



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Delito de *sexting*: un antes y después de la Ley Orgánica

1/2015

Autor: Diego Guallar Asensio

Tutor: Asier Urruela Mora

Curso académico: 2019-2020

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. FACULTAD DE
DERECHO.

ÍNDICE

I.	Resumen	4
1.1.	Temática abordada en el Trabajo Fin de Grado	4
1.2.	Razón de la elección del tema.....	4
1.3.	Metodología seguida.....	4
II.	Fenomenología del delito de sexting.....	5
2.1.	Introducción	5
2.2.	Concepto de <i>sexting</i>	6
III.	Bien jurídico protegido	9
IV.	Evolución del tipo penal.....	12
4.1.	Situación previa a la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo.	12
4.1.2	Caso Olvido Hormigos.....	17
4.2.	Situación tras la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo.	18
4.2.1.	Posiciones en contra	18
4.2.2.	Posiciones a favor.....	20
V.	Ánalisis del tipo.....	22
5.1.	Tipo básico.....	22
5.1.1	Acción típica	23
5.1.2	Objeto material.....	24
5.1.3	Menoscabo grave de la intimidad	29
5.1.4	Sujetos	31
5.1.5	Elemento subjetivo.....	33
5.2.	Tipo agravado	35
5.3.	Penalidad.....	39
5.4.	Concursos.....	40
5.4.1	Sexting y sextorsión	40
5.4.2	<i>Sexting</i> y trato degradante	42
5.4.3	<i>Sexting</i> y menores: relación con el delito de pornografía infantil.....	43
VI.	Conclusiones	49
VII.	Bibliografía.....	52

Lista de abreviaturas utilizadas

art.: artículo

CE: Constitución Española

cit: citado

Coord., Coords.: Coordinador, coordinadores

CP: Código Penal

Dir., Dirs.: Director, directores

FGE: Fiscalía General del Estado

LO: Ley Orgánica

nº, núm: Número

p. pág.: página

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

SJI: Sentencia Juzgado de Instrucción

SJP: Sentencia Juzgado de lo Penal

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TIC: Tecnologías de la Información y Comunicación

TS: Tribunal Supremo

I. Resumen

1.1. Temática abordada en el Trabajo Fin de Grado

El presente Trabajo de Fin de Grado de Derecho tiene por objeto de estudio el fenómeno del *sexting*, delito que fija la reforma que lo introduce en el apartado 7 del artículo 197 Código Penal (en adelante CP) como un delito de descubrimiento y revelación de secretos. En concreto, aunque puntualmente a lo largo del trabajo se haga referencia el *sexting* primario, la cuestión tratada, los ejemplos que se proponen y los casos jurisprudenciales abordados giran en torno al *sexting* secundario.

1.2. Razón de la elección del tema

El motivo que me ha llevado a escoger el *sexting* como tema de mi Trabajo Fin de Grado se vincula con los recientes casos en relación con dicha cuestión surgidos particularmente en la esfera pública, lo que ha ocasionado una mayor repercusión y conocimiento del tema, me refiero a casos como el conocido “caso Olvido Hormigos” (comentado en profundidad más adelante). Como consecuencia de la novedad del tema desde la perspectiva penal ya que, el *sexting* como delito fue tipificado en 2015, son todavía escasos los trabajos doctrinales en relación con el particular. Además, es un problema creciente en la sociedad de hoy en día teniendo un gran impacto en los derechos fundamentales, desembocando en casos de extrema gravedad como fue el suicidio de una trabajadora de IVECO tras difundirse un video sexual suyo.

Es por estas razones, novedad, reciente tipificación e impacto social que considero el tema elegido como altamente relevante desde una perspectiva tanto doctrinal como social.

De esta manera, las cuestiones planteadas a lo largo del trabajo giran en torno a la nueva tipificación del delito, (en particular, si se considera acertada y necesaria), desde una perspectiva tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.

1.3. Metodología seguida

En lo referido a la manera de desarrollar el trabajo, las actividades más importantes se han centrado en la búsqueda de doctrina sobre el tema en plataformas digitales principalmente, como Catalogo Roble, Smarteca y revistas jurídicas. En cuanto a jurisprudencia se refiere, he centrado la búsqueda en soportes jurídicos como Aranzadi, la plataforma del Consejo General del Poder Judicial, así como la ayuda externa de un abogado penalista, que me ha facilitado sentencias relacionadas con el tema.

La metodología seguida, como se puede apreciar en el índice, se funda en un análisis introductorio del fenómeno del *sexting*, una toma en consideración de los motivos que han llevado a su regulación y el estudio del tipo penal.

II. Fenomenología del delito de *sexting*

2.1. Introducción

La actualidad muestra como el creciente uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC) han supuesto un cambio en la forma de relacionarse de la sociedad.

Las nuevas tecnologías son consideradas un “arma de doble filo”, en el sentido que son un instrumento muy útil que facilita la vida cotidiana de las personas por la facilidad con la que permiten realizar innumerables tareas, desde comunicación, búsqueda y envío de información, nuevos métodos de pago, etc. Pero a su vez, esta facilidad de transmisión de información supone un peligro para las personas debido a la afección que tiene para ciertos bienes constitucionalmente protegidos, provocando un cambio en la forma de cometer ilícitos penales alejándose de las conductas clásicas de comisión de un delito. Por ende, el derecho y en concreto del derecho penal, no ha obviado este cambio y no puede mantenerse impasible a las nuevas realidades sociales que surgen debiéndose adaptar a las nuevas formas de delito que se cometen fruto del uso de las TIC.

La reforma operada en el Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015¹, trae causa de 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. Es considerada una de las más importantes reformas realizadas debido al gran número de preceptos que afectó y estableció una especial protección a los delitos contra la intimidad (Título X CP).

El legislador justifica estas modificaciones como «objeto de una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas

¹ 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.

sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal»²

En este sentido y como objeto principal de estudio del presente trabajo, se introdujo un nuevo tipo delictivo: *sexting*³, artículo 197.7 CP en sede del título X de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen, y la inviolabilidad del domicilio. A mayor precisión, el *sexting* no es un delito en sí mismo, sino que la conducta de difusión de *sexting* ajeno encuentra cabida en la letra de este artículo 197.7, no obstante este tipo de conductas fueron el principal precedente para incluir la redacción del nuevo precepto. La Exposición de motivos de la LO 1/2015, justificó la modificación del artículo 197 en el siguiente sentido: «El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima.

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».

2.2. Concepto de *sexting*

La palabra *sexting* tiene su origen etimológico en la unión de dos anglicismos, *sex* refiriéndose a sexo y *texting* refiriéndose al envío de SMS⁴. De acuerdo al Observatorio de la Seguridad de la Información del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), el *sexting* consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotos y vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. El contenido de

² Apartado I del Preámbulo de la 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.

³ El delito que se castiga es concretamente el *sexting* secundario (posteriormente explicado), pero en el trabajo se utiliza mayoritariamente la palabra *sexting* para referirse al delito

⁴ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. Tirant lo Blanch 2018. Valencia [consultado Febrero 2020] p. 11

carácter sexual, generado de manera voluntaria por su autor, pasa a manos de otra u otras personas, pudiendo entrar en un proceso de reenvío masivo multiplicándose su difusión.⁵

El fenómeno del *sexting* adquirió notoriedad sobre todo entre los adolescentes en Estados Unidos a principios del siglo XXI, cuando una adolescente se quitó la vida después que un video sexual suyo fuese difundido en su instituto⁶. No obstante, debido a la inexistencia de barreras tecnológicas en el intercambio de información, esta conducta es extensible a cualquier parte del mundo. En relación con los adolescentes, está desarrollado en el apartado 5.4.3 debido a la importancia del mismo porque puede desencadenar en delitos de mayor gravedad como es la pornografía infantil tipificado en el artículo 189 CP también como consecuencia de la LO 1/2015 y demás conductas relacionadas como sextorsión, *bullying, cyberbullying o grooming*.

La introducción del *sexting* como conducta punible se produjo en 2015 y el principal objetivo de esto era evitar las conductas entre población menor de edad. No obstante, la mayor parte de conductas de este tipo en España se producen entre adultos⁷, especialmente en relaciones de pareja, de hecho, llama la atención que las estadísticas de resoluciones judiciales en España, alrededor del 75% de sentencias sobre el tema tienen como sujetos personas mayores de edad⁸.

También es de especial interés analizar esta conducta desde una perspectiva de género; este delito guarda una estrecha relación con el delito de violencia de género, pues los estudios muestran como la relación sexo/género-riesgo es muy alta cuando del sexo femenino se trata. Es decir, cuando la protagonista del material erótico es una mujer, la probabilidad de que ese material sea difundido es mayor que si de un hombre se tratara⁹.

