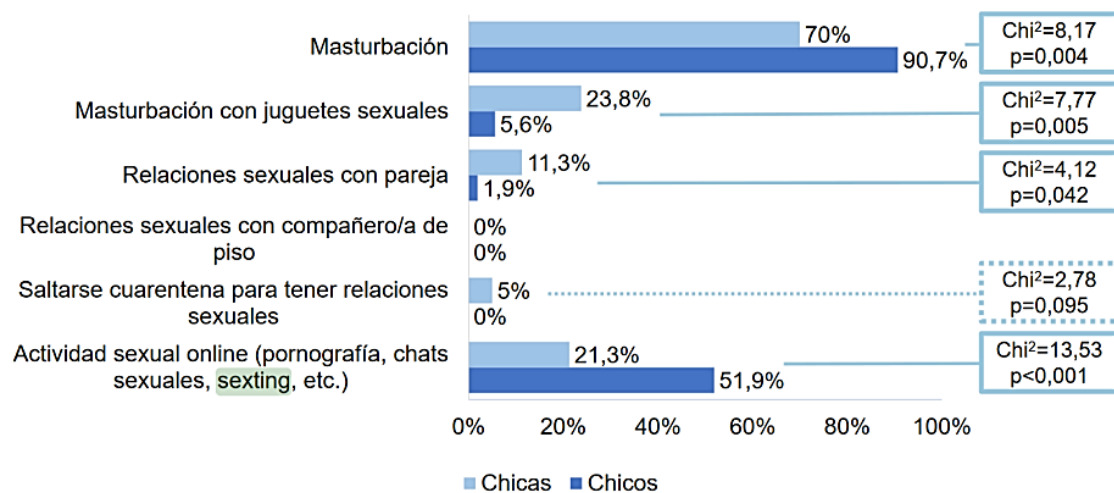


Figura 1. Conductas sexuales realizadas durante el confinamiento²⁰

Sin embargo, esto no puede hacernos perder de vista que la práctica de *sexting* es (criminológica y penalmente hablando) una conducta de riesgo que actúa como umbral para otras formas de victimización sexual online (OSV), como el *sexting coercitivo* o *sextorsión*, la difusión in consentida de *sexting*, la pornovenganza o *revenge porn*, o el *online grooming*²¹, siendo el impacto especialmente lesivo sobre jóvenes y adolescentes.

²⁰ BALLESTER-ARNAL, R., NEBOT-GARCIA, J. E., RUIZ-PALOMINO, E., GIMÉNEZ-GARCÍA, C., & GIL-LLARIO, M. D. (en prensa). “INSIDE” Project on Sexual Health in Spain: The Impact of the Lockdown Caused by COVID-19. Sexuality Research and Social Policy.

²¹ AGUSTINA, J. R., & GÓMEZ-DURÁN, E. L. (2016). Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, (22), 21-47. Gámez-Guadix, M., Almendros, C., Borrajo, E., & Calvete, E. (2015). Prevalence and association of sexting and online sexual victimization among Spanish adults. Sexuality Research and Social Policy, 12(2), 145-154.

2. ANÁLISIS DEL ART. 197.7 CP

2.1.LA REGULACIÓN DEL DELITO DE SEXTING COMO MODALIDAD DE REVELACIÓN DE SECRETOS

Tras haber analizado con detalle las características de este fenómeno criminal, tenemos delimitado que hay un emisor inicial de la información de carácter sexual y un receptor inicial de la misma. Este envío y recepción inicial es lo que se conoce como “*sexting primario*”.

El requisito de la anuencia y voluntariedad parece corresponder más con la conducta de *sexting primario* (conducta que no constituye *per se* ilícito penal como ya se ha apuntado). No obstante, su incidencia es fundamental puesto que la ausencia de esta nos conduciría a otros tipos penales con penas superiores (como el tipo básico de revelación de secretos del art. 197.1 del Código Penal).

Con “*anuencia*” el legislador hace referencia a la obtención del material y no a la grabación de este. Cuestión relevante es que, en la práctica, no tiene por qué darse la anuencia en ambos momentos (grabación y envío). Pensemos por ejemplo en una pareja que se graba manteniendo relaciones sexuales: si uno de ellos desconoce que está siendo grabado, la grabación sería ilícita. Sin embargo, si posteriormente es conocedor de la grabación y pide que le sea enviada, la obtención del material es totalmente lícita.

Tras ese envío y recepción iniciales del contenido íntimo, el que era receptor inicial del material puede entonces decidir difundirlo o enviarlo a terceras personas sin el consentimiento o conocimiento de quien hasta ahora era el emisor inicial.

Es entonces cuando hablamos de acciones que constituyen el llamado “*sexting secundario*”, lo que sí se torna en una figura delictiva. Por ello, en un sentido criminológico, ya no hablaremos de emisor y receptor, sino de víctima o *sexter* (la persona cuyos contenidos sexuales se han divulgado sin su consentimiento a terceros) y victimario (el sujeto emisor de dichos contenidos a terceras personas sin disponer de autorización alguna para ello). El primero es el sujeto pasivo del delito y el segundo el sujeto activo. Como ya se ha señalado, el delito de *sexting* fue introducido en el Código penal en la reforma del año 2015 y regulado una modalidad de “*delito de*

descubrimiento y revelación de secretos”, en el apartado séptimo del art. 197 del CP, con el siguiente tenor literal²²:

Artículo 197 CP

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

La tipificación del *sexting* como conducta punible (merecedora de reproche penal), ya forma parte consolidada de nuestro ordenamiento jurídico. Empero, no siempre ha sido así. Como sabemos, con la entrada en vigor de la LO 1/2015²³, modificó el CP en algunos de sus contenidos, introduciendo el tipo del *sexting*.

Buen argumento del motivo por el cual se realizaron tales variaciones, lo encontramos en el Preámbulo de la citada norma, que de forma expresa reza:

“Se modifican²⁴ los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. (...)

Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”.

Teniendo en mente la mencionada reforma, es momento de analizar de qué forma se ha pronunciado al respecto el TS. Tal aproximación a sus criterios, la realizó a través de uno de sus pronunciamientos más recientes sobre la revelación de secretos, y que además supone el primer dictamen expreso del Alto Tribunal acerca del *sexting*.

²² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁴ La reforma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal. Ciento seis LO 1/2015. Se modifica el artículo 197 CP.

En esta sentencia, el tribunal se pronuncia por primera vez sobre el artículo 197.7 del Código Penal, introducido tras la reforma de 2015.

En la redacción del tipo se incluyeron conceptos jurídicamente indeterminados (tales como autorización, grabaciones audiovisuales, anuencia, domicilio o menoscabo grave de la intimidad), que han sido paulatinamente concretados por doctrina y jurisprudencia.

Cuando leemos lo redactado en ese apartado séptimo nos damos cuenta de que no se trata de una técnica jurídica demasiado depurada, sino todo lo contrario. A mi criterio, el sistema empleado para dar forma a la formulación del tipo es defectuoso. Se produce al final del mismo un fenómeno lingüístico conocido como “*tautología*”, (tratándose este de la reiteración innecesaria de un pensamiento usando las mismas o similares palabras y que, por tanto, no avanza información). Ello es perceptible en la parte final del precepto, donde se puede leer “*intimidad personal de esa persona*”.

A juicio de la Sala Segunda, “*la defectuosa técnica jurídica que inspiró la redacción del precepto dificulta la exégesis y para ello solo basta reparar en el sabor tautológico del último inciso del art. 197.7, en el que se alude a la «intimidad personal de esa persona», como si existiera una intimidad no personal y, por tanto, desvinculada de una persona*”. La sentencia referenciada (vid. STS 492/2020²⁵), con ponencia del presidente de la Sala, (Manuel Marchena), explica que aunque el art. 197.7 CP exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», esa frase “*no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor, sino que lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos*”.

Con respecto a los conceptos jurídicos indeterminados, el TC ha señalado (STC 62/1982) que «*no vulnera la exigencia de lex certa que incorpora el art. 25.1 CE la regulación de supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y*

²⁵ STS (Sala 2ª) de 24 de febrero de 2020, rec. nº 3335/2018 – [ECLI:ES:TS:2020:492]

de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»²⁶.

Volviendo al Alto Tribunal, señala el TS que con la consideración del *sexting* como delito específico dentro de la revelación de secretos, “*se trata de proteger a los menores, y también a los adultos, con el tipo penal del art. 197.7 CP y evitar la difusión, exhibición o revelación a terceros de fotografías que les comprometan en el terreno de su privacidad, intimidad, y en este caso de su propia sexualidad, ya que la víctima solo cedía la imagen al recurrente pero sin autorizar su difusión a terceros*”²⁷.

De igual forma, (y en segundo lugar), nuestro TS y su Sala Segunda apuntan en la STS 223/2021 que “*el contenido de las fotografías no desvela solo una desnudez, aunque ello ya hubiera conllevado, también, el tipo penal, como destacamos en la sentencia de esta Sala del TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018, sino actos de contenido sexual, y, por ende, pornográfico en la que se implica a un menor, lo que permite colmar el reproche penal, en este caso por la vía más adecuada del art. 197.7 CP*”.

En cualquier caso, hasta la mencionada STS 492/2020, el TS no se había pronunciado acerca de la interpretación de diversos extremos problemáticos para gran parte de la doctrina dentro de la redacción y tipificación del art. 197.7 CP.

A criterio personal, de la lectura de la resolución citada, personalmente hago un balance positivo en la medida en que el TS colma con sus criterios una serie de lagunas interpretativas o legales acerca de la aplicación y consideración del fenómeno criminal del *sexting*. Al fin y al cabo, ese es el cometido primordial de la jurisprudencia en España: *complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*²⁸.

2.2. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS QUE PUEDEN SER LESIONADOS CON ESTAS CONDUCTAS.

²⁶ STC 62/1982.

²⁷ Roj: STS 223/2021 – [ECLI: ES:TS:2021:223].

²⁸ Vid. art. 1.6 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

El bien jurídico protegido por este delito es el mismo que en los otros tipos delictivos de *descubrimiento y revelación de secretos*”: la intimidad personal²⁹.

El propio tenor literal del precepto exige que exista “un menoscabo grave a la intimidad personal” del individuo afectado. Así pues, vamos a concretar a qué se refiere el legislador penal cuando nos habla de “*intimidad personal*”.

En primer lugar hay que señalar que a este bien jurídico hace referencia el art. 18.1 CE³⁰, que señalada que “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. Ante la imprecisa y genérica definición que hace la CE acerca de estos bienes jurídicos, su desarrollo se lleva a cabo mediante la LOPCDH³¹.

Sobre el derecho a la intimidad, apunta REBOLLO DELGADO³² que se ha de tener en cuenta que el derecho a la intimidad y el derecho a la intimidad personal parten de la misma fundamentación, “*un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana*”. Sin embargo, la conducta de *sexting* podría afectar también a otros bienes jurídicos, lo que nos obligará a plantearnos la posibilidad de un concurso con otros delitos.