El *sexting* se fundamenta en la relación de confianza existente en una pareja, aunque no es presupuesto necesario que se trate de una pareja o expareja para configurar el delito, ya que puede darse en situaciones de relaciones de amistad¹⁰. Cuando esa relación de

⁵ Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo. Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO y Pantallas Amigas. Febrero 2011. p.6

⁶ MENDOZA CALDERON, S. *El "sexting" entre adolescentes* en *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*. Tirant monografías *cit* p. 169

⁷ Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo *cit* p.7

⁸ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimididad...* *cit* p. 17

⁹ SORIANO RUIZ, N. «Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España» en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* ISSN: 2531-1565, 2019

¹⁰ 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

confianza se quiebra, principalmente tras la ruptura en relaciones de pareja, provoca en uno de los sujetos un sentimiento de despecho y el consiguiente reenvío del material sexual, es lo que se denomina como “*revenge porn*” o “porno venganza” (en su traducción literal) que consistiría en el reenvío a terceras personas de material erótico por parte de uno de los sujetos de la pareja obtenido con la anuencia del otro, pero la posterior divulgación (por venganza o “*revenge*”) se hace sin el consentimiento necesario.

La definición jurisprudencial del *sexting* la encontramos en la SAP 351/2014 Granada¹¹: «El envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre».

Según FERNANDEZ OLMO¹², en la determinación del *sexting* deben concurrir tres factores de especial relevancia para considerar una conducta como tal:

- Voluntariedad: significa que es el sujeto pasivo del delito quien de manera consciente y sin ninguna coacción ha generado el contenido de las fotos o videos o ha permitido que el sujeto activo genere dicho contenido.
- Tenencia de dispositivos tecnológicos: ya se ha nombrado la importancia de las TIC en la sociedad actual y en este nuevo tipo delictivo. Además la propia etimología de la palabra (*texting*: texteo por medio de nuevas tecnologías) se deduce la necesidad de teléfonos móviles. Por tanto, es presupuesto fundamental que el envío de las fotografías o videos se haya producido a través de estos medios tecnológicos.
- Imágenes o videos de tipo sexual o erótico: es imprescindible que el protagonista esté en una actitud o pose sexual quedando fuera de la conducta actitudes “atrevidas” pero sin contenido erótico.

informáticos: «*Es este un precepto (art. 197.7CP) con el que el Legislador pretende hacer posible la respuesta penal ante determinadas conductas asociadas con frecuencia, aunque no necesariamente, a supuestos de ruptura en relaciones de pareja o de amistad, que se ven favorecidas por la potencialidad que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) para el copiado y difusión de imágenes y contenidos*»

¹¹ Sentencia Audiencia Provincial Granada, Sección primera 351/2014, 5 de Junio de 2014. Base de datos utilizada: Aranzadi Instituciones

¹² FERNANDEZ OLMO, I. *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles.* y MENDOZA CALDERON, S. *El “sexting” ... cit p. 170*

- Fernández Olmo no lo señala en su texto, pero otros autores como PEREZ CONCHILLO¹³ también han incluido como factor importante para determinar el delito la necesidad de que ese contenido se haya producido en el ámbito privado, esto es, de manera “casera”. Por lo que la difusión de material erótico de una persona cuando ha sido ella misma la que lo ha “posteado” en alguna red social o en página web, no podría considerarse delito.

Así las cosas, podemos diferenciar dos tipos de *sexting*: primario y secundario. El primario se da cuando el protagonista comparte con una persona, dentro de una relación de confianza, material propio de contenido sexual. Hasta aquí, esta conducta no merece relevancia penal ya que entra dentro de la libertad sexual de cada persona.

Lo determinante del problema es el denominado *sexting* secundario y el tipificado en el Código Penal: reenvío de ese material erótico por parte del sujeto activo a terceros sin el consentimiento del sujeto pasivo. Es en este momento, cuando sale de la esfera de control del sujeto activo, cuando se produce un menoscabo en su intimidad y la conducta debe ser punible.

Como ejemplo a estas dos conductas, propongo un supuesto imaginario para discernir entre una y otra:

Imaginemos que A (sujeto pasivo) se graba un video de contenido sexual y lo manda a su pareja B (sujeto activo) con total conocimiento de la causa y de manera voluntaria. Hasta aquí, se trata del denominado *sexting* primario, A ha mandado un video sexual de manera voluntaria a B.

Sin embargo, tras romper con la relación, B por sentirse ninguneado lo envía por despecho entre sus amigos, obviamente sin el consentimiento de A, de lo que A se entera. Esto integraría el denominado *sexting* secundario, reenvío de las imágenes sin consentimiento del sujeto pasivo.

III. Bien jurídico protegido

La utilización de las TIC ha supuesto una intrusión en la esfera social actual ya que ha provocado un cambio en la forma de interrelacionarse y por tanto, una nueva

¹³ PEREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* cit p.53

concepción de lo íntimo, pues lo que en el pasado se consideraba estrictamente perteneciente a la esfera íntimo-familiar, ahora es compartido en las redes sin ningún pudor.

En este sentido resulta habitual que los jóvenes publiquen fotos en redes sociales con cierto contenido explícito o incluso sexual, algo que en el pasado no sería concebible. No estoy analizando la moralidad de dicha práctica, aunque resulta evidente la importancia de una correcta educación para conocer los peligros que esto puede desencadenar, sino que con esto quedan evidenciadas las nuevas posibilidades que surgen de afección a bienes jurídicos y la necesidad de una jurisprudencia adaptada a este nuevo contexto.

El delito de *sexting* secundario se encuentra encajado en el Título X del CP, cuya rúbrica es «delito contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio». La protección que se otorga en este título es triple, pero es evidente que la conducta de *sexting* no supone una afección a la inviolabilidad de domicilio, por lo que la cuestión a dilucidar es si el bien afectado es la intimidad o la propia imagen, ambos consagrados en el artículo 18.1 de la Carta Magna: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

En relación a esta dicotomía, se ha pronunciado tanto el Tribunal Constitucional, definiendo ambos conceptos, como la doctrina.¹⁴

Así, la STC 81/2001 relativa al derecho a la propia imagen: «el derecho a la propia imagen (...) atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea su finalidad – informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde». En relación con el derecho a la intimidad, la STC 123/2003: «el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida».

¹⁴MENDO ESTRELLA, A. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2016, p. 6-7

Desde el punto de vista de la doctrina es unánime la opinión de que el bien jurídico protegido es la intimidad, si bien en ocasiones puede considerarse también afectada la propia imagen de manera tangencial, no con carácter excluyente de la intimidad. Así, VALEIJE ÁLVAREZ «la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, tanto en el plano conceptual-categorial como en el plano jurídico positivo, no reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad»¹⁵.

A mi parecer, la distinción entre ambos conceptos no ha lugar ya que el derecho a la propia imagen no puede cubrir la repercusión que tiene la revelación de fotos y/o vídeos sexuales, si bien podrá verse afectado junto a la intimidad, en la línea que expone Valeije Álvarez.

Centrándonos en el bien jurídico intimidad, es un bien fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE, también está tipificado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶ o artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde se reconoce el derecho al respeto de la esfera privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia¹⁷, como esencia del libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana (artículo 10 CE).

El concepto intimidad no está definido legalmente de manera clara y precisa y por tanto, es una tarea que corresponde al juzgador. De esta manera, el TC, tal y como expone ROMEO CASABONA¹⁸, ha logrado perfilar un concepto de difícil acotamiento.

En un primer momento, la interpretación tradicionalista del concepto intimidad o “vertiente negativa” y adoptada en el pasado por el TC, se basaba en considerar la intimidad como una idea de aislamiento, no dejar pasar a terceros a la esfera íntima¹⁹ “a ser dejado solo”, donde el máximo exponente de intimidad era el domicilio. No obstante,

¹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I. «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento» en CARBONELL MATEU, J.C. GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1882-1883

¹⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III)

¹⁷ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. El convenio fue ratificado por España en fecha 4 de octubre de 1979, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del 10 de octubre de 1979.

¹⁸ ROMEO CASABONA, CM^a: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 34

¹⁹ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...cit* p.33

esta visión anticuada es dejada a un lado y el propio TC comienza a considerar la denominada “vertiente positiva” entendida esta como la capacidad de la persona de decidir lo que quiere o no compartir, así LÓPEZ ORTEGA «la intimidad, se identifica así con la capacidad de control de las informaciones que sobre uno mismo puedan tener otras personas o, más exactamente, con la posibilidad de auto determinarse en el ámbito informativo, es decir, con la capacidad de determinar cómo, cuándo y en qué medida se comunica información a otro»²⁰ y exigir que terceros no puedan conocer información de su vida privada. En este sentido la Audiencia Provincial de Asturias: «la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público».

IV. Evolución del tipo penal

4.1. Situación previa a la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo.

El bien jurídico que se pretende proteger frente al delito de *sexting* es el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 Constitución Española.

Ya con carácter preconstitucional, el artículo 497 del Código Penal de 1848 otorgaba protección a este derecho fundamental a través del apoderamiento de soporte documental y posterior divulgación.

No obstante, como consecuencia de la emergente sociedad de la información y comunicación y los avances de la tecnología, las regulaciones previas quedaron obsoletas y se introdujo una reforma en el Código Penal de 1995 relativa a la protección del derecho a la intimidad. Como reza el artículo 197 en su apartado primero: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, **sin su consentimiento**, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal

²⁰ LÓPEZ ORTEGA, J.J.: *Intimidad informática y derecho penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)* citado por PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* cit p.33

de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses»

Así pues, el consentimiento otorgado por la víctima en la grabación de vídeos o toma de imágenes de contenido sexual o el envío *motu proprio* de estas imágenes por parte de la víctima a otra persona (consentimiento implícito), convertía en atípica (desde la actual perspectiva del *sexting* secundario) el posterior reenvío de ese material a terceros aun sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Por consiguiente, era presupuesto necesario, consagrado como elemento negativo del tipo, que el apoderamiento del material erótico se produjese de manera ilícita («sin consentimiento»).

Esta era la línea que mantenía la jurisprudencia para enjuiciar este tipo de casos, por ejemplo la SAP Granada 351/2014²¹, antes comentada. El tribunal debía juzgar un caso en el que dos menores de 15 años mantenían una relación sentimental y como juego en el marco de esta, la chica mandó fotos eróticas a su pareja con total consentimiento. Sin embargo, el chico, para “motivar a sus amigos antes de un partido” se las reenvió llegando incluso hasta la víctima. El tribunal no apreció delito del 197 CP porque «no cabe hablar de no consentido cuando lo que desencadena la difusión “en cascada” del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación. Y tal consentimiento debe considerarse válido aunque A. sea menor de edad y cuente a fecha de los hechos con quince años de edad, pues si el Legislador viene a considerar válido el consentimiento de una persona a partir de los trece años para mantener relaciones sexuales, parece evidente que también debe considerarse válido dicho consentimiento para remitir una fotografía donde aparece desnuda, con un alto contenido sexual». Por tanto, esta sentencia resulta muy clarificadora de la situación antes de la reforma de la LO 1/2015.²²

Así las cosas, cabría preguntarse si la conducta en tela de juicio quedaba impune.

La manera de incriminar la conducta definida como *sexting* secundario, sería:

²¹ Sentencia Audiencia Provincial Granada, Sección primera 351/2014, 5 de Junio de 2014. Base de datos utilizada: Aranzadi Instituciones

- En primer lugar: a través del artículo 197.3 en relación con el 197.1 y 197.5 o 197.2 CP²³, porque es el apartado tercero el que hace referencia a la *difusión, revelación o cesión* de este material.

En este sentido argumentaba la jurisprudencia. Así, la SAP Córdoba 91/2011²⁴: dos sujetos que mantenía una relación sentimental utilizaban una dirección de correo electrónico (propiedad de uno de ellos) a la que accedían los dos para compartir imágenes sexuales. Tras la ruptura de la relación, el sujeto que no era propietario de la cuenta continuaba accediendo a dicha cuenta y obtuvo fotos del otro de marcado carácter sexual compartiéndolas con esa cuenta en una página de búsqueda de pareja. Así reza el Fundamento Jurídico (FJ) 2º: «el tipo básico contenido en el art. 197.1 abarca una gama de conductas que tienen como denominador común la intromisión sin autorización en la esfera de intimidad de otro o, lo que es lo mismo, un acto de apoderamiento, entendiendo por tal cualquier forma de aprehensión sin consentimiento del sujeto pasivo de aspectos reservados del mismo, y que el subtipo agravado del 1º inciso del apartado 3 (revelación, difusión o cesión a terceros realizada por quién previamente efectuó la intromisión o el acto de apoderamiento) tiene su fundamento -tal y como indica la SAP de Barcelona de 20 de julio de 2.008 - en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo».

Relativo al apartado segundo resolvió SAP Alicante 63/2012²⁵. De acuerdo a los hechos probados, el varón de la pareja tras obtener lícitamente fotos de su pareja semidesnuda, las “posteo” en una red social. El juzgador en su FJ 1º: «Se trata de fotos hechas en la intimidad de la pareja que el acusado, tras romper su relación con la perjudicada, colgó en un portal de Internet, siendo evidente el perjuicio causado a la misma, toda vez que aparece semidesnuda, permitiendo que pudieran ser observadas e incluso descargadas por todos persona que accediera al portal, siendo incardinable dicha conducta en el apartado 3º del artículo 197». El problema podría darse en la obtención lícita, ya que como hemos apuntado resulta necesario el elemento negativo del tipo, sin embargo el juzgador aplicó el 197.2

²³ Tomando en consideración el Código Penal de 1995 sin la actualización de 2015

²⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba núm. 91/2011 de 28 marzo

²⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª) núm. 63/2012 de 2 febrero

CP que castiga a «quien, sin estar autorizado, utilice dichos datos de carácter personal o familiar en perjuicio de su titular».

- En segundo lugar: reconducir este tipo de conductas a través del Título XI CP, considerando que la difusión del material sexual conducía a un delito contra el honor (artículos 208 y 209 CP²⁶). En este sentido COMES RAGA: «en el caso de difusión a terceros de contenidos de naturaleza sexual, el ánimo de vejar y humillar a la víctima es consustancial a la mirada indiscreta de terceros de forma que el delito de injurias actuaría como un tipo de recogida o residual, en la medida que encarna una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento contra el mismo bien jurídico protegido que, lógicamente, entra en juego cuando no existe un tipo legal que absorba el desvalor específico de la conducta»²⁷.

De forma similar la SAP Lérida 90/2004²⁸, trata de un vídeo de una pareja manteniendo relaciones sexuales grabado por el hombre pero con el consentimiento de la mujer. Tras la ruptura, esta grabación fue difundida por el hombre a terceras personas y exhibidas en un bar. El Tribunal no apreció delito contra la intimidad debido a la existencia de consentimiento inicial de la víctima por lo que no encontraría encaje en el 197 y así lo fundamenta: «en cuanto a lo que aquí concierne, sería preciso que las imágenes difundidas a terceros a través de la cinta de video hubieran sido grabadas sin el consentimiento de la querellante, a diferencia de lo sucedido [...] En consecuencia, a pesar de lo reprobable de la conducta del acusado la difusión de la cinta de vídeo por el mismo no tiene encaje jurídico penal entre los delitos contra la intimidad, ya que para ello es preciso que los datos o las imágenes que se revelan hayan sido descubiertos o captados por el sujeto activo mediante una intromisión o injerencia ilícita en la intimidad ajena, que no concurre cuando, como es el caso, el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para la grabación de las imágenes», pero sí condenó por un delito de injurias grave. El motivo que le llevó al tribunal a apreciar el delito de injurias fue las frases ofensivas que emitió el sujeto activo “vols veure un vídeo porno amb la porca de la meva ex” (vais a ver un video porno de la cerda de mi ex). Por

²⁶ Considerando el Código Penal de 1995

²⁷ COMES RAGA, I., «La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconsentida de sexting ajeno» en *La Ley penal* nº 105, noviembre-diciembre 2013, Los Ciberdelitos, Editorial Wolters Kluwer

²⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Lérida núm. 90/2004 de 25 de febrero

tanto, si no se hubiesen emitido estos comentarios, posiblemente no hubiera encajado en el delito de injurias, lo que pone de relieve la necesidad de la nueva tipificación del artículo 197.7 CP porque de lo contrario este tipo de conductas quedarían impunes. Así expone MARTÍNEZ OTERO²⁹, quien considera que no podría subsumirse en un delito de injurias la mera difusión de *sexting* ajeno por dos motivos: primero, «porque el reenvío no consentido de *sexting* atenta, principalmente, contra la intimidad y la propia imagen, y sólo tangencialmente contra el derecho al honor»; segundo, «porque el Código Penal excluye del delito de injurias aquellas que consistan en la imputación de hechos y difundir *sexting* ajeno es, de un modo u otro, atribuir a un tercero unos hechos determinados que ciertamente ha realizado».

La manera de perseguir estos actos por la vía del derecho al honor sería teniendo en cuenta las normas y valores sociales en cada momento, de manera que si la imagen o vídeo del sujeto pasivo puede considerarse contraria a la realidad y estándares sociales imperantes en ese momento, podría suponer atentado contra el honor.³⁰

- En tercer lugar, por parte del Ministerio Fiscal era usual reconducir la conducta por el artículo 173.1 CP cuando se podía acreditar que la difusión de imágenes o videos había causado un menoscabo en la integridad moral de la víctima³¹

También quedaba abierta la vía civil a través de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También podrían ser enjuiciadas como señala MARTÍNEZ OTERO³² a través de la LO 15/1999³³ (actual LO 3/2018 de 5 diciembre), cuando las imágenes se hayan compartido en plataformas digitales como Facebook, Tuenti o páginas web (considerados ficheros informáticos) a las que tienen acceso gran cantidad de usuarios. Por su parte la LO 34/2002³⁴, será de aplicación para exigir responsabilidad a las plataformas digitales

²⁹ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico» en *Derecom*, nº. 12, Diciembre-Febrero, 2013, ISSN: 1988-2629, p. 8-9

³⁰ De las HERAS VIVES, L. *Protección penal a la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español*. [tesis doctoral] Universidad Autónoma de Barcelona. 2017. p.566

³¹ Circular FGE 3/2017, de 21 de septiembre

³² MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión del sexting...» cit, p.13

³³ Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)

³⁴ Ley Orgánica 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)

donde se han compartido las fotografías cuando tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la conducta y no actúen con la diligencia oportuna.

4.1.2 Caso Olvido Hormigos

El motivo que propició la reforma *ad hoc* de la LO 1/2015, 30 de marzo, fue el conocido caso “Olvido Hormigos”. Este caso fue el causante de la inclusión del artículo 197.7 en el Código Penal tipificando el delito de *sexting*.