Así, estas conductas podrían afectar a la integridad moral, que la doctrina contempla como “*el nacimiento en el sujeto pasivo de un sentimiento de humillación o envilecimiento ante los demás o ante sí mismo*”³³.

También, será preciso delimitar el bien jurídico intimidad personal del bien jurídico honor, que un sector doctrinal define “*el interés de toda persona a ser respetado por los demás, sin verse sometido a actos despectivos o de menosprecio, derivados de sus opciones vitales o de las circunstancias de cada uno*”³⁴.

²⁹ MENDO ESTRELLA, A. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2016, núm. 18-16, pp. 1-27.

³⁰ España. Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

³¹ España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Boletín Oficial del Estado, 14 de mayo de 1982.

³² REBOLLO DELGADO, L. “El derecho fundamental a la intimidad”. 2008. p. 273.

³³ ARMAZA ARMAZA, E. J., “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a...”, op. cit., p. 162.

³⁴ MAYO CALDERÓN, B., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a...”, op. cit., p. 288.

Por otra parte, el derecho a la propia imagen se configura por el TC como “*el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y su ámbito de desprotección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde*”³⁵.

2.3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ART. 197.7 CP

Cuando leemos la dicción literal del art. 197.7 CP queda patente que se debe producir un “menoscabo grave a la intimidad personal” de quien sufre la conducta descrita por el tipo. Como señala ROMEO CASABONA, el art. 197.7 CP es un tipo autónomo, no relacionado con los demás tipos agravados que incluye el art. 197, en el que el eje punitivo sigue descansando en la protección de la intimidad personal”³⁶.

La intimidad no resulta un concepto de sencilla definición y los datos que se corresponden con tal esfera de privacidad no siempre son fáciles de delimitar. A modo de guía podemos tomar la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, que en su art. 9 enuncia lo que se considera como categorías especiales de datos (podríamos denominar como datos especialmente sensibles o que podrían afectar sensiblemente a la esfera de intimidad del sujeto). Así, la divulgación de información relativa a la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias, origen racial o étnico, así como también al estado de salud de un sujeto serán susceptibles de producir un grave menoscabo al bien jurídico de la intimidad³⁷.

2.4. TIPO BÁSICO DEL “SEXTING” (art. 197.7 CP)

El tipo básico prevé como conducta típica la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales de marcado calado sexual o íntimo, obtenidas con la anuencia del sujeto pasivo, pero sin el beneplácito de esta para la divulgación.

³⁵ Entre otras, SSTC 158/2009 de 28 de julio de 2009 [ECLI:ES:TC:2009:158] ; 19/2014 de 10 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TC:2014:19], STC 25/2019 de 25 de febrero de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:25]

³⁶ ROMEO CASABONA, C.Mª., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Comares, Granada, 2016, p. 269.

³⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2.4.1. EL TIPO OBJETIVO³⁸

2.4.1.1. EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO

El delito objeto de análisis no podrá ser cometido por cualquier individuo por su consideración de “*delito especial propio*”, que precisa para su consumación de la intervención como sujeto activo de aquel que previamente ha obtenido las imágenes con el consentimiento del protagonista de estas³⁹. A efectos del tipo penal y, teniendo en consideración el *telos* del mismo, resulta indiferente si la imagen ha sido captada por el que posteriormente la difunde o por el propio sujeto pasivo.

Al configurarse como un “*delito especial propio*”, incurre en responsabilidad únicamente quien, habiendo obtenido con anuencia del sujeto pasivo la imagen o grabación, inicia la cadena de difusión consciente de que *carece de autorización para ello del propio afectado y por tanto de que su conducta lesiona la intimidad de la víctima*⁴⁰. Podría pensarse que el hecho de que el envío inicial se dirija a una pluralidad de destinatarios no impide *per se* (por más que el legislador parece estar partiendo de un destinatario individual) que cada uno de los que ulteriormente difundieran pudiera ser considerado sujeto activo del delito. Sin embargo, (y siguiendo el criterio esgrimido por autores como TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁴¹) no se incluirán como sujetos activos del presente delito aquellos individuos que hayan intervenido en la posterior difusión del material, una vez el contenido haya sido difundido de manera directa por el principal sujeto activo.

Por tanto, tenemos que el sujeto activo del delito de *sexting* será la persona que da difusión posterior a este contenido, sea este el que captura o graba o el que recibe el contenido. Debo señalar que para un sector doctrinal, el aspecto de la “recepción del contenido” escapa al tipo penal ya que “no resulta congruente atendiendo al precepto penalizar a estos ya que lo que se está penalizando es la difusión sin autorización tras

³⁸ En este estudio voy a hacer referencia a las cuestiones de interpretación que plantean los elementos del tipo del delito regulado en el art. 197.7. La conducta además de ser típica será antijurídica si no concurre ninguna causa de justificación y culpable, si no concurre ninguna causa de inimputabilidad, inculpabilidad o un error de prohibición invencible.

³⁹ DÍAZ TORREJÓN, P., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Tratamiento penal del sexting”, Jornadas del 13 al 14 de julio, 2017, p. 12.

⁴⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 3/2017, p. 70.

⁴¹ TOMÁS- VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)”, Revista de Internet, Derecho y Política, n. 27, 2018, p. 36.

una obtención consentida por una persona determinada, es decir la debe haber obtenido ella misma (recordemos que es un delito especial propio) bien directamente o por el envío del sujeto pasivo”⁴². Por ende, tanto la recepción en sí misma como la difusión ulterior realizada por un tercero resultaría penalmente atípica.

En cuanto a la posibilidad de subsumir en el tipo la difusión de imágenes que el *sexter* (sujeto pasivo) ha colgado en una red social privada -tómese como ejemplo un grupo de WhatsApp-, la calificación como sujeto activo de quién comparte las imágenes a las que accede a través de una red social no parece ni adecuada ni proporcionada. Como señala TOMÁS-VALIENTE, se debilita la posibilidad de considerar que ulteriores difusiones menoscaban gravemente el bien jurídico de la intimidad; a ello se añade la absoluta renuncia del sujeto a desplegar unos mínimos deberes de autoprotección del bien jurídico, puesto que el envío a una pluralidad de destinatarios supone una total pérdida de control sobre el material remitido⁴³.

Resulta conveniente [...] una interpretación restrictiva del precepto que abarque la tipicidad tan solo de aquellos supuestos en los que claramente pueda estimarse que la víctima desea mantener el material fuera del alcance de más sujetos⁴⁴.

Sujeto pasivo es la persona que protagoniza los vídeos e imágenes. Se trata, en consecuencia, del titular del bien jurídico que se ve lesionado y vulnerado.

El *sexter* presta un primer consentimiento para la obtención del contenido; no obstante, no consiente la ulterior difusión de este. Resulta nuclear recordar que, a juicio de nuestro Alto Tribunal (vid. STS como 223/2021 – [ECLI:ES:TS:2021:223], analizada más adelante), el sujeto pasivo nunca puede ser tomado en consideración como “cooperador necesario” del delito. Se argumenta que “no es la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia imagen. (...). Basta para ello

⁴² GUISASOLA LERMA, C.: «Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión de sexting sin consentimiento tras la reforma de 2015» en Menores y redes sociales, Valencia, 2016, p.17, DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLA, E: «Efectos de la reforma de 2015...» cit., p. 4 abogan por esta teoría “la intervención ulterior de otros sujetos, propagando (p. ej. retuiteando las imágenes), es impune conforme a este delito”, OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L: «El nuevo delito contra la intimidad...» cit., pp. 201-202, sostiene que “la actuación del tercero quedará impune” o CASTELLÓ NICÁS, N: «Delitos contra la intimidad...» cit., p. 503, señala que el sujeto activo “habrá de limitarse a quien obtuvo de modo directo las imágenes o la grabación, excluyendo a todo aquél que actúe reenviando o retuiteando la misma: lo contrario no parece estar en consonancia con el tenor literal de la redacción y supondría una criminalización excesiva y generalizada”.

⁴³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Delitos contra..., op. cit., p. 36.

⁴⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Delitos contra..., op. cit., p. 36.

formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor sus propios bienes jurídicos.”⁴⁵.

Sobre la responsabilidad, puede darse la circunstancia de que el sujeto activo sea un menor de edad. Esto no es un supuesto extraño de imaginar debido a la fácil accesibilidad de los menores a las nuevas tecnologías en la actualidad. En este sentido, pueden surgir preguntas cuando tales implicados en el sexting son menores de edad⁴⁶.

Hasta el momento hemos realizado un examen relativo a supuestos en los que el *sexter* (sujeto pasivo) es una persona mayor o menor de edad (aplicando penas diferentes en función de si se trata por tanto de un tipo básico o agravado por razón de la edad). Igualmente, hasta ahora hemos visto todo desde la óptica de la mayoría de edad del sujeto activo que realiza el reenvío ulterior de los contenidos de forma no consentida por el *sexter*.

La pregunta que nos atañe ahora es: ¿qué ocurre cuando estamos ante un infractor menor de edad? Para ello primero nos detendremos un instante en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En este sentido, y de acuerdo a su art.1.1, “*esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales*”.

Por tanto, en el caso de que nuestro infractor tenga menos de catorce años, “*no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes*” (art. 3).

De la misma forma, si el infractor tiene los 18 años de edad o los supera, su responsabilidad penal no se regirá por las disposiciones de la ley analizada (como es evidente). Nos movemos en este punto en esa horquilla de edades: de mayores de 14 años a menores de 18 años de edad.

⁴⁵ Es preciso fijar y sistematizar los requisitos que el TS (Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018) ha fijado en orden a la aplicación de este tipo penal (sexting) introducido por la LO 1/2015.

⁴⁶ MARTÍNEZ OTERO, J. M. y Boo Gordillo, A.: “El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, En: La violencia de género en la adolescencia (Dir. Javier García González), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 289-323.

2.4.1.2. LA ACCIÓN TÍPICA

a) El significado de los términos "*difundir, revelar o ceder*" a terceros

La acción típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros sin autorización de la persona afectada imágenes o grabaciones audiovisuales que han sido obtenidas previamente de forma lícita.

La esencia del desvalor del delito no se ubica en esa secuencia previa sino en una ulterior referida a la defraudación de expectativas de confidencialidad, que se verifica con la infracción de deberes de sigilo o discreción, mediante la revelación, difusión o cesión a terceros de las imágenes⁴⁷. El contenido de esa voluntad (de difusión, revelación o cesión a terceros sin la autorización del sujeto pasivo) pertenecería ya a la propia acción según el concepto finalista⁴⁸.

Se hace necesario entonces delimitar cuál es el alcance terminológico de la difusión, revelación o cesión a terceros. Se está ante tres acciones de diferente índole, pues la difusión parece tener mayor potencialidad lesiva, ya que se pierde el control del objeto material una vez terceras personas acceden a él⁴⁹.