Los hechos se remontan a 2012 cuando la exconcejala del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en el ayuntamiento de Los Yébenes (Toledo) se grabó un vídeo en el que aparecía ella desnuda y en poses sexuales que envió, de manera voluntaria, a su entonces pareja siendo el video reenviado por esta persona a terceros.

La víctima denunció los hechos y se inició un procedimiento. Sin embargo, el juez, tras la práctica de las oportunas diligencias no vio indicios de un delito contra la intimidad por lo expuesto hasta el momento: falta del elemento negativo del tipo ya que el vídeo se obtuvo lícitamente, con el consentimiento de la afectada y por tanto no se podía subsumir en el tipo del 197 CP.

Así, el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), el 15 marzo de 2013 determinaba que «este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197 del Código Penal»³⁵

De los casos expuestos anteriormente se puede observar la existencia de una laguna jurídica a este respecto a la que se ha querido dar solución con “parches” jurídicos. El desvalor de la acción afecta indudablemente a la esfera de la intimidad entendida como el espacio íntimo y reservado de una persona. Además estaríamos confundiendo los momentos de prestación del consentimiento, pues es distinto el consentimiento prestado para tomar fotos y/o vídeos, del consentimiento necesario para permitir que ese contenido salga de la esfera de control íntima de la persona. JUANATEY DORADO Y DOVAL

³⁵ Auto Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), el 15 marzo de 2013. Base de datos: Aranzadi Instituciones

PAIS³⁶ apuntan que es necesario «establecer una distinción entre consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas y consentir su realización para difundirla, puesto que es manifiesto que hay un aspecto importante de la intimidad para el que no hay consentimiento». Por tanto con la regulación anterior a la reforma de la LO 1/2015 no estaríamos teniendo en cuenta la vertiente positiva del derecho a la intimidad, estos es, decidir lo que quiero y no quiero que se comparta.³⁷

4.2. Situación tras la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo.

El comentado caso Olvido Hormigos fue el culmen para introducir el nuevo tipo penal del *sexting* secundario dando solución a la laguna jurídica existente. El precepto donde recibe cabida esta conducta es el apartado 7º del 197 CP: «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»

4.2.1. Posiciones en contra

Esta actuación del legislador fue objeto de críticas encontrando posiciones en contra de la nueva tipificación y generando un gran debate doctrinal acerca de la “improcedente” intromisión del Derecho Penal en la esfera de los derechos y libertades de la ciudadanía.

Esto último es lo que defienden aquellos que se posicionan en contra de la nueva regulación. Entienden que los principios básicos en los que debe basarse el derecho penal –*última ratio* e intervención mínima– se están viendo menoscabados y reducidos significativamente, en tanto las imágenes y grabaciones han sido obtenidas lícitamente y por tanto estaría afectando a la libertad de las personas. Se posicionan pues en la línea de la jurisprudencia expuesta argumentando una penalización por otras vías.

Así las cosas, las posiciones doctrinales en contra de la regulación se oponen a esta por dos motivos principales:

³⁶ JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAIS, A., «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes» en Boix Reig (Dir.) Jareño Real (Coord.) *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, 2010, p.127-170

³⁷ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* cit p. 33

- El consentimiento emitido por la víctima en la toma del material sexual es suficiente para convertir el posterior reenvío en atípico.
- La actuación imprudente e irresponsable de la víctima no es motivo para penalizar este tipo de conductas. Cuando se envía este tipo de material de forma voluntaria se debe conocer que se encuentra desde ese mismo instante fuera de la esfera privada sin importar la confianza depositada en la persona que lo recibe. En este sentido, MARTÍNEZ OTERO³⁸: «Si la revelación de la intimidad a una persona es un acto libre, debe considerarse igualmente responsable. [...] El nuevo tipo delictivo avala la irresponsabilidad del sujeto, ofreciendo una solución paternalista».

Del mismo modo defienden la atipicidad basándose en la «teoría de la intimidad compartida», doctrina adoptada tradicionalmente por el TS y TC, cuando dos o más personas son partícipes en las fotos y/o vídeos sexuales de manera voluntaria. En virtud de esta cuando se produce la acción típica por uno de los sujetos, no se estaría infringiendo la intimidad del otro en tanto se ha despojado de esta y el sujeto pasivo ya no tiene control.

Los defensores de esta postura alegan una restricción al derecho de libertad de información afirmando, según MORALES PRATS³⁹, que los ciudadanos están «obligados penalmente al sigilo». Esto sería acertado cuando la información que se revele no tenga una incidencia significativa en otra persona o personas, pero cuando ello suponga una gran afección a un bien jurídico, personalmente considero necesaria la intervención del derecho penal, pues como herramienta empleada en la defensa de los supuestos más graves, debe actuar cuando un bien consagrado constitucionalmente se ve afectado. Es por tanto fundamental el daño que se pueda causar a la persona afectada. En la línea que apunta BOLEA BARDÓN⁴⁰ cuando se produce un conflicto entre el derecho a la libertad de información (artículo 20.1 CE) y el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), «el TC interpreta que cuando la libertad de información puede afectar a la intimidad es necesario que lo informado resulte de interés público» o JORGE BARREIRO⁴¹ «en

³⁸ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento...» cit p. 11

³⁹ MORALES PRATS, F.: «La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del “caso Hormigos”», en *Revista Derecho y Proceso Penal* 31, 2013, p. 11-13

⁴⁰ BOLEA BARDÓN, C: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio» en Corcoy Bidasolo, Mir Puig (Dirs.), Vera Sánchez (Coord.) *Comentarios al código penal Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant Lo Blanch, 1^a Edición, 2015, [Recurso electrónico]

⁴¹ JORGE BARREIRO, A: *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 CP*, p. 127

esta cuestión habrá que tener presente lo previsto por el art. 20.4 CE, que establece el límite a las libertades reconocidas en el art. 20 en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad».

4.2.2. Posiciones a favor

Frente a la argumentación que esgrime el sector doctrinal posicionado en contra, la nueva regulación encuentra aceptación por parte de una corriente de la doctrina a pesar de la escasa existencia de resoluciones jurisprudenciales en este sentido. Es en esta línea argumental donde personalmente me ubico debido a razones de mayor peso en la tipificación de este precepto por cuanto se otorga una mejor protección a las personas. Mi argumentación se va a basar en la contraposición de los motivos sostenidos por el sector doctrinal reacio a la regulación.

En relación con el primer motivo esgrimido: el consentimiento inicial es suficiente para despenalizar el *sexting*. Como ya he apuntado antes, se debe diferenciar entre dos momentos del consentimiento, de modo que el consentimiento prestado en el momento del envío del material no puede ser extensible a una futura permisión de reenvío de este material, ya que en este caso el consentimiento implícito no está considerado debido a la gran afección sobre el bien jurídico protegido. En estos términos LLORIA GARCÍA⁴² «resulta razonable que, en los casos en los que se practica un acto íntimo, en un lugar apartado del resto de las personas, el sujeto guarde cierta expectativa de privacidad respecto de su compañero o compañera de relación, y que su consentimiento, sobre todo si así se expone, lo sea para un uso privado de esas imágenes, y nunca para un uso público, salvo que expresamente así se determine» y MAGRO SERVET⁴³ «una persona es libre de grabar, o permitir grabar un acto íntimo, sin que ello lleve consigo que se esté autorizando la difusión de esa grabación».

En definitiva, así razona la Audiencia Provincial de Alicante: «Obviamente, puede asegurarse que la grabación de las imágenes se hace bien por la víctima, o por la persona que con ella está, pero ello no conlleva de forma automática que exista una autorización

⁴² LLORIA GARCÍA, P: «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting» en *La Ley penal* nº 105, noviembre-diciembre 2013, Los Ciberdelitos, Editorial Wolters Kluwer

⁴³ MAGRO SERVET, V. «Difusión de grabaciones por whatsapp de contenido sexual con o sin consentimiento de la víctima en su grabación y sin consentimiento en su difusión» en *LA LEY Penal* nº 122, septiembre-octubre 2016, Práctica penal, Editorial Wolters Kluwer

implícita de que estas se pueden difundir a terceros, salvo que existiere el consentimiento de la persona que aparece en las imágenes, ya que este consentimiento no se puede presumir por el hecho de que permita que se le grabe»⁴⁴.

De la misma manera, la reciente STS 70/2020 establece que «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. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisiogoneo colectivo»⁴⁵.

En cuanto al segundo motivo, a pesar de que la víctima cuando envía este material pone en peligro su intimidad y puede ser tachada como una conducta irresponsable, en ningún caso esto es causa suficiente como para que la conducta del *sexting* secundario pueda ser atípica. Es obvio, que el envío de fotos y/o vídeos sexuales se hace para el disfrute de una única persona, normalmente la pareja, y no para terceras personas. Además, este tipo de conductas se suele dar en relaciones de pareja cuando se produce una ruptura: el sujeto activo actúa por despecho o venganza (“*revenge porn*”) por lo que la finalidad principal es producir un menoscabo en el honor de la otra parte, que afecta directamente a la intimidad de la persona⁴⁶. El concepto de delito definido por CEREZO MIR es una conducta que lesion a o pone en peligro un bien jurídico⁴⁷ de la que derivan consecuencias jurídicas. Por ello, resultaría paradójico que cuando una persona, como consecuencia de sus actos, produce una lesión en un bien jurídico –intimidad-, esa conducta quedara impune.