Sin embargo, esto es un aspecto que enfrenta a la doctrina. Señala CASTELLÓ NICÁS⁵⁰ (2015) y DÍAZ CORTÉS⁵¹ (2019) que el uso de las TIC, y con la facilidad con la que circula esta información por el espacio virtual, da lugar a que la revelación y cesión pueden alcanzar la misma expansión que la difusión y, por tanto, alcanzar un grado de lesividad similar (ya que las tres están castigadas con idéntica pena). No obstante, a criterio personal soy más proclive a compartir el pensamiento de autoras como PÉREZ CONCHILLO⁵², que señala que carece de lógica que estos tres verbos (difundir, revelar o ceder) lleven aparejada la misma pena si cuentan con un alcance y

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 464.

⁴⁸ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, siguiendo el pensamiento planteado por Welzel. En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): "Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito", Comares, Granada, 2016, pp. 91-148 (cit., p. 94).

⁴⁹ COLÁS TURÉGANO, A., "Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art. 197, 197 bis, 197 ter)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Matallín Evangelio, A., Górriz Royo, E., Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁵⁰ CASTELLÓ NICÁS, N. (2015). Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor. En L. Morillas Cuevas (dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). (pp. 487-514). Madrid: Dykinson.

⁵¹ Díaz Cortés, L. M. (2019). El sexting secundario entre menores: bien jurídico y respuesta penal. Pamplona: Aranzadi.

⁵² PÉREZ CONCHILLO, E. Intimidad y difusión de sexting no consentido. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2018, 113 pp.

consecuencias diferentes, resultando esta tipificación contraria al principio de proporcionalidad penal.

Según la doctrina, el alcance de las tres conductas⁵³ sería el siguiente:

Se entiende por "difusión" la comunicación por un medio que garantice el alcance a un amplio número de personas". Se entiende por "revelación" el descubrimiento o manifestación de lo desconocido o secreto a personas determinadas, con menor alcance que la difusión. Por último, se entiende por "cesión" la transferencia o traspaso a otro de una información.

La diferencia por tanto entre los tres actos radicaría en el mayor o menor alcance (en cuanto a número de individuos) que logra tener acceso al objeto material.

El presupuesto del delito es el acceso lícito al material en cuestión. Por consiguiente, resultará irrelevante si el material ha sido grabado bien por quien llamamos *sexter*, bien por el que posteriormente dará difusión al contenido o por un tercero. La mayor o menor entidad del desvalor de la conducta no se tendrá en cuenta a la hora de valorar la comisión del delito en cuestión sino a la hora de determinar la pena aplicable al caso concreto. Así, se podrá castigar de manera más grave la conducta de aquel que da difusión a un elevado número de personas frente a aquel que comparte el contenido de manera puntual y esporádica.

b) Las nuevas tecnologías: obtención y envío del material

Hablar de *sexting* supone hablar de un delito que se comete principalmente en un ámbito tecnológico, electrónico o cibernético. Esto se debe a que debemos estar ante el reenvío de contenido que afecta a la intimidad (en la mayoría de los casos de contenido sexual) audiovisual, para lo cual se hace necesario el empleo de medios comisivos para su ejecución, enmarcados dentro de la nueva sociedad tecnológica.

El legislador penal debe adaptarse a los nuevos tiempos, actualizando y acomodando los conceptos que van quedando obsoletos en materia de medios comisivos o instrumentos, pero también mediante la creación de nuevas figuras criminógenas o variaciones de los actuales tipos tradicionales. Supondría un gran riesgo que tales modificaciones o variantes delictivas no sean reguladas, pudiendo convertir una acción

⁵³ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal. cit. p. 167.

relevante en un sentido criminal en un comportamiento atípico por no encontrarse tipificada en los preceptos de nuestro Código Penal.

Es por esa constante actualización de los contenidos, acordes al tiempo actual, por lo que debemos tener presente que los medios comisivos empleados en el delito de *sexting* son eminentemente tecnológicos y no aparecen pormenorizados en el CP, tomando como referencia la genérica expresión a la el art. 197.1 CP:

A modo de síntesis, cabe remarcar que los medios comisivos más empleados serán los teléfonos móviles o *Smartphone*, pero también imágenes o vídeos captados y enviados mediante una *webcam* de un dispositivo *tablet*, un ordenador portátil o un monitor de sobremesa.

Como apunte debo decir que en el caso de realizarse ese *sexting* primario durante una *videollamada* o una sesión de chat con *webcam* se denominaría *sex-casting*, siendo esta simplemente una modalidad más para realizar el *sexting*.

Ha quedado claro que el medio a través del cual se lleva a cabo tal conducta debe ser un medio digital. Un medio que cada vez es más empleado por su accesibilidad y rapidez. Aunque estos medios tecnológicos son muy variados, el *sexting* se puede llevar a cabo desde cualquier dispositivo con conexión a Internet para enviar y recibir información (ordenadores, móviles y servidores de mensajería instantánea en general).

Los medios más idóneos son equipos informáticos, cualquier tipo de soporte digital o electrónico, telefonía móvil, dispositivos de almacenamiento digital o masivo de datos (CD, DVD, *pen drives*-USB, *Hard Disks*-HD internos o externos, y similares).

Para probar la comisión del delito se podrá acudir a los ficheros informáticos, las capturas de pantalla y los medios para proceder a la recuperación de un eventual borrado de datos o localización del almacenamiento de los mismos (eliminando datos, archivos y *cache*).

2.4.1.3. EL OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito lo constituyen imágenes o grabaciones audiovisuales que menoscaben gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo.

a) ***“Imágenes o grabaciones audiovisuales de la persona afectada”. El carácter predominantemente sexual de las mismas***

Leyendo literalmente el precepto parecería que el legislador no ha tomado en consideración aquellos materiales o contenidos no audiovisuales. Por ejemplo, parece que no se encuadran en estos materiales aquellos cuya esencia sea solo de audio. Este punto ha sido objeto de críticas por parte de un sector de la doctrina. Como han señalado LLORÍA GARCÍA⁵⁴ y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵⁵, un audio puede de igual modo menoscabar la intimidad de un individuo. Por ejemplo, un mensaje de audio donde se reproducen grabaciones de voz mientras la pareja mantiene relaciones sexuales o que contiene grabaciones de conversaciones de marcada naturaleza sexual, serían casos subsumibles también en el tipo del *sexting* si estos contenidos se difunden de la forma en la que estamos detallando.

Esta cuestión es algo que también ha respaldado la Fiscalía General del Estado, quien en la Circular 3/2017, establece que por imágenes o grabaciones audiovisuales ha de entenderse tanto los “contenidos perceptibles únicamente por la vista como los que se perciben conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden captarse por el sentido auditivo”⁵⁶.

En este sentido, el único límite sería que la imagen represente al sujeto pasivo de tal forma que la mayoría de las personas puedan reconocerlo sin atisbo de dudas, ya que si su reconocimiento es dudoso o difícil no podrá colmarse la exigencia de afectar gravemente a la intimidad, al menos desde la perspectiva penal⁵⁷.

Además, la definición ofrecida por la SAP de Granada de 5 de junio de 2014⁵⁸, abre la puerta a que la carga erótica sea variable (no siendo preciso entonces que el carácter sexual sea total e indubitadamente explícito), ya que la SAP referenciada habla de que exista “*un envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de*

⁵⁴ LLORÍA GARCÍA, P., “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, Elderecho.com, 2013.

⁵⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Tutela penal de la privacidad compartida. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas” Centro de Estudios Jurídicos, 2015, p. 14.

⁵⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 3/2017..., op. cit., p. 69.

⁵⁷ HERAS VIVES, L., La protección..., op. cit., p. 589.

⁵⁸ SAP de Granada de 5 de junio de 2014 – [ES:APGR:2014:1051].

manera libre”. Incluso cabe citar el criterio más amplio de ciertos autores como RUEDA MARTÍN, que considera que el objeto material de este delito trata de manera genérica de “imágenes o grabaciones audiovisuales” que han de revestir dos características principales: la persona ha de estar identificada o ser identificable y deben revelarse situaciones íntimas y personales, y no necesariamente sexuales⁵⁹.

En este sentido, deseo apuntar que en el presente trabajo se abordan de manera especial aquellos contenidos o materiales que sean de un eminente calado sexual, sin que ello sea únicamente a lo que se circunscribe el precepto del art. 197.7 CP (siendo sus exigencias más amplias, hablando de imágenes o grabaciones audiovisuales en general que afecten a la intimidad, sin ceñirse solo al ámbito estrictamente sexual).

El TS ha hecho mención al carácter íntimo que deben tener los contenidos, sin circunscribirlos a la esfera estrictamente sexual, pero destacando que son estos últimos los que presentan una mayor frecuencia en la práctica.

Así, en la mencionada STS 492/2020⁶⁰ se dispone que:

“Si bien es cierto que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El art. 197.7 alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única”.

Por ello, la casuística y variedad de contenidos íntimos que pueden encajar en este precepto son muy amplias. De esta forma, dentro de las imágenes o grabaciones audiovisuales cuya divulgación (sin autorización de la persona afectada,) menoscabe gravemente la intimidad personal de la víctima, podemos hallar ejemplos prácticos que podrían ir desde una fotografía tomada en unos baños, hasta un vídeo donde aparezca un cuerpo desnudo pasando por unos audios en los que se reconozca la identidad de la persona a través de su voz en el contexto de una relación sexual. Así, vemos como el tipo referencia contenidos que pueden ser sexualmente explícitos o pueden no serlo y afectar igualmente de forma grave a la intimidad.

⁵⁹ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal. cit. p.165. En este sentido Vid. JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”. En: Actualidad Jurídica Aranzadi. Editorial Aranzadi: 2016, núm. 917, 6 pp. Afirma el autor que “parece que entran dentro de tal esfera íntima las imágenes de contenido sexual, pero no necesariamente ni de manera exclusiva”.

⁶⁰ FUNDAMENTO DE DERECHO 2. STS 492/2020. Op.cit.

Finalmente, en cuanto a dichos materiales, el TS reitera:

“Se proyecta (el objeto material del delito del art. 197.7 CP) sobre toda manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima”⁶¹.

b) “Obtenido con su anuencia”. Voluntariedad en el envío inicial y ausencia de consentimiento en el reenvío

Como ya hemos descrito anteriormente, con el término “*anuencia*” el legislador hace referencia a la obtención del material y no a la grabación de este. El tipo en cuestión parte de la premisa de que el contenido al que se da difusión se ha obtenido de manera lícita, de manera que, o bien se obtiene del propio protagonista -porque este se graba y, a continuación, envía la grabación-, o bien se obtiene con el consentimiento de este -consiente la grabación-. La doctrina mayoritaria, entre cuyos exponentes destaca MAGRO SERVET⁶², aboga por la inclusión de ambas conductas. Se trata entonces de un delito especial propio del que serán autores aquellos que, habiendo obtenido con la anuencia del sujeto pasivo las imágenes o grabaciones de aquélla, difunden, revelan o ceden a terceros tal contenido, sin autorización de la persona afectada.