COLAS TURÉGANO⁴⁸ expone la necesaria inclusión del tipo porque la reconducción hacia otras figuras delictivas (delito contra el honor o remisión a la vía civil) son «soluciones inadecuadas pues, no parece que pudiera resultar atentatorio al honor de alguien la divulgación de sus relaciones sexuales, hecho que, sin embargo, sí resulta

⁴⁴ Extraído de SORIANO RUIZ, N. *Difusión ilícita del sexting...* p.5

⁴⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). núm. 70/2020 de 24 febrero.

⁴⁶ El honor es en este sentido un bien jurídico mediato que constituye la *ratio legis* de la norma (motivo que lleva al legislador a criminalizar este comportamiento). Por su parte, la intimidad es el bien jurídico inmediato, incorporado al tipo de lo injusto como elemento necesario para apreciar delito.

⁴⁷ ROMEO CASABONA, CM: «El concepto y los elementos del derecho penal» SOLA RECHE, E., ROMEO CASABONA, BOLDOVA PASAMAR, MA. (Coords.) en *Derecho penal parte general. Introducción teoría jurídica del delito*. 2^a edición, p.14

⁴⁸ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter)» González Cussac (Dir.), Matallín Evangelio, Górriz Royo (Coords.) en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2^a Edición, Tirant Lo Blanch, 2015 [Recurso electrónico]

especialmente gravoso para su intimidad, por lo que tampoco es adecuada la solución de remitir el hecho a la vía civil».

Además, tal y como apunta SANCHEZ⁴⁹, resultaría necesaria una adaptación de la LO 1/1982, pues existe un desfase con la actualidad ya que en el momento en que fue promulgada era impensable los avances tecnológicos que íbamos a experimentar hoy día.

A mayor abundamiento, considero correcta y necesaria la reforma llevada a cabo por las consecuencias que las conductas de *sexting* secundario pueden derivar. Me estoy refiriendo a casos como el de la trabajadora de IVECO⁵⁰, que tras filtrarse un video sexual suyo entre sus compañeros de trabajo, vio tan afectada su intimidad que acabó suicidándose. Con ejemplos de este tipo, queda más que acreditado el principio de intervención mínima del derecho penal. La punibilidad de estas conductas tiene dos objetivos: primero, reforzar la seguridad de aquellas personas que se encuentren en esta situación, asegurando que si se produce tienen una respuesta penal; y segundo, de prevención o intimidación como advertencia de lo que puede ocurrir cuando se realizan este tipo de actos.

V. Análisis del tipo

5.1. Tipo básico

El artículo 197.7CP reza de la siguiente manera: «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».

El delito que trata este precepto es la difusión no consentida de imágenes y/o vídeos, por lo que en ningún momento se está refiriendo explícitamente a la conducta de *sexting* y resultaría ocioso establecer que el artículo 197.7 criminaliza únicamente este delito, aunque es cierto que el fin principal de este artículo es dar cabida a casos en los que esa difusión no consentida tiene un claro componente sexual. No obstante, cabe reiterar que

⁴⁹ SANCHEZ SANCHEZ, M: «El derecho a la intimidad y el nuevo delito de *sexting*» en Lopez Ortega, JJ (Dir.) Salón Piedra, D y Valenzuela Yrizarbe, F (Coords.) *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Dykinson, 2017

⁵⁰Noticia del periódico El País. Obtenido en: https://elpais.com/sociedad/2019/06/01/actualidad/1559383749_362348.html

el artículo 197.7 CP no penaliza exclusivamente el delito de *sexting* sino que aquélla constituye una modalidad delictiva más que encuentra cabida en este precepto, ya que es aplicable a cualquier difusión no consentida de imágenes y/o videos obtenidos con anuencia de la víctima que pueda afectar gravemente a la intimidad.

Antes de comenzar el desglose de la conducta, cabe poner de relieve el deficiente y escaso trabajo realizado por el legislador en la configuración del delito. Como ya he apuntado, esta nueva tipificación ha generado opiniones discrepantes entre los expertos, pero en lo que sí están de acuerdo es en la imprecisión en la configuración del tipo. A mi parecer, la causa principal de dicho desajuste legislativo radica en el hecho de que la regulación se produjo como consecuencia de la impacto social causado por un caso concreto cuando desde hacía tiempo se venían practicando estas conductas y produciendo la afección a la intimidad. Por tanto, lo que hizo el legislador fue adaptar el precepto a ese caso concreto sin prever todas las posibilidades delictivas que se podían producir. En segundo lugar la falta de debate político en la elaboración del proyecto, pues fueron varias las enmiendas propuestas para la mejora en la redacción y consecución de una interpretación uniforme, sin embargo no se adoptaron por falta de afinidad política entre el partido de gobierno y el proponente.

5.1.1 Acción típica

En este punto hay tres requisitos que se deben aclarar.

En primer lugar, el legislador considera que la acción consiste en «*difundir, revelar o ceder*» por tanto se trata de un tipo mixto alternativo⁵¹ pudiendo ser cometida la conducta de esas tres maneras. Sin embargo, el significado de los tres verbos, de acuerdo a la Real Academia Española (RAE) es sustancialmente distinto. Esto es fruto de una vaga e imprecisa redacción del tipo dejando al juzgador el deber de interpretar la letra de la ley (el legislador parece haber entendido los términos como sinónimos)⁵².

En segundo lugar y de especial relevancia en la configuración del tipo como hemos explicado a lo largo del trabajo es la ausencia de consentimiento en la posterior «*difusión...*» del material. La falta de autorización de la víctima deberá ser valorada en

⁵¹ COMES RAGA, I: «La protección penal de la intimidad» *cit*

⁵² ROMEO CASABONA, CM^a: *Los delitos de descubrimiento...*, *cit*: «quien difunde está revelando o cediendo al mismo tiempo», pág. 65

cada caso concreto no siendo necesaria una negativa expresa por parte de esta, sino que valdrá con la inexistencia de autorización⁵³.

En tercer lugar, y de nuevo quedando palpable la falta de precisión en la tarea legisladora, el término “terceros” podría llevar a equívoco ya que no deja claro el número de personas al que se debe difundir el material para cometer el delito. Este argumento ha sido empleado por algún letrado para alegar que la difusión a una sola persona no entraría dentro del tipo: es el caso de la STS 70/2020 donde el letrado de la parte defensora alega lo siguiente: «Además, la imagen no se ha difundido, como exige el art. 197.7 del CP, ya que fue remitida sólo a una persona. El precepto emplea deliberadamente el vocablo “terceros”, exigiendo, por tanto, una pluralidad de destinatarios». Sin embargo la jurisprudencia, en esa misma sentencia o SAP Almería 76/2018⁵⁴, ha interpretado que aunque la palabra «terceros» esté en plural, el fin de la norma es referirse a cualquier persona ajena al contenido del material, sea una sola o más ya que lo que importa es el ánimo de la persona que difunde el material y por tanto «...lesiona gravemente su intimidad aunque, como es el caso, se haya mostrado a **una sola** persona a quien se facilitó su visionado, pues el tipo penal no requiere su difusión masiva o a una diversidad de destinatarios»⁵⁵.

5.1.2 Objeto material

a) Imágenes o grabaciones audiovisuales

Nuevamente en este apartado nos encontramos con la falta de precisión del legislador, pues una excesiva acotación de los términos puede suponer que ciertas conductas resulten atípicas.

La letra explícita de la ley hace referencia a imágenes o grabaciones audiovisuales, por tanto cabe preguntarse si las grabaciones visuales sin audio entrarían dentro del tipo. Aunque el artículo no se refiera concretamente a esto, la doctrina y jurisprudencia ha interpretado que la razón última del artículo es la protección de la intimidad y por tanto estas formas de cometer el delito también entran dentro del articulado, pues resultaría paradójico que se castigase una imagen que por naturaleza no tiene audio y no se hiciese lo mismo con un video,

⁵³ Circular FGE 3/2017, 21 de septiembre

⁵⁴ STS 70/2020 de 24 febrero y Sentencia Audiencia Provincial Almería, Sección 3^a, nº 76/2018 de 14 de febrero

⁵⁵ ARNAIZ VIDELLA, J: «El sexting en el código penal español» en *Diario La Ley*, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

compuesto por imágenes dinámicas, aunque fuese sin audio⁵⁶. En este sentido se pronunció la Fiscalía en su Circular 3/2017: «El nuevo tipo penal se refiere específicamente a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona. Por tales hay que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista...». Respecto a una grabación únicamente de audio, por ejemplo de *Whatsapp*, hay discrepancia entre la fiscalía y doctrina. Los primeros afirman su inclusión dentro del tipo: «...también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo»; por su parte la mayoría de autores como COLAS TURÉGANO, MORALES PRATS o CASTELLÓ NICÁS⁵⁷ entre otros, entienden que «quedarían fuera del ámbito típico la difusión de grabaciones de audio no acompañadas de vídeo».