Autores como ROMEO CASABONA⁶³ dudan de que la difusión de vídeos enviados por la propia víctima (que previamente se ha grabado a sí misma) sea una conducta típica. Así, esa conducta solo serviría para *“acotar la acción que es relevante a nivel penal, requiriendo que el sujeto activo del delito haya captado personal y previamente las grabaciones audiovisuales con consentimiento del sujeto pasivo. No es suficiente por tanto que las haya grabado el propio sujeto pasivo y las ceda después a otra persona”*.

Además, en esta cuestión, el TS resalta lo inaceptable del argumento de que:

“Fue la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia foto al acusado a través de un programa de mensajería telemática. Ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar la lesión en bienes jurídicos del máximo valor axiológico. Basta para ello formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor

⁶¹ FUNDAMENTO DE DERECHO 2.1.4. STS 492/2020. Op.cit.

⁶² MAGRO SERVET, V., “Los delitos de Sexting (179.7) y Stalking (172) en la Reforma del Código Penal”, Ponencia de formación continuada Fiscalía General del Estado, 16 marzo 2015, p. 5.

⁶³ ROMEO CASABONA, C.Mª., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Comares, Granada, 2016, p. 269.

sus propios bienes jurídicos. Las consecuencias derivadas de esta visión -piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual o contra el patrimonio- hacen inaceptable esta línea de razonamiento. Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad”⁶⁴.

La ausencia de consentimiento en este delito supondría un elemento negativo del tipo (erigiéndose como causa de atipicidad). La víctima limita su consentimiento al momento de enviar los contenidos (lo cual, se ha visto, no es típico en modo alguno). Sin embargo, ese consentimiento no se torna extensivo a las ulteriores difusiones (que sí que son típicas). El consentimiento no conforma pues, una suerte de “visado completo”⁶⁵, tal y como cita COLÁS TURÉGANO.

El *sexting* se configura, como vemos, como un tipo penal repleto de particularidades que le son propias y que lo caracterizan. En origen puede parecer un delito común realizable por cualquier sujeto.

A pesar de ello, si profundizamos en su naturaleza criminógena, se trata de un delito especial “de propia mano”⁶⁶. Ello hace entrever que el autor del tipo no puede ser realmente cualquiera, sino solo quien obtiene con la anuencia del *sexter* el contenido erótico. Es en un momento posterior cuando el sujeto activo procede a extraer un área de la intimidad del sujeto pasivo. Ese momento posterior de extracción y consiguiente difusión es lo que carece de toda autorización, realizando la conducta típica con dicha difusión, revelación o cesión a terceros el material conseguido⁶⁷.

Uno de los componentes esenciales en la conducta delictiva del *sexting* es el elemento volitivo en el envío original. Es decir, que el envío inicial de los contenidos de carácter sexual o erótico (bien sean fotografías, vídeos o mensajes de audio o texto) se realiza de forma voluntaria por parte de una persona determinada. Esa persona no está incurriendo en ningún comportamiento jurídicamente reprochable por enviar dichos materiales (muchas veces producidos o grabados por ese mismo individuo). Como ya he

⁶⁴ FUNDAMENTO DE DERECHO 2.1.2. STS 492/2020. Op.cit.

⁶⁵ COLÁS TURÉGANO, A., “Nuevas Conductas delictivas contra la...”, op. cit, p. 668.

⁶⁶ DÍAZ TORREJÓN, P., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Tratamiento penal del sexting”, Jornadas del 13 al 14 de julio, 2017, p. 12.

⁶⁷ DÍAZ TORREJÓN, P., VALVERDE MEGÍAS, R., “Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pp.71-104 (cit., p. 79).

indicado, algunos autores dicen que el envío por el sujeto pasivo no entra en el tipo (*vid.* ROMEO CASABONA⁶⁸).

Entre la persona que envía el contenido digital y quien lo recibe existe, de forma general, una relación de confianza, bien sea por amistad o bien sea a nivel sentimental por tratarse de una relación de pareja. Fruto de esa confianza nace la voluntariedad en ese envío de contenidos sexuales a través de cualquier medio o dispositivo electrónico.

c) “En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. El elemento espacial y la naturaleza privada de la comunicación

La redacción que el legislador ha dado a este requisito es, en opinión de MARTÍNEZ OTERO⁶⁹, *superflua* (porque el autor entiende que el legislador no ha de definir los lugares en los que se puede y efectivamente se realizan grabaciones que inciden y comprometen la intimidad de los individuos) y *alambicada* (porque dado que el precepto conjuga términos y conceptos puramente jurídicos -domicilio- con expresiones extrajurídicas y poco concisas -lugares fuera del alcance de la mirada de terceros-).

A efectos del presente artículo, por domicilio se entiende: “*todo lugar cerrado en el que una persona desarrolla alguna faceta de su vida privada resguardada del conocimiento ajeno no deseado*”⁷⁰. Por su parte, para delimitar los lugares fuera del alcance de la mirada de terceros acudiremos a criterios tanto subjetivos como objetivos para llegar a estimar una cierta y sensata expectativa de intimidad.

Además, sobre la concepción de lo que supone un “*lugar privado*”, MARTÍNEZ OTERO⁷¹ aboga (al igual que algunos tribunales) por emplear dicho término. La jurisprudencia ha ofrecido una interpretación del término “*lugar privado*”: SAP de Madrid 37/2007, de 6 de febrero; SAP de Murcia 4/2011, de 17 de octubre; SAP Murcia 4/2011, de 17 de octubre- acerca de la interpretación de “*lugares privados*”.

⁶⁸ ROMEO CASABONA, C.Mª., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial... op. cit, p. 268 y 269.

⁶⁹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., La difusión..., op. cit., p. 10.

⁷⁰ HERAS VIVES, L., La protección..., op. cit., p. 592.

⁷¹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., La difusión..., op. cit., p.10.

Todo ello recordando que se prefiere a nivel doctrinal hablar de “*situaciones*” más que de “*lugares o localizaciones*”⁷².

La conducta típica también se acota asimismo con la referencia al “*elemento espacial del delito*”, circunscrito en este caso a que las imágenes o grabaciones se hubieran obtenido “*en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*”, (tal y como remarca el precepto estudiado, art. 197.7 CP). Esta referencia espacial constituye un elemento formal o con espacio circunscrito⁷³ controvertido, pudiendo entenderse como una suerte de intento de reducir el tipo a los supuestos en los que el material se obtiene en un círculo de intimidad con una expectativa de resguardo. Tal circunscripción espacial típica nos lleva, por ejemplo, a plantearnos si la referencia a “*cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*” puede significar que cuando concurriera la presencia en el acto otras personas, quedaría excluida la posible aplicación del tipo penal (volviendo atípica la conducta). En principio vemos como se trata de espacios locativos de índole privada, valorando (como se detallará seguidamente) una suerte de “*expectativa razonable de privacidad*”. Aun con todo lo mencionado, existen discrepancias doctrinales acerca de supuestos que podemos calificar de “*dudosos*” o “*problemáticos*”. Así pues, se plantea el inconveniente de valorar qué sucede con los lugares públicos ajenos a la mirada de terceros o en los que se genera una expectativa razonable de intimidad, como por ejemplo, una playa desierta o un sendero rústico inhóspito⁷⁴. Cabría hablar entonces de una “*expectativa razonable de privacidad*” en el sentido de “*no se requiere que el lugar sea privado y cerrado, sino que la escena captada pueda haber tenido ocasión en cualquier lugar espacio en el que, por sus circunstancias, fuera razonable tener una expectativa de privacidad semejante a la que ofrece un domicilio u otro lugar cerrado*”⁷⁵.

No parece que esta sea la intención o voluntad del legislador, (por la falta de sentido sobre proteger la intimidad de aquel que únicamente la comparte con una persona y no la del que la comparte con dos o tres por ejemplo).

⁷² MARTÍNEZ OTERO, J. M., La difusión..., op. cit., p.12-15. En idéntico sentido, HERAS VIVES, L., La protección..., op. cit., p. 596.

⁷³ Vid. DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLA, E.: “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad”. Diario La Ley, nº 8744, Sección Doctrina, 19 de abril de 2016, pp. 1-20 (cit., p. 4).

⁷⁴ HERAS VIVES, L., La protección..., op. cit., p. 596-597.

⁷⁵ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, p. 531.

MAGRO SERVET, entre otros, afirma que *“el hecho de que terceros estuvieran presentes en los hechos no quiere decir que con ello la víctima no tenga el mismo derecho a proteger su intimidad que si no hubiera terceros en el acto de la grabación o toma de imágenes”*⁷⁶. En esta línea existen propuestas alternativas que considero mucho más adecuadas como la de *“en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena”*⁷⁷ o simplemente *“lugares privados”*⁷⁸.

Cuando hablamos de un envío y una recepción de contenidos (que recordemos, deben ser de tipo sexual), nos referimos a que existe una comunicación entre dos individuos principales: el emisor de la información y el receptor de la misma. Ya hemos hablado de que el emisor envía los contenidos de forma voluntaria, mediando su consentimiento (sin que este envío sea, como se ha dicho, típico en modo alguno). También hemos mencionado que tales contenidos han de ser sexuales o de naturaleza íntima.

Pero, ¿cómo debe ser la comunicación? Dada la variedad de formas existentes a nivel digital de entablar una comunicación, es preciso remarcar que esta debe ser de carácter privado. Nunca podremos estar ante la conducta delictiva del *sexting* si la comunicación y el envío de los mensajes se realizan a través de foros digitales públicos o con varios receptores primarios de forma simultánea o concurrente.

2.4.1.4. EL RESULTADO: “Cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del afectado”.

La intimidad es un concepto de difícil definición y delimitación, determinar lo que supone un grave menoscabo a la intimidad personal de una persona es tarea ardua. Se emplea una expresión que deviene indeterminada y fomenta la inseguridad jurídica.

Bien es cierto que hay casos que no plantean duda alguna. Pongamos como ejemplo de referencia en este momento un vídeo en el que el *sexter* aparece desnudo o una imagen en la que se identifique y muestre su aparato genital.

⁷⁶ Cfr. MAGRO SERVET, V.: “Los delitos de sexting (197.7)”, loc. cit., p. 6.

⁷⁷ Vid. CARRASCO ANDRINO, M. M., MOYA FUENTES, M. M., OTERO GONZÁLEZ, M. P.: “Delitos contra la intimidad: art. 197.4 bis CP”. En, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 707-712., (cit., p. 711).

⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ OTERO, J. M.: “La difusión de sexting sin consentimiento...”, loc. cit., p. 10; COMES RAGA, I.: “La protección penal de la intimidad...”, loc. cit., p.20; GUIASOLA LERMA, C.: “Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting...”, p. 302; COLÁS TURÉGANO, A.: “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad...”, loc. cit., p. 668.

En cambio, se pueden dar situaciones no tan explícitas en las que resulte complejo determinar en qué medida se ha lesionado la intimidad del sujeto. Para determinar la gravedad del caso se deberá ponderar si efectivamente la conducta en cuestión lesiona el núcleo duro de la intimidad. Este concepto, que ha sido utilizado en varias ocasiones para determinar los contenidos merecedores de especial protección, no ha sido definido por nuestros tribunales.

No existe un consenso doctrinal en lo que a esa calificación de “grave” respecta. Ante esta carencia de un criterio de referencia acudo a la jurisprudencia y observo que se trata de algo puramente casuístico que habrá de ser ponderado y examinado en cada supuesto. Así pues, destaco dos ejemplos jurisprudenciales:

Ejemplo nº1: un acusado publicó en su página de Facebook una fotografía de la denunciante donde aparecía desnuda pixelando todo el cuerpo y solo pudiéndose ver con claridad su rostro. SAP Guipúzcoa 140/2019, de 01 de julio – [ECLI:ES:APSS:2019:714]

El juez determinó que *“no cabe entender que con ello se menoscabe gravemente a su intimidad. Por tanto, con la referida publicación no se ha incurrido en el mencionado delito”*⁷⁹.

Ejemplo nº2: El acusado había enviado unas imágenes en las que aparecía junto con la demandante o bien la demandante sola con la finalidad de demostrar la existencia de una relación sentimental entre ellos a la familia de la demandante.

En este caso se absuelve al acusado de un delito del art. 197.7 CP⁸⁰, apoyándose la SAP en que, aunque las imágenes no tuvieran un contenido denigrante, la vulneración es grave porque la conducta del acusado se ha dirigido a revelar un aspecto muy íntimo de la denunciante, como es su situación sentimental, y a un núcleo cercano e importante para ella, como es su familia. Sin embargo, el juez entiende que las imágenes no afectan a intimidad corporal o sexual y que lo que perturba a la denunciante no es la difusión de unas fotografías sino la revelación de un secreto (por lo que la no afección a la intimidad en la esfera sexual deja sin aplicación el tipo analizado en este caso). De esta forma, vemos como en la práctica algunos juzgadores entienden que si no hay afección al ámbito sexual de la intimidad del sujeto pasivo, no cabe la aplicación del art. 197.7 CP.

⁷⁹ SAP Guipúzcoa 140/2019, de 01 de julio – [ECLI:ES:APSS:2019:714].

⁸⁰ SAP Barcelona 302/2017, de 24 de abril – [ECLI:ES:APB:2017:2993].

Sin embargo, a nivel doctrinal, un buen número de autores consideran que la afección a la intimidad de la persona es algo mucho más amplio que lo estrictamente sexual.

En lo que a los materiales obtenidos lícitamente se refiere, para que estemos hablando propiamente de *sexting* debemos ser conscientes de que el contenido o la naturaleza de los materiales enviados debe ser muy concreto. No todo el contenido digital enviado es susceptible de encuadrarse en el tipo penal del *sexting*. Como su propio nombre señala, el *sexting* tiene una naturaleza erótica, sexual y, en definitiva, íntima (algo que el CP deja redactado con una formulación muy genérica). Estamos hablando de múltiples modalidades de contenidos (fotografías, vídeos, mensajes de audio, mensajes de texto, etc...) pero todas ellas deben ser de carácter sexual⁸¹ para que podamos hablar de esta figura penal concreta. Por tanto, tenemos que estar siempre ante contenidos de carácter íntimo y privado en general (pero sexuales en particular). En cuanto a lo que la divulgación de tales contenidos se refiere, a mayores, cabe plantear la duda acerca de qué pasaría si tras el reenvío posterior no consentido, los terceros que reciben dichos contenidos deciden asimismo reenviarlos de nuevo (ampliando la cadena de receptores de los mismos). Imaginemos lo siguiente:

A consiente que B tome fotografías de A desnuda. B reenvía dichas fotografías de forma no consentida por A, a C y D (amigos suyos) y estos a su vez, vuelven a reenviar los contenidos a otros tres amigos (E, F y G).

A (sexter) → B (realiza 1º reenvío) → C + D (realizan 2º reenvío) → E + F + G

Estamos ante una división doctrinal en cuanto a la calificación y naturaleza de este comportamiento de lo que, a mi juicio son “*reenvíos en cadena no autorizados*”. La tesis mayoritaria consiste en excluir la aplicación del art. 197.7 CP porque esos posteriores reenvíos se hacen a partir de materiales no directamente enviados por el *sexter*. Autores como SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, PIÑOL RODRÍGUEZ o JUDEL PRIETO, afirman que el precepto deja fuera a quienes se limitan a difundir las imágenes tras haberlas recibido de otros⁸². Asimismo, la STS 70/2020: “*La difusión encadenada*

⁸¹ Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2011, p. 4. Para una definición doctrinal, véase Agustina, J. R.: “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 12-11, 2010, p. 4.

⁸² JUDEL PRIETO, A., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Dir.), Manual de Derecho Penal, Tomo II, cit. p. 282.

de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal”, sin perjuicio que pueda darse la comisión de otros tipos como el delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP)⁸³. No obstante (y a pesar de ser la mencionada la tesis fuerte), existen también defensores de una tesis que es minoritaria, tendente a considerar que el precepto del art. 197.7 CP, castiga la conducta con independencia de cuál sea el momento en el que el autor intervenga, siendo indiferente que el sujeto activo sea o no el primer receptor de las imágenes o grabaciones, o que se limite a reenviar el material recibido. Algunos exponentes de esta posición doctrinal son autores como MAGRO SERVET⁸⁴.

Como apunte de criterio personal, debo adherirme a la posición que, a pesar de constituir la tesis minoritaria, considero la más acertada debido a que la redacción (deficiente en cuanto a técnica jurídica por ambigua) del precepto en el que se engloba al *sexting* (art. 197.7 CP), si acudimos a un criterio interpretativo literal o lingüístico del artículo, se dispone que:

“(...) el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia (...)”.

Las imágenes se han obtenido con la anuencia del sujeto pasivo (el *sexter*), y se han difundido sin su autorización, pero no se especifica expresamente en la redacción del tipo (lo que puede dar lugar a errores o variedades en su interpretación), que los difusores del mensaje tengan que ser los que lo han obtenido de forma directa por el *sexter* o de forma secundaria a través de otro que actúa de intermediario.

Se conservan los elementos nucleares de la anuencia inicial del sujeto pasivo y la carencia de consentimiento en el posterior reenvío. A mi juicio, por tanto, los terceros que reciben los contenidos y deciden continuar con los reenvíos no autorizados (e ilícitos) realizan la conducta típica tanto como aquel que logra los materiales directamente de mano del *sexter*.

Respecto de la división doctrinal mencionada anteriormente acerca de reenvíos por parte de los terceros que reciben los materiales, se ha pronunciado el TS, entendiendo que si la imagen comprometedor ha sido difundida por terceros de nuevo,

⁸³ Circular FGE 3/2017, 21 de septiembre.

⁸⁴ MAGRO SERVET, V., “Los delitos de sexting (197.7)”, loc. cit, p. 4.

estos últimos no estarían sancionados penalmente. *"Es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal"*⁸⁵.

El TS condensa la problemática que existe en torno al modo de tipificación del *sexting* de la siguiente forma: *"Su valoración (la del precepto 197.7 CP), enfrenta a quienes consideran que se trata de un tipo penal indispensable para evitar clamorosos vacíos de impunidad - sexting o revenge porn- y aquellos otros que entienden, por el contrario, que la descripción del tipo vulnera algunos de los principios informadores del derecho penal"*. Finalmente, el Alto Tribunal aclara las dudas acerca de qué contenidos se considera que atentan *"de modo grave contra la intimidad personal"*.

A este respecto, en el Fundamento Jurídico (FJ) 2.1.4 de la STS aquí analizada, se dice sobre el art. 197.7 CP: *"Se proyecta sobre toda manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima. Lo verdaderamente determinante es que el desnudo es expresión inequívoca de la intimidad personal. El que su exhibición pueda ser consentida en determinados contextos no es obstáculo para reivindicar su exclusión frente a terceros no incluidos en el compartido ámbito de la privacidad"*.

2.4.1.5. LA TENTATIVA (arts. 16 y 62 CP)

Como sabemos, la tentativa viene recogida en el art. 16.1 CP, de forma que:

"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".

⁸⁵ STS (Sala 2ª) de 24 de febrero de 2020, rec. n° 3335/2018 – [ECLI:ES:TS:2020:492].

En el *sexting* nos encontramos ante un delito de resultado⁸⁶. Recordemos en este momento que un delito de resultado es un tipo delictivo que requiere para la consumación la producción de un resultado (material o ideal), como consecuencia de la conducta y distinto de la misma, generalmente posterior, pero a veces simultáneo a ella.

En cuanto a este “*iter criminis*”, el resultado exigido por el propio art. 197.7 CP consiste en el efectivo menoscabo grave de la intimidad del sujeto pasivo. A pesar de tratarse de un delito de resultado, ciertos autores como GARCÍA VALDÉS⁸⁷ estiman que, considerando los medios de comisión del delito y su conducta sexual, este delito no puede ser cometido en grado de tentativa (acabada o inacabada).

No obstante, considero que en la realidad práctica sí se pueden encontrar supuestos de hecho en los que pueda darse el delito de *sexting* en grado de tentativa.

Véase a modo de ejemplo la siguiente situación ficticia.

En el caso de que se estimase típica la conducta de difundir el material enviado por la propia víctima, este podría ser un ejemplo de tentativa acabada:

Siricio es un hombre de 67 años de edad que consigue entablar una comunicación con Rodina, una chica de 18 años, a la que pide un vídeo haciendo un striptease. Posteriormente, Siricio se dispone a difundir el contenido sexual cuando, por causas ajenas a su voluntad, (debido a un problema de conexión que no es capaz de solucionar), el contenido no llega a publicarse.

Entrando ya en materia, procedo a diferenciar ya entre tentativa acabada e inacabada como intentos que forman parte del *iter criminis* del tipo delictivo. En la tentativa acabada se realiza el injusto pero se agota el *iter criminis* sin llegarse a producir el resultado y, con él, la consumación (anteriormente era tratada por la figura tradicional de la *frustración*). Por el contrario, en la tentativa inacabada el injusto se intenta sin llegar a tener lugar, paralizando antes el *iter criminis* (puesto que solo se ha realizado una parte de los actos tendentes a la comisión del tipo penal).

Así, por ejemplo, se aprecia tentativa acabada y no inacabada cuando el sujeto agente realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado delictivo, o cuando

⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal Español. Parte Especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 337.

⁸⁷ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C.: Lecciones de derecho penal parte especial, 2.ª edición, edit. EDISOFER, S. L., Madrid, 2015, pág. 86-88.

el peligro en que se situó la intimidad del sujeto pasivo fue extremo y quienes lo desencadenaron llevaron a cabo todos los actos adecuados y tendentes para perfeccionar el delito de *sexting* como revelación de los secretos, aunque por razones ajenas a su voluntad no llegase a producirse tal revelación (en forma de reenvío). Sirva a modo de ejemplo el error en la conexión del dispositivo antes ejemplificado con el caso práctico ficticio.

En cambio, se aprecia tentativa inacabada cuando tras obtener lícitamente el contenido sexual, el sujeto activo es captado por las autoridades policiales y se evita así la difusión del material.