b) Obtenidas con anuencia

La anuencia o aquiescencia (consentimiento) del sujeto pasivo en la captación del material es la nota diferenciadora respecto del apartado 1º de este mismo artículo. Resulta evidente que este consentimiento prestado está haciendo referencia al *sexting* primario como ya se ha explicado anteriormente, por lo que extender este consentimiento a la posterior difusión supondría alejarse de la realidad social. Pongo aquí de relieve lo que posteriormente explicaré acerca de los sujetos intervinientes: el material puede ser obtenido bien porque la propia víctima lo ha enviado al sujeto activo o bien porque el sujeto activo ha sido quien ha tomado las fotos y/o vídeos con la anuencia de la víctima. Por tanto, de acuerdo con HERAS VIVES «la *ratio essendi* de este requisito no es que la imagen la tiene el sujeto activo porque el sujeto pasivo así lo ha consentido, querido o tolerado, sin ser lo relevante, por tanto, quien la capta, sino su tenencia en los términos dichos».⁵⁸

⁵⁶ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* cit p.82-83 y CASTELLÓ NICÁS, N: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en Lorenzo Morillas Cueva (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, ISBN 978-84-9085-434-1, p. 501, “la grabación visual sin audio puede comprenderse perfectamente en la dicción del término imágenes”

⁵⁷ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» cit, MORALES PRATS, F: «Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10^a ed., mayo 2016, Thomson Reuters Proview, y CASTELLÓ NICÁS, N: «Delitos contra la intimidad...», cit p. 501

⁵⁸ De las HERAS VIVES, L. *Protección penal a la intimidad...* cit p.590

Nuevamente queda en evidencia la redacción del legislador y este concepto es tachado de «vago e impreciso»⁵⁹. Ejemplo de esto viene constituido por la SJI Teruel 98/2016⁶⁰, en la que el fiscal del caso, a efectos de aplicar el artículo 197.7 CP consideró la existencia de consentimiento en la captación de las imágenes «en el hecho de que la perjudicada vio saltar la luz del flash del móvil con el que se captaron las imágenes y no se opuso». Como vemos esta interpretación es consecuencia de la falta de precisión ya que argumentar en este sentido no parece lógico, pues estaría aceptando un consentimiento tácito ya que cómo va a oponerse o consentir la perjudicada cuando la foto ya se había realizado sorpresivamente. Así es como sentenció el juez: «resulta diáfano que no hubo por parte de la víctima una declaración de voluntad expresa ni en sentido positivo ni en sentido negativo».

Así las cosas, para que el requisito de «la anuencia» sea considerado en un supuesto, el consentimiento debe ser prestado de manera expresa y no deducirse de las circunstancias en las que se ha realizado el acto⁶¹. También puede interpretarse, de acuerdo a DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO⁶² como una prohibición de revelación.

Cuestión de importancia es el consentimiento prestado por un menor de edad. En este sentido, el tipo no establece ninguna restricción, por lo que cualquier conducta que encaje en la letra realizada con un menor de edad⁶³ daría lugar a la aplicación del tipo. Si bien es cierto que habrá de tenerse en cuenta todas las circunstancias presentes del caso, esto es habrá de valorarse el consentimiento prestado por el menor si es mayor de 16 años, su grado de madurez, etc. (*vid* apartado 5.2.b), porque de la validez de este dependerá que se aplique el 197.7 o los artículos 197.1 y 197.3 CP.

c) Domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de terceros

⁵⁹ ARNAIZ VIDELLA, J.: *El sexting en el Código Penal...* cit

⁶⁰ Sentencia del Juzgado de Instrucción nº2 de Teruel 98/2016, de 16 de junio: “dos chicos y una chica mantenían relaciones sexuales en el coche de uno de ellos. En un momento dado y de manera sorpresiva uno de los chicos sacó su móvil y tomó una foto de la chica manteniendo relaciones con el otro”.

⁶¹ En este sentido LLORIA GARCIA, P: «Delitos y redes sociales...» cit “a mi entender, el consentimiento tácito al que se alude en algunas resoluciones no convalida el hecho de la intromisión en la intimidad”.

⁶² DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLO, E: «Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad», en *Diario La Ley*, nº 8744, de 19 de abril de 2016, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer: “concurrir es una prohibición de revelación expresa o tácita, pero en cualquier caso capaz de evidenciar claramente, en el momento de la revelación, la voluntad de la persona afectada de que no se revelen las imágenes o grabaciones”

⁶³ Artículo 12 CE: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»

El elemento espacial del delito, en la misma línea que los anteriores da lugar a innumerables dudas acerca de su interpretación.

El precepto requiere que las imágenes se hayan obtenido en «*un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*», por tanto es esencial que el espacio donde se haya obtenido el material permita salvaguardar la intimidad de la persona presente.

El concepto domicilio ha sido interpretado por el TS en numerosas sentencias, entre otras: STS 731/2013 de 7 de octubre, al indicar que este concepto «ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad, a la intimidad de la persona [...] el domicilio es el reducto último de la intimidad personal y familiar». De las HERAS VIVES define el concepto domicilio en el siguiente sentido: «todo lugar cerrado en el que una persona desarrolla una faceta de su vida privada resguardada del conocimiento ajeno no deseado»⁶⁴. El domicilio es ámbito íntimo por excelencia, por tanto, toda injerencia que se produzca en él estará afectando a la esfera de la intimidad.

El concepto domicilio queda meridianamente claro en cuanto a su interpretación. El problema de delimitación surge con la segunda parte del elemento espacial, el referido a «*cualquier lugar fuera del alcance de terceros*». En este sentido se plantean dos problemas:

- Delimitación del lugar

La finalidad del legislador es salvaguardar la intimidad de las personas, por tanto, debe tratarse de un lugar en el que la captación del material solo pueda ser conocida por las personas partícipes de ello. Así pues se siguen dos criterios para delimitar este espacio: uno subjetivo, pues es la víctima la que decide que ese lugar salvaguarda su intimidad cuando realiza el *sexting* primario. Otro objetivo, como la existencia de barreras naturales que impidan la visibilización de terceros o que se produzca en lugares que, por el momento en el que se realiza, permite la existencia palpable de intimidad, por ejemplo en una playa desierta⁶⁵. De esta manera no es necesario que se trate de un lugar

⁶⁴ De las HERAS VIVES, L. *Protección penal a la intimidad...* cit p.592

⁶⁵ De las HERAS VIVES, L. *Protección penal a la intimidad...* cit p.594 y MUÑOZ CONDE, F: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio. Capítulo XI.

privado, sino que puede ser un lugar público siempre y cuando reúna las exigencias comentadas; en este sentido argumenta la FGE en su Circular 3/2017: «si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/ imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas».

- La existencia de terceros en la escena podría suponer la exclusión del tipo.

No parece razonable pensar en este sentido porque la protección de la intimidad se da tanto si la víctima comparte/consiente la captación de las imágenes o vídeos con una persona como con varias. DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO⁶⁶ determinan que «el traspaso o el descubrimiento de las imágenes debe hacerse a terceros, por lo que cabe descartar entre los destinatarios de la conducta típica a otros protagonistas de la escena». Por tanto, el concepto “*terceros*” hace referencia a personas ajenas al acto, serían los *–extranei–*.

Señala MARTÍNEZ OTERO⁶⁷ que resultaría más sencillo y acorde con la jurisprudencia constitucional hablar de «lugares privados» o «lugares no abiertos al público» garantizando la seguridad jurídica.

Las críticas que recibe este requisito son merecidas, pues deja abiertas muchas posibilidades no descabelladas que podrían darse y tener difícil encaje en la letra del precepto. Expongo un ejemplo: una pareja mantiene relaciones sexuales y las graban en un descampado (en mitad de la mañana) con poca afluencia de gente, únicamente personas que van a pasear a sus mascotas. Resulta que en ese momento, un viandante con su perro aparece en el descampado y ve a estos en pleno acto sexual.

Esta grabación es enviada por la chica a sus amigas tras la ruptura de la relación por lo que el chico decide interponer acción alegando el artículo 197.7 CP. En este

Descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración del quebrantamiento del secreto profesional. Allanamiento de morada» en MUÑOZ CONDE *Derecho Penal. Parte Especial*, 22^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 261-262, "en la expresión 'o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros' se pueden incluir las relaciones íntimas mantenidas en un lugar público, aunque al abrigo de la mirada de terceros, por ejemplo, en un lugar apartado de un parque público, o en una playa desierta".

⁶⁶ DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLO, E: «Efectos de la reforma de 2015...», *cit*

⁶⁷ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento...» *cit* p. 15

caso, resultaría difícil apreciar el requisito de lugar fuera del alcance de terceros. Sería el juez el que tendría que decidir sobre la existencia o no de privacidad y de intimidad, pero a mi parecer en este caso la previsibilidad de injerencia de terceros en la escena (es bien sabido que allí acudían personas a pasear a mascotas más aún si cabe cuando se produce por la mañana) excluiría la posibilidad de subsumir la conducta en este precepto ya que no reunía las garantías de privacidad. Así señala CASTELLO NICAS⁶⁸ «la cláusula excluiría el tipo cuando las imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento de la víctima se realizan en lugares públicos no ajenos a la mirada de terceros».

Cuestión distinta es si se grabasen en ese mismo descampado a las 12 de la noche dentro de un coche. En ese caso si estaría garantizada la privacidad y salvaguarda de intimidad.