Deducimos entonces que la tentativa, siendo seria y determinada para lograr el fin propuesto, no fue completa en términos jurídicos, al no desplegarse todos los actos que producen el delito y este no se ejecuta por causas independientes a la voluntad de su autor. Veámoslo en contraposición a lo anterior:

Siricio es un hombre de 67 años de edad seguido de cerca por las autoridades policiales. Cuando Siricio se dispone a reenviar de forma ilícita el contenido sexual de Rodina, la policía logra detenerlo sin que el material se difunda finalmente.

Como sabemos, los elementos de la tentativa son el dolo y el principio de ejecución. Comenzando por este último, el “*principio de ejecución*” puede ser total (siendo la tentativa acabada) o parcial (siendo entonces inacabada). Además, a la hora de imponer la pena correspondiente (art. 62 CP), será preciso atender al “*grado de ejecución alcanzado*”⁸⁸. Aplicado al *sexting* en el sentido del art. 197.7 CP, dicho grado de ejecución se puede apreciar en los ejemplos antes expuestos.

Por otra parte, en el art. 197.7 CP no se castigan los actos preparatorios (provocación, conspiración y proposición para delinquir).

Al no existir previsión adicional alguna a este respecto, los mismos quedan impunes ya que, como es sabido, nuestro CP solo castiga algunos actos preparatorios y solo en relación con aquellos delitos donde así se prevea de forma expresa.

⁸⁸ ALASTUEY DOBÓN, C., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 185-202 (cit., p. 193).

2.4.2. EL TIPO SUBJETIVO: EL DOLO Y EL ERROR DE TIPO

El delito de *sexting* es un delito doloso⁸⁹, no estando prevista su comisión de manera imprudente (art. 12 CP). En el *sexting* el sujeto activo actúa con la conciencia y voluntad de realizar un reenvío ilícito de los materiales que obtuvo basándose en una relación de confianza con respecto al sujeto pasivo (confianza que ahora traiciona con la difusión de los materiales).

El dolo se requiere en el *sexting* en cualquiera de sus expresiones: dolo directo de primer grado (cuando el sujeto activo persiga lesionar la intimidad divulgando la imagen típica) o segundo grado (cuando el sujeto activo asuma que dicha lesión se producirá con seguridad, aunque no la persiga directamente) o dolo eventual (cuando el sujeto activo no persiga ni prevea el resultado como seguro, pero asuma como posible la lesión de la intimidad integrando su causación en su voluntad)⁹⁰.

Cabría preguntarse acerca del error en el tipo que se puede dar en este delito. Tómese como ejemplo y posterior explicación lo siguiente:

Aledis es una joven de 26 años que se toma unas fotografías en actitud sexual para, seguidamente, enviarlas a su pareja. Minutos después su pareja revisa las fotos y guarda en la galería aquellas que más le gustan, borrando aquellas otras que no le convencen. Sin embargo, por error no le da al botón de borrar sino que las envía a un contacto.

En este supuesto existiría un error de tipo vencible que daría lugar a la apreciación de un delito imprudente por una conducta negligente (artículo 14 CP). Sin embargo, como el delito está configurado como un tipo doloso, aunque pudiera encuadrarse en un error de tipo vencible no cabría apreciar la imprudencia⁹¹ (artículo 12 CP).

Si el contacto al que se manda por error el contenido lo difunde con posterioridad, no cabría exigir responsabilidad penal en virtud del artículo 197.7 CP porque existe un error en uno de los elementos del tipo, en concreto en la anuencia de la

⁸⁹ conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Al respecto véase ALASTUEY DOBÓN, C., op. cit. p. 194.

⁹⁰ RUIZ DE VELASCO PEREZ, M., “Protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento”, ADPCP, VOL. LXXIII, 2020, p.771.

⁹¹ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» cit p.639.

víctima, (sin perjuicio de la posibilidad de incurrir en otros tipos contra la integridad moral o contra el honor, por ejemplo).

3. LOS TIPOS AGRAVADOS (art. 197.7 apdo. 2º CP)

El párrafo 2º del art. 197.7 CP incorpora tres subtipos agravados, castigados con la pena prevista en el tipo básico en su mitad superior. Es decir, quedando una pena de prisión de siete meses y quince días a doce meses, o una pena pecuniaria de multa de nueve a doce meses.

Tales agravaciones cuentan con detractores en la doctrina, que aluden al corte intervencionista en exceso del legislador penal⁹², (aunque bien es cierto que la mayoría de la doctrina se muestra conforme con su previsión expresa). El tenor literal del apartado que habla sobre tales tipos agravados dispone lo que a continuación se refleja:

“La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia [1], la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección [2], o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa [3]”.

3.1.POR RAZÓN DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Uno de los subtipos agravados es el supuesto contenido en el art. 197.7 apdo. 2º CP, relativo a que el sujeto activo del delito sea cónyuge o persona con quien se mantenga o haya mantenido análoga relación de afectividad, sin ser necesaria la convivencia.

Estamos ante una modalidad especialmente lesiva de la conducta delictiva si atendemos a ese contexto sentimental o cercano entre sujeto pasivo y sujeto activo.

Es la traición a la confianza⁹³ del consentimiento mutuo en la grabación y con el firme convencimiento de que la imagen o el contenido no van a salir del círculo íntimo y privado en el que han nacido⁹⁴.

⁹² Vid. por ejemplo ROMEO CASABONA, C. M^a.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. Comares, Granada, 2016, pp. 253-286 (cit., p. 269).

⁹³ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. Intimidad y difusión de sexting no consentido. Op.cit. P. 89.

⁹⁴ DÍAZ TORREJÓN, P., Tratamiento penal..., op. cit., p. 79.

3.2. POR RAZÓN DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO

Asimismo, el CP recoge una agravación de la penalidad asociada al delito de *sexting* cuando nos encontramos ante un sujeto pasivo (el *sexter*) que es menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Aquí la agravación responde al especial reproche penal que merece quien se aprovecha de la vulnerabilidad de tales sujetos pasivos para cometer el delito o facilitar su ejecución.

En este sentido ha surgido una problemática concursal de este nuevo delito (en esta modalidad agravada), respecto al delito de pornografía infantil, regulado y tipificado en el art. 189 CP, coincidiendo en esencia la redacción punible y típica de ambas figuras⁹⁵. No obstante, esto último es en referencia al art. 183 ter. apdo. 2º CP, por lo que escapa al objeto del presente trabajo.

3.3. FINALIDAD LUCRATIVA

En último término, el analizado art. 197.7 CP también establece una agravación de la pena aparejada al tipo atendiendo a la finalidad lucrativa buscada por el sujeto activo. Hablamos de un “móvil económico” que le sirve de guía para cometer la conducta atentatoria contra la intimidad.

Es por esto que se trata de un elemento relacionado con la motivación del autor para delinquir, mostrando una especial reprochabilidad penal del ánimo en la conducta del autor, dirigida por la finalidad de obtener provecho económico a raíz del daño causado.

En lo que a la agravante relativa al fin de lucrarse respecta, habrá que aplicar la definición de finalidad lucrativa que se ha venido aplicando para el caso de los delitos patrimoniales, es decir, “una finalidad de enriquecimiento económico propio o ajeno”⁹⁶.

⁹⁵ Vid. MORALES PRATS, F.: “Delitos contra la intimidad: arts. 197.4 bis y 203.2-3”. En, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.) Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 713-715. En la misma línea, vid. OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: “El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos”. Revista de Derecho y Proceso penal, nº35, 2014, pp. 1-30.

⁹⁶ HERAS VIVES, L., La protección..., op. cit., p. 639. En idéntico sentido, PÉREZ CONCHILLO, E. Intimidad... cit p.93.

Como elemento discrepante a nivel doctrinal encontramos a GONZÁLEZ COLLANTES⁹⁷, criticando esta agravante y señalando que *“no tiene fundamento político- criminal a menos que exista habitualidad, que el sujeto activo en cierta medida se dedique al tráfico de material íntimo de otras personas”*.

3.4. ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN EL SEXTING

Si tales conductas se llevan a cabo en el seno de una organización criminal es de aplicación el art. 197 quater CP⁹⁸.

Se trata de un tipo agravado extensible en aplicación a todos los delitos presentes en el Capítulo I CP, del descubrimiento y revelación de secretos. Igualmente importante resulta resaltar que *“la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma específica para este conjunto de delitos, amplía todavía más la cobertura punitiva de este tipo agravado, que desde la LO 1/2015 figura separado en el art. 197 quater CP, pero mantiene la misma pena agravada, siendo la misma superior en grado”*⁹⁹.

3.5. RELACIÓN ENTRE EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 198 CP Y EL DELITO DEL ART. 197.7 CP

En cuanto al problema que puede plantearse sobre si el tipo agravado recogido en el art. 198 CP puede aplicarse también a este delito, tenemos que:

La modalidad típica se puede agravar (como se ha visto) en base a quién sea el sujeto activo (cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia), determinadas circunstancias del sujeto pasivo (si la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección) o hubiese un ánimo de lucro (los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa).

Cabe reflexionar entonces acerca de la problemática que puede plantearse en torno a si el tipo agravado del art. 198 CP se puede aplicar también al delito del art. 197.7 CP.

⁹⁷ GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: Luces y sombras, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84.

⁹⁸ “Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”. Vid. art. 197 quater CP.

⁹⁹ ROMEO CASABONA, C.Mª., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial... op. cit, p. 274.

El art. 198 CP señala que:

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleándose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.

A este respecto, cuando es una autoridad o funcionario público el que actúa fuera de los casos permitidos por la ley, sin causa legal y prevaleándose de su cargo, el art. 198 CP, impone la pena del tipo básico del art. 197 CP en su mitad superior¹⁰⁰. Además, se le impondrá una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años al tratarse, según RUEDA MARTÍN, *“de un delito especial, pues sólo puede ser realizada la conducta típica aquella persona que reúne una determinada condición para ser autor y que constituye un elemento del tipo objetivo: ser autoridad o funcionario público”*¹⁰¹.

Debido a su consideración de delito especial, es necesario que el autor (sujeto activo) se sirva de su cargo como funcionario público o autoridad. Como el art. 198 CP remite *“al artículo anterior”*, el art. 197 CP (aunque tras la reforma se añadieron varios), sobre su relación con el art. 197 CP cabe señalar que, *“al estar ante delitos heterogéneos, la duda de aplicabilidad debe resolverse a favor del acusado (prohibición de la analogía in malam partem) y, de esa forma, no aplicar esta agravación en los demás delitos, acudiendo a ellos directamente si los mismos resultasen cometidos”*¹⁰².

4. CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PRESUPUESTOS PROCESALES

El art. 201.1 CP establece que *“para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”*.

Señala el precepto en su apartado segundo que *“no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo*

¹⁰⁰ Vid. CASTELLÓ NICÁS, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado, 2015, pág. 510.

¹⁰¹ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. Protección penal de la intimidad personal e informática, 2004, Pág. 121.

¹⁰² ROMEO CASABONA, C.M^a., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho Penal. Parte Especial... op. cit, p. 266.

198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Además, el punto tercero dispone que “*el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5.º, párrafo segundo*”.

Sobre las condiciones de perseguibilidad de estas conductas se ha pronunciado la FGE en el siguiente sentido:

“Esta denuncia no será exigible cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas o cuando el delito fuera cometido por autoridad o funcionario público prevaleándose de su cargo (art 198 CP). A su vez el apartado 3º del precepto examinado atribuye al perdón del ofendido o de su representante legal la capacidad de extinguir la acción penal”¹⁰³.

En los casos en que la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad o persona desvalida podrá denunciar, también, el Ministerio Fiscal¹⁰⁴.

5. PENALIDAD DEL “SEXTING”

Resulta una cuestión muy discutida la referente a la penalidad que lleva aparejado el delito de sexting en los términos del art. 197.7 CP. Incluso hay autores (SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M.¹⁰⁵) que se plantean el refuerzo de la protección hacia la mujer como sujeto pasivo mayoritario de este delito y en especial en los casos de violencia de género en relación con este delito.

5.1. PENALIDAD DEL TIPO BÁSICO (art. 197.7 CP) Y AGRAVADO (art. 197.7 apdo. 2º CP)

Señala el art. 197.7 CP que:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses (...)”.

¹⁰³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 3/2017, p. 19.

¹⁰⁴ Vid. art. 105.2 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Miriam, El derecho a la intimidad y el nuevo delito de sexting, en LÓPEZ ORTEGA/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 193 y ss. En este mismo sentido, MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, pág.144.

Asimismo, y atendiendo al art. 197.7 apdo. 2º CP, debemos recordar que las mencionadas penas se impondrán en su mitad superior cuando estemos ante cualquiera de los tipos agravados analizados anteriormente. En esos supuestos, y tras efectuar el correspondiente cálculo de penas, el castigo de las conductas llevaría aparejada una consecuencia de pena de prisión de 7 meses y 16 días a 1 año.

La pena de multa con independencia del *quantum*, tendría una extensión en su mitad superior de 9 meses y 1 día a 12 meses.

Como vemos, estamos ante una penología poco severa a mi parecer, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y lesionado (la intimidad personal). Además, debemos pensar en el estigma que esta clase de delitos ocasionan al sujeto pasivo (pensemos en casos como el mencionado de Olvido Hormigos).

En lo que a la penalidad respecta, MARTÍNEZ OTERO (en representación de un sector doctrinal), explica que la benevolencia del castigo se debe a que “*no se produce un asalto o desvelamiento no consentido a la intimidad de un tercero, sino tan solo una difusión de la misma sin el debido consentimiento*”¹⁰⁶.

No obstante, (y como siempre suele suceder en Derecho), hay división de criterios y pareceres, puesto que para otro sector doctrinal, la proporcionalidad penal se ve desvirtuada con semejante castigo.

Así pues, de la mano de autores como GONZALEZ COLLANTES¹⁰⁷, el castigo debe ser menor puesto que “el desvalor de la acción es menor al existir consentimiento inicial por parte de la víctima”.

Sin embargo, y como reflexión personal (atendiendo al bien jurídico aquí protegido), resulta hasta cierto punto paradójico que se exija un resultado concreto (“grave menoscabo de la intimidad personal”) y, de forma simultánea, el castigo penológico aparejado sea “liviano” o “laxo”. Es por ello que, a mi juicio, las penas establecidas por la comisión de *sexting* deberían ser más elevadas y severas.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ OTERO, J. M., La difusión..., op. cit., p. 17.

¹⁰⁷ GONZALEZ COLLANTES, T: «Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras» en Revista de derecho penal y criminología, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84 (cit. P. 70).

En mi opinión, y respecto a las opiniones doctrinales antedichas, no coincido con el pensamiento de que quienes sostienen¹⁰⁸ que este tipo delictivo (art. 197.7 CP) avale la “*irresponsabilidad del sujeto*” por considerar que la víctima es responsable directa del daño sufrido, al ser quien revela a un tercero aspectos íntimos de su vida.

6. UNIDAD Y PLURALIDAD DELICTIVA

En este punto conviene aproximarnos hacia supuestos en los que la conducta del sujeto activo cumple los requisitos típicos de varias figuras delictivas y a veces ello se valora de acuerdo a una “*unidad delictiva*” (delito continuado y concurso de leyes) o como una “*pluralidad delictiva*” (concurso ideal, real o medial de delitos)¹⁰⁹.

6.1. EL CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS

En primer término, se puede plantear un concurso real con el delito de amenazas, (en especial hablamos de la modalidad de chantaje). Veamos el siguiente supuesto:

Inolfo está casado con Helga desde hace 28 años y tienen dos hijos en común. A pesar de ello, Inolfo tiene una amante (Macaria), con la que concierta encuentros sexuales esporádicos. Inolfo quiere abandonar sus conductas infieles y decide a Macaria que no quiere encontrarse más con ella. Anteriormente, Inolfo había accedido a grabar contenido sexual suyo con Macaria (a petición de esta última). Al ver que Inolfo quiere dejar de quedar con ella, Macaria amenaza a Inolfo con difundir y revelar el contenido sexual captado a la mujer de este (Helga), si no le da la cantidad de 3.000 euros.

En este supuesto hipotético, podemos apreciar como hay un claro componente intimidatorio y amenazante (acompañado de la flagrante violencia psíquica o intimidación que supone el temor de la eventual revelación de contenidos sexuales). Estaríamos ante un delito de chantaje (arts. 171.2 CP). Así las cosas, y siguiendo lo establecido en el art. 171.2 CP¹¹⁰ tenemos que esa *vis compulsiva*¹¹¹ (amenazar con

¹⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Derecho Penal Español. Parte Especial”, op. cit. p. 338; JORGE BARREIRO, A. Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 30.; MARTÍNEZ OTERO, J. M. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista..., op. cit., p.11.

¹⁰⁹ ESTRELLA ESCUCHURI, A., En, ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 331-347 (cit. p. 332).

¹¹⁰ Artículo 171.2 CP: “Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés...”.

¹¹¹ Vid. art. 172.1 CP: “El que, (...) le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (...)”. Tipo básico de coacciones.

revelar hechos referentes a la esfera privada – *el adulterio* – que no son conocidos), es lo que configura la conducta subsumible en el art. 172 CP (ya que la difusión de tales hechos – *la infidelidad de Inolfo* – puede afectar a su fama).

Como además existe un reenvío posterior no autorizado (de un material que se obtuvo de forma lícita), también concurre *sexting* (art. 197.7 CP).

De igual forma, se puede plantear un eventual concurso ideal con el delito de tratos degradantes.

La FGE, aporta en sus Circulares importantes consideraciones acerca de delitos como el *sexting* y su configuración jurídica. Así, la Circular 3/2017 FGE apunta que numerosas conductas de *sexting* junto con el propio delito del art. 197.7 CP podrían constituir un delito de trato degradante previsto en el artículo 173.1 CP. Puede darse respecto a los *extranei* cuando continúan con la difusión en cascada de las imágenes que han recibido a sabiendas de que no hay un consentimiento por parte del sujeto pasivo en dicha difusión.

Para comprender este delito del art. 173.1 CP contra la integridad moral resulta de gran ayuda el planteamiento jurisprudencial acerca del art. 15 CE cuando expone que: “*La integridad moral configura un espacio propio (...) y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad*”¹¹².

En estos casos se castigaría mediante un concurso ideal de delitos (artículo 77.2 CP) entre el 173.1 y 197.7 CP, previendo la consecuencia jurídica conforme al sistema de absorción con agravación, es decir, se impone la pena prevista para la infracción más grave con agravación o de manera subsidiaria de acuerdo al sistema de acumulación para poder aprehender por sí solo el total desvalor de la conducta (sin que ello pueda considerarse un concurso de leyes).

Cuando estemos ante una víctima menor de edad, la FGE, *aplicaría para la distribución en concurso real el artículo 197 con el artículo 189.1.b) del Código para*

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004, de 2 de noviembre de 2004.

*captar la totalidad de lo injusto: la lesión de la intimidad y la propia imagen y la puesta en peligro de los menores en general*¹¹³.

Estaríamos por tanto ante un concurso que vincularía el tipo general del art. 197 CP con el art. 189 CP (escapando del ámbito propio del art. 197.7 CP).

Pero se llegaría al absurdo de que se castigaría con una pena mayor la difusión de aquellas imágenes de cuya captación el menor no fue consciente, que aquellas en las cuales participó de forma activa o pasiva en una conducta sexual (siempre que no mediaran abusos sexuales u otros delitos).

Considero que la pena del artículo 189 recoge la totalidad del tipo de lo injusto al proteger la intimidad y propia imagen del menor y que, en todo caso, estaríamos ante un concurso medial y no real.

6.2. EL DELITO CONTINUADO DE SEXTING

El delito continuado no resulta de aplicación debido a que el bien jurídico protegido en el art. 197.7 CP es la intimidad. El art. 74.3 CP señala que quedan exceptuadas (del delito continuado) las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo el honor y la libertad e indemnidad sexuales.

En la medida que la intimidad es un bien eminentemente personal, no se contempla su aplicación.

7. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL ART. 197 quinquies EN RELACIÓN CON EL 31 bis CP

En este delito se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de acuerdo a lo establecido en el art. 31 bis CP.

El art. 197 *quinquies* CP dispone que:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

¹¹³ Consulta FGE 3/2006, cit. n. 15, pp. 24-25.

8. CONCLUSIONES

Después del estudio analizado voy a hacer referencia a las principales cuestiones que plantea la interpretación del precepto estudiado:

1- El bien jurídico protegido en el art. 197.7 CP es la intimidad. A él hace referencia el propio precepto legal, que exige como resultado un menoscabo grave a la intimidad personal del sujeto afectado.

2- Es un delito especial de propia mano. Al configurarse como un delito especial propio incurre en responsabilidad únicamente quien, habiendo obtenido con anuencia del sujeto pasivo la imagen o grabación, inicia la cadena de difusión consciente de que carece de tal consentimiento.

3- La conducta típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros, sin autorización de la persona afectada, imágenes o grabaciones audiovisuales que con anterioridad han sido obtenidas por el sujeto de forma lícita.

4- El objeto material incluye no solo imágenes sino también audios, puesto que la difusión de un audio también puede lesionar el bien jurídico protegido.

5- El material audiovisual puede haber sido grabado por la propia víctima o por el propio autor en su ámbito íntimo.

6- El material audiovisual tiene en la mayoría de los casos un contenido sexual, pero también puede tener otro contenido que afecte a la intimidad que no tenga ese carácter sexual.

7- Una parte de la doctrina pone en duda que la conducta que consiste en difundir el material audiovisual que ha sido previamente enviado por la propia víctima sea típico. Es curioso que no esté claro si es o no típica la conducta que motivó la introducción de este tipo delictivo en nuestro Código penal (caso Olvido Hormigos).