5.1.3 Menoscabo grave de la intimidad

La exigencia de un menoscabo en la intimidad muestra que el artículo 197.7 CP enjuicia delitos de resultado, por lo que aun dándose todas las circunstancias anteriores, si no se consigue probar este menoscabo, la acción no encontraría la tipicidad requerida. Así, para poder apreciar delito, es necesario que la afección al bien jurídico sea “grave”.

El problema que se plantea nuevamente aquí es la existencia de un concepto indeterminado, menoscabo “grave”, lo que genera inseguridad jurídica pues como señala MORALES PRATS⁶⁹ «quedará al albur de oscilaciones interpretativas, y de los prejuicios y concepciones subjetivas de las cosas de cada juzgador». El delito adolece de una gran indefinición planteándonos cómo debemos entender este concepto⁷⁰.

Cabe poner de manifiesto que el ámbito del artículo 197.7 CP excede de los casos de *sexting*, pudiendo incluir todas aquellas conductas que afecten a la intimidad. No queda especificado, pero es coherente entender que el menoscabo grave se producirá cuando afecte al núcleo duro de la intimidad, entendido esto como, ideología, religión, salud y obviamente vida sexual, respetando así el principio de

⁶⁸ CASTELLÓ NICÁS, N: «Delitos contra la intimidad...», cit p. 497

⁶⁹ MORALES PRATS, F: «La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad...» cit, p.13

⁷⁰DÍAZ TORREJÓN, P. *Tratamiento penal del sexting*. Obtenido en: <https://docplayer.es/90950674-Tratamiento-penal-del-sexting-pedro-diaz-torrejon-fiscal-de-la-fiscalia-provincial-de-huelva.html>

intervención mínima. En este sentido, la jurisprudencia ha acotado este concepto según la teoría de los círculos concéntricos⁷¹ y aunque el precepto no lo muestra claro, este es el criterio adoptado por la mayor parte de la doctrina, así OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO⁷², como criterio cualitativo: «puede considerarse que se produce el menoscabo grave, cuando se revelen imágenes que pertenezcan a lo que se ha llamado el núcleo duro de la *privacy*» o COLAS TURÉGANO⁷³ «es criticable que el tipo no limite las conductas a aquellas que afecten al “núcleo duro de la intimidad”, no obstante, una interpretación respetuosa con el principio de intervención mínima debería circunscribir las conductas punibles a aquellas que difunden imágenes sensibles». En este sentido PÉREZ CONCHILLO⁷⁴ a colación de la interpretación jurisprudencial en la SAP Barcelona 302/2017⁷⁵ donde el juez de apelación determina que la exposición de un dato íntimo de la denunciante (su entonces novio envía imágenes de ambos a su cuñado para demostrar que son pareja) no es constitutivo del artículo 197.7 CP porque «quien mantiene una relación sentimental con otra persona no puede tener la expectativa de que la existencia de esa relación no será revelada a terceros por el otro miembro de la pareja. No puede pretender que el derecho penal proteja una expectativa de esa naturaleza. [...]. En otro caso, estaríamos acotando penalmente el ámbito de autonomía y libertad individual de quien, siendo componente de la pareja, pretende dar a conocer a terceros su cualidad de tal».

En mi opinión resulta evidente que cuando se da una conducta de *sexting* secundario queda acreditado el menoscabo grave de la intimidad porque la propia naturaleza de la conducta, “*sex*” (desnudos, imágenes de genitales...)⁷⁶, supone una intromisión en la vida sexual de la víctima. Tal como expone MARTÍNEZ OTERO «dentro de la intimidad personal se encuentra, sin lugar a dudas, la vida sexual de la persona»⁷⁷.

⁷¹ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a. «El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4.º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento» en *Diario La Ley*, N^º 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial Wolters Kluwer

⁷² 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» en *Revista de derecho y proceso penal*, 2014, n^º 35, p. 183-220

⁷³ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» *cit*

⁷⁴ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* *cit* p.86

⁷⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 302/2017 de 24 de abril (Sección 6). Base de datos consultada: Aranzadi Instituciones.

⁷⁶ MUÑOZ CUESTA, J. y RUÍZ DE ERENCHUN, E., *Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 143

⁷⁷ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento...» *cit* p. 4

Se podrían crear dudas cuando las imágenes no son tan evidentes, por ejemplo, en ropa interior, aunque en ese caso tendrían un difícil encaje en las conductas de *sexting* propiamente definidas.

Por ello, en estos casos habrá que acudir a la casuística donde el juez deberá tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el hecho: edad de la víctima, si es posible reconocerla, cómo ha afectado la difusión a su vida, actitud de la víctima, etc.⁷⁸ El juez deberá realizar *ex ante* el juicio de previsibilidad objetiva para valorar la existencia de acción típica atendiendo a los parámetros de un hombre medio (saber nomológico).

Por su parte, ARNAIZ VIDELLA⁷⁹ entiende que la interpretación del menoscabo grave a la intimidad debe hacerse en consonancia con una interpretación de la dignidad humana, pues constituye el *mínimum* invulnerable. Para ello hace referencia a la STC 53/1985 «la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad [...] al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Por ello, cuando pueda resultar afectada la dignidad de una persona, se entenderá que existe un menoscabo grave en su intimidad.

5.1.4 Sujetos

El tipo se ha configurado como un delito especial propio⁸⁰, por tanto, el sujeto activo del tipo es aquel que difunda, revela o ceda a terceros –*extranei*– imágenes o vídeos, que se hubieran obtenido con anuencia de la víctima.

Surge aquí un debate doctrinal en cuanto a la comisión del delito atendiendo a la forma en la que se ha obtenido el material. Una parte de la doctrina, entre ellos ROMEO CASABONA y MUÑOZ CONDE⁸¹ entienden que solo se considerará delito cuando las imágenes y/o videos hayan sido obtenidas por el propio sujeto activo, es decir, que también haya participado en la escena. Esta posición es adoptada en alguna ocasión por

⁷⁸ DÍAZ TORREJÓN, P. *Tratamiento penal...* cit

⁷⁹ ARNAIZ VIDELLA, J.: *El sexting en el Código Penal...* cit

⁸⁰ Circular FGE 3/2017, 21 de septiembre

⁸¹ ROMEO CASABONA, CM.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio» ROMEO CASABONA, SOLA RECHE BOLDOVA PASAMAR (Coords.) en *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 marzo*, Editorial Comares, Granada, 2016, p. 269 y MUÑOZ CONDE, F: «Delitos contra la intimidad...» cit p. 262, donde expone “Cuando se trata de la grabación de un acto de la intimidad realizado individualmente, pero transmitido posteriormente a otra persona [...], no se deduce de un modo claro que este hecho entre dentro de su ámbito, pues parece referirse sólo a casos en los que el que difunde la grabación ha participado también en la misma”

la jurisprudencia, SJP 32/2019⁸²: «siendo así, la única interpretación lógica es la que precisa de la captación de la imagen o grabación directamente por el sujeto activo del delito "con la anuencia" de la víctima». Supuesto: A graba a B con su consentimiento mientras B le practica sexo oral.

Sin embargo, otra parte de la doctrina, COLAS TURÉGANO⁸³, MARTÍNEZ OTERO⁸⁴ o MORALES PRATS⁸⁵, con la que coincido, mantiene una interpretación amplia del concepto autor. Así entiende que el delito se comete «bien porque directamente el sujeto activo haya realizado la captura de la fotografía o la grabación audiovisual, bien porque haya sido la propia víctima la que le haya proporcionado una u otra», es decir, tanto si ha sido el sujeto activo el que ha obtenido las fotos y/o vídeos por sí mismo, como si las ha obtenido tras enviárselas el sujeto pasivo. Supuesto: A se graba masturbándose y envía el video a B.

Considero más adecuada esta postura porque cualquier otra interpretación vaciaría de sentido la nueva regulación ya que la práctica del *sexting* (refiriéndome al término general) engloba tanto el envío propio como la obtención por parte de otra persona, por tanto, dejar descubierta una de las posibilidades no cumpliría con el propósito inicial. Más aún si cabe considero acertada esta postura de la manera que argumenta DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO⁸⁶, resultaría paradójico que tratándose de una reforma *ad hoc* fruto del caso Hormigos, el propio caso escapara del supuesto de hecho de acuerdo a lo esgrimido por la doctrina.

Esta duda que puede surgir es fruto una vez más de la falta de precisión en la redacción del precepto, pues se podría haber solucionado tal y como apuntaba el PSOE en la enmienda presentada al proyecto de ley con la puntualización “realizadas por ella o con su anuencia”⁸⁷

⁸² Sentencia Juzgado de lo Penal nº 1 San Sebastián, nº 32/2019, de 5 de febrero. Base de datos utilizada: Aranzadi instituciones

⁸³ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» *cit*

⁸⁴ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento...» *cit* p. 10

⁸⁵ MORALES PRATS, F: «Título X: Delitos contra la intimidad...» *cit* afirmando que “es irrelevante que la grabación o toma de las imágenes en lugar cerrado, fuera del alcance de terceros, la verifique el propio autor del delito, el titular de las mismas o un tercero”

⁸⁶ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRELLO, E: «Efectos de la reforma de 2015...», *cit*

⁸⁷ Enmienda numero 678 Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014.

En este delito también pueden concurrir las formas de autoría definidas en los artículos 28 y 29 CP, esto es coautores (ambos comparten el dominio del hecho), cooperadores necesarios e inductores y cómplices.

Respecto a los *extranei*, es decir los terceros que sin haber intervenido en la acción inicial reciben el material, podría surgir el interrogante sobre su responsabilidad penal cuando también son partícipes de la cadena de transmisión de dicho material. Sin embargo no resulta congruente atendiendo al precepto penalizar a estos ya que lo que se está penalizando es la difusión sin autorización tras 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. Por tanto, una difusión ulterior realizada por un tercero resultaría penalmente atípica⁸⁸. Un ejemplo de este criterio se puede encontrar en la STS 70/2020: «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», sin perjuicio que pueda darse la comisión de otros tipos como el delito contra la integridad moral (artículo 173.1 CP)⁸⁹ o el delito de injurias (artículo 208 CP) y por supuesto, de acuerdo a MARTÍNEZ OTERO⁹⁰ exigir responsabilidad en vía civil a través de la LO 1/1982 siempre que «este tercero sea conocedor de la ilícita difusión y su conducta atente efectivamente contra los derechos del afectado, agravando las lesiones ocasionadas por el primer emisor».

5.1.5 Elemento subjetivo

El dolo se configura como elemento necesario para apreciar el delito (rige el principio de excepcionalidad de las conductas imprudentes, artículo 12 CP), pues si la

⁸⁸ 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 BORRALLO, 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”.

⁸⁹ Circular FGE 3/2017, 21 de septiembre

⁹⁰ MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento...» cit p.11

cesión, descubrimiento, o difusión es consecuencia de una conducta negligente o imprudente no habrá responsabilidad penal, sin perjuicio de la citada vía civil⁹¹.

El dolo está integrado por un elemento intelectual y un elemento volitivo. El primero implica conocimiento de la realización de los elementos del tipo. El segundo es la voluntad de realizar los elementos típicos.⁹² Por tanto, en lo que nos concierne, el dolo sería el conocimiento y voluntad de dar difusión a una imagen o vídeo sin el consentimiento de la víctima sabiendo que ello afectará a su intimidad.

El dolo pueda darse en cualquiera de sus modalidades:

- directo de primer grado, cuando el sujeto pretende ocasionar el daño en la intimidad de la víctima.
- directo de segundo grado, el sujeto activo preveía que con la «difusión...» del material el menoscabo en la intimidad se iba a producir. Se abarca el resultado necesariamente aparejado a la finalidad perseguida por el sujeto
- eventual, el sujeto activo asumía como posible el resultado aunque no lo persiguiese directamente y aun así realizó la acción.

En esta situación cabe plantearse dos hipótesis que podrían dar lugar a un error del tipo y por tanto excluir el dolo de la conducta; la primera sería el caso en que el sujeto activo del delito manda la foto a un contacto cuando lo que realmente quería hacer es guardarla en la galería. En este supuesto concluiría un error de tipo vencible que daría lugar a la apreciación de un delito imprudente por una conducta negligente (artículo 14 CP). Sin embargo, el delito está configurado como un tipo doloso, por lo tanto, aunque pudiera encuadrarse en un error de tipo vencible no cabría apreciar la imprudencia⁹³ (artículo 12 CP).

La segunda sería un error por parte de la víctima en el envío de las fotos⁹⁴. Tómese como ejemplo el envío de las fotos a una persona diferente de la inicialmente prevista. No cabría exigir responsabilidad penal por una posterior difusión del receptor en virtud

⁹¹DÍAZ TORREJON, P. *Tratamiento penal...* cit p.13

⁹²SOLA RECHE, E: «El tipo de delito de acción doloso» en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (Coords.) *Derecho penal parte general...* cit p.127

⁹³ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» cit p.639

⁹⁴ GONZALEZ CUSSAC, JL: «Lección XV: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en González Cussac (Coord.) *Derecho penal. Parte Especial*, 6º edición, Tirant Lo Blanch, p. 297 y DÍAZ TORREJON, P. *Tratamiento penal del sexting*, cit

del artículo 197.7 CP porque existe un error en uno de los elementos del tipo, en concreto en la anuencia de la víctima. En este caso la víctima no ha consentido mandar las fotos a esa persona, sino que ha sido por error, por tanto, la persona que posteriormente difunde el material no puede ser castigado de acuerdo al artículo 197.7 CP ya que no cumple con todos los elementos del tipo. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de cometer otros tipos como delito contra la integridad moral o contra el honor.

Si el receptor utilizara el material erótico causando un perjuicio en la víctima, por ejemplo publicándola en una red social, podría cuestionarse si encaja en el artículo 197.2 CP en relación con el 197.5 (tipo agravado por afectar a la vida sexual), pues en este caso no existe ningún error en los elementos de tipo al no haber requisito de consentimiento previo. Sin embargo, no podemos subsumir esta conducta por la citada vía por dos motivos: en primer lugar a pesar de la definición contenida en el artículo 5 f) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre⁹⁵ sobre los datos de carácter personal⁹⁶ el término reservado se refiere a «secreto», por tanto desde el momento en que se envía el material erótico de manera voluntaria, deja de tener esta consideración de secreto. Además, la concreta especificación del objeto material del delito en el apartado 7º (*imágenes o grabaciones audiovisuales*) no coincide con el objeto material definido en el apartado 2º (*datos reservados*), por tanto, no encajaría en este tipo penal. En segundo lugar, es necesario que esa información reservada se encuentre en un soporte informático y haga referencia a un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Por estos dos motivos, la aplicación del 197 apartados 2º, 3º y 5º no parece correcta.

5.2. Tipo agravado

El párrafo segundo del artículo 197.7 CP determina el tipo agravado de este delito en la siguiente manera: «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».

⁹⁵ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

⁹⁶ Dato personal reservado: cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables

De la letra del precepto se pueden extraer tres formas en las que el tipo básico se convierte en agravado:

a) Ateniendo al sujeto activo

Esta cualificación que en un primer momento no formaba parte del Anteproyecto de ley orgánica, fue introducida por recomendación del informe del Consejo General del Poder Judicial⁹⁷: «Se echa de menos que no se haya previsto una agravación cuando la víctima sea el cónyuge o ex cónyuge del sujeto pasivo o persona que conviva o haya convivido con él o mantenga o haya mantenido una relación análoga; excluyendo en este caso la pena de multa por las razones que ya se han expuesto en ese informe». Al respecto, en la redacción del tipo parece sorprendente que se omita el concepto ex cónyuge pero no parece excluirlo del tipo por razones lógico-sistémáticas⁹⁸.

Esta agravante se incluyó partiendo de una perspectiva de género, pues como he expuesto anteriormente, la mayoría de estos casos se dan siendo la mujer el sujeto pasivo. Sin embargo, a pesar del matiz de género, también están pensado para casos de violencia doméstica, por tanto protegen también al hombre cuando es sujeto pasivo⁹⁹.

El motivo que llevó a incluir esta agravación fue el mayor desvalor que se produce cuando las imágenes y/o vídeos han sido difundidas por uno de los sujetos de la pareja, pues no olvidemos que estas conductas se realizan principalmente cuando existe una relación de pareja y ésta se rompe. La razón de la inclusión de este subtipo agravado parece radicar en la mayor facilidad con la que se puede obtener el material erótico y la mayor probabilidad de producirse estas conductas cuando nos encontramos en una relación de pareja (donde se entiende que la relación de confianza es mucho más fuerte).

La inclusión de este tipo agravado cumple con una de las finalidades de la pena en derecho penal, pues imponer una pena mayor en los casos en los que producen estas conductas con mayor asiduidad, como es las relaciones de pareja, supone

⁹⁷ Informe al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. p. 184

⁹⁸ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRELLO, E: «Efectos de la reforma de 2015...» *cit*

⁹⁹ MAGRO SERVET, A: «Reforma del código penal afectante a la violencia de género», Estudios Monográficos sobre la Ley Orgánica 1/2015 en *LA LEY Penal* nº 114, mayo-junio 2015, Ley Orgánica 1/2015, Editorial Wolters Kluwer.

una medida preventiva. Sin embargo, autores como COLÁS TURÉGANO¹⁰⁰ se posicionan en contra de esta agravación, pues considera que bien se podría haber producido el mismo efecto aplicando la agravante de parentesco del artículo 23 CP.

b) Atendiendo al sujeto pasivo

En cuanto a la especial vulnerabilidad de la víctima cuando es menor de edad o persona con discapacidad, es una constante que aplica el legislador a lo largo del Código, pues prevé agravantes de este tipo en gran parte de delitos: homicidio, asesinato, lesiones...

El motivo de esta agravante radica en la especial vulnerabilidad de la víctima siendo cuestión de gran importancia en este delito el consentimiento prestado, pues al tratarse de un menor de edad el consentimiento otorgado en la toma o envío de material erótico puede quedar viciado ya que no tiene la suficiente capacidad para entender la naturaleza de la acción¹⁰¹. El examen de la validez del consentimiento prestado por el menor deberá hacerse atendiendo a las circunstancias