8- El art. 201 CP exige como condición de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada (o de su representante legal). En los casos en que la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad o persona desvalida podrá denunciar, también, el Ministerio Fiscal. Además, el precepto reconoce la eficacia del perdón del ofendido a efectos de extinción de la acción penal.

9- La introducción de este delito en nuestro Código penal me parece adecuada. Si algo tenemos claro los juristas es que el Derecho es deudor de su tiempo. Por ello, es adecuado que el Derecho se adapte a las nuevas exigencias de la sociedad moderna, cada vez más cambiante y cada vez más tecnologizada.

10- Sin embargo, considero que, como han señalado la doctrina¹¹⁴ y la jurisprudencia¹¹⁵, el legislador debería mejorar la redacción del art. 197.7 CP.”¹¹⁶.

11- Por último, considero que la penalidad del *sexting* es demasiado liviana. El estigma que la revelación de los contenidos sexuales (que es la conducta que con más frecuencia se da en la práctica) pesa durante toda la vida personal y profesional de la víctima, suponiendo una mácula muy difícil de borrar. Por ello, a pesar de que un sector doctrinal estima que la penalidad vigente es desproporcionada, en tanto la víctima se ha despojado voluntariamente de su intimidad, en mi opinión, debería elevarse. Una buena tipificación del delito y unas consecuencias jurídicas que sean percibidas como firmes por quienes lo perpetran, son, en mi opinión, necesarios para trazar el camino que nos permita, si no erradicar, sí controlar la comisión de estas conductas.

Como “*la desconfianza es la madre de la seguridad*”¹¹⁷, no permitamos como individuos que nuestra intimidad se vuelva “*extimidad*” y caiga en manos de quien solo pretende hacer de nuestra vida privada, algo notorio. En caso de que eso suceda, brindemos desde el Derecho garantías de protección eficaces para hacer de la seguridad jurídica algo poderoso.

¹¹⁴ Siguiendo el criterio de autores como GUIASOLA LERMA (GUIASOLA LERMA, Cristina, Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del sexting, en FAYOS GARDÓ, Antonio, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014, págs.113-130.) o ARNAIZ VIDEA (ARNAIZ VIDEA, Javier, El sexting en el código penal español, Diario La Ley, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.).

¹¹⁵ La STS 492/2020 señala que la redacción del precepto es tautológica: “La defectuosa técnica jurídica que inspiró la redacción del precepto dificulta la exégesis. Basta reparar en el sabor tautológico del último inciso del art. 197.7, en el que se alude a la «intimidad personal de esa persona», como si existiera una intimidad no personal y, por tanto, desvinculada de una persona

¹¹⁶ FUNDAMENTO DE DERECHO 2. STS 492/2020. Op.cit.

¹¹⁷ ARISTÓFANES. Apud. ROMAN, J. D. Homo Politikos. Editorial LibrosEnRed, 2006. ISBN 9781597541770. (p. 117).

I. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA, J. R., & GÓMEZ-DURÁN, E. L. (2016). Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, (22), 21-47. Gámez-Guadix, M., Almendros, C., Borrajo, E., & Calvete, E. (2015). Prevalence and association of sexting and online sexual victimization among Spanish adults. *Sexuality Research and Social Policy*, 12(2), 145-154.

ALASTUEY DOBÓN, C., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): "Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito", Comares, Granada, 2016, pp. 185-202.

ARMAZA ARMAZA, E. J., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): "Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo". Comares, Granada, 2016, pp. 159-178.

BALLESTER-ARNAL, R., NEBOT-GARCIA, J. E., RUIZ-PALOMINO, E., GIMÉNEZ-GARCÍA, C., & GIL-LLARIO, M. D. (en prensa). "INSIDE" Project on Sexual Health in Spain: The Impact of the Lockdown Caused by COVID-19. *Sexuality Research and Social Policy*.

BOLDOVA PASAMAR, M., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I" en, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): "Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo". Comares, Granada, 2016, pp. 191-210.

CARRASCO ANDRINO, M. M., MOYA FUENTES, M. M., OTERO GONZÁLEZ, M. P.: "Delitos contra la intimidad: art. 197.4 bis CP". En, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 707-712.

CASTELLÓ NICÁS, N. (2015). Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor. En L. Morillas Cuevas (dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). (pp. 487-514). Madrid: Dykinson.

COLÁS TURÉGANO, A., "Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art. 197, 197 bis, 197 ter)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, A.,

GÓRRIZ ROYO, E., Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.”, cit, p. 668.

DÍAZ CORTÉS, L. M. (2019). El sexting secundario entre menores: bien jurídico y respuesta penal. Pamplona: Aranzadi.

DÍAZ TORREJÓN, P., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Tratamiento penal del sexting”, Jornadas del 13 al 14 de julio, 2017, p. 12.

DÍAZ TORREJÓN, P., “Tratamiento penal del sexting”, Centro de Estudios Jurídicos, 2017, p. 13.

DOLZ LAGO, M.J., “Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015” Diario La Ley, Nº 8758, Sección Doctrina, 10 de Mayo de 2016.

DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLLO, E.: “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad”. Diario La Ley, nº 8744, Sección Doctrina, 19 de abril de 2016, pp. 1-20 (cit., p. 4).

ESTRELLA ESCUCHURI, A., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 331-347.

ESTUDIO SOBRE LA CIBERCRIMINALIDAD EN ESPAÑA. De la última edición existente, 2020: Ministerio del Interior. Gobierno de España. NIPO 126-19-018-9. Sistema Estadístico de Criminalidad: Datos de los cuerpos policiales. Ministerio del Interior. Gobierno de España.

FLORES MENDOZA, F., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 213-221.

GÁMEZ-GUADIX, M., DE SANTISTEBAN, P. & RESETT, S. (2017). Sexting among Spanish adolescents: Prevalence and personality Profiles. Psicothema, 29, 29-34.

GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C.: Lecciones de derecho penal parte especial, 2.ª edición, edit. EDISOFER, S. L., Madrid, 2015, pág. 86-88.

GASSÓ, A. M., MUELLER-JOHNSON, K., & MONTIEL, I. (2020). Sexting, online sexual victimization, and psychopathology correlates by sex: depression, anxiety, and global psychopathology. *International journal of environmental research and public health*, 17(3), 1018.

GONZALEZ COLLANTES, T: «Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras» en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84 (cit. P. 70).

GÓRRIZ ROYO, E.M., “Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red”, Tirant, 2016, pp. 10 y ss.

GUISASOLA LERMA, C.: «Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión de sexting sin consentimiento tras la reforma de 2015» en *Menores y redes sociales*, Valencia, 2016, p.17.

HERAS VIVES, L., “La protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español”, *Depósito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona*, 2017, p. 1-719.

JORGE BARREIRO, A. *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 30.

JUDEL PRIETO, A., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C (Dir.), *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, cit. p. 282.

LLORÍA GARCÍA, P., “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, *Elderecho.com*, 2013

MAGRO SERVET, V., “Los delitos de Sexting (179.7) y Stalking (172) en la Reforma del Código Penal”, *Ponencia de formación continuada Fiscalía General del Estado*, 16 marzo 2015, Pp. 11-21.

MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: Un análisis jurídico”, *Derecom*, n. 12, 2014, p.8.

MAYO CALDERÓN, B., "Delitos contra el honor", en ROMEO CASABONA, C.Mª; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.), “Derecho Penal. Parte Especial.

Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”. Comares, Granada, 2016, pp. 287-302.

MENDO ESTRELLA, A. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2016, núm. 18-16, pp. 1-27.

MORALES PRATS, F.: “Delitos contra la intimidad: arts. 197.4 bis y 203.2-3”. En, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.) Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 713-715. En la misma línea, vid. OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: “El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos”. Revista de Derecho y Proceso penal, nº35, 2014, pp. 1-30.

PÉREZ CONCHILLO, E. Intimidad y difusión de sexting no consentido. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2018, 113 pp. [ISBN: 978-84-9190-114-3].

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal Español. Parte Especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 337-340.

QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 464.

REBOLLO DELGADO, L. “El derecho fundamental a la intimidad”. 2008. p. 273.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Tutela penal de la privacidad compartida. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas” Centro de Estudios Jurídicos, 2015, p. 14.

ROMAN, J. D. Homo Politikos. Editorial LibrosEnRed, 2006. ISBN 9781597541770. (p. 117).

ROMEO CASABONA, C. M^a.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. Comares, Granada, 2016, pp. 253-286.

RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, siguiendo el pensamiento planteado por Welzel. En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.):

“Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 91-148.

RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, URRUELA MORA, A. “Las causas de irreprochabilidad”. En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, p. 289-301.

RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal. Op.cit. P.165. En este sentido Vid. JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”. En: Actualidad Jurídica Aranzadi. Editorial Aranzadi: 2016, núm. 917, 6 pp.

RUIZ DE VELASCO PÉREZ, M., “Protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento”, ADPCP, VOL. LXXIII, 2020, p.771.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, M., El derecho a la intimidad y el nuevo delito de sexting, en LÓPEZ ORTEGA/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 193 y ss. En este mismo sentido, MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, pág.144.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)”, Revista de Internet, Derecho y Política, n. 27, 2018, p. 36.

URRUELA MORA, A., En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 257-270.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes”, 2016, p. 1-34.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. En, ROMEO CASABONA, C.M^a; BOLDOVA PASAMAR, M; SOLA RECHE, E (Coords.): “Derecho penal. Parte General: Introducción teoría jurídica del delito”, Comares, Granada, 2016, pp. 303-314.

II. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

Auto Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), el 15 marzo de 2013. Roj: AJPII 17/2013 – [ECLI:ES:JPII:2013:17A]

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SAP)

SAP Granada de 5 de junio de 2014 – [ECLI:ES:APGR:2014:1051]

SAP Madrid, Nº185/2016, de 15 de marzo – [ECLI:ES:APM:2016:185AA]

SAP Barcelona 302/2017, de 24 de abril – [ECLI:ES:APB:2017:2993]

SAP Guipúzcoa 140/2019, de 01 de julio – [ECLI:ES:APSS:2019:714]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (STC)

STC 62/1982, de 15 de octubre.

STC 180/1999 de 11 de octubre - [ECLI:ES:TC:1999:180]

STC 158/2009 de 28 de julio de 2009 - [ECLI:ES:TC:2009:158]

STC 25/2019 de 25 de febrero de 2019 - [ECLI:ES:TC:2019:25]

TRIBUNAL SUPREMO (STS)

STS de 12 de mayo de 1971 – (RAJ: 2287)

STS 1218/2004 – [ECLI:ES:TS:2004:7040]

STS 492/2020 – [ECLI:ES:TS:2020:492]

STS 530/2020 – [ECLI:ES:TS:2020:530]

STS 223/2021 – [ECLI: ES:TS:2021:223]

III. APÉNDICE NORMATIVO

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Constitución española de 1978 [Referencia: BOE-A-1978-31229].

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

CIRCULARES FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (CFGE)

Consulta FGE 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, 29 de noviembre de 2006, (pp. 24-25). [Referencia: FIS-Q-2006-00003].

Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. [Referencia: FIS-C-2017-00003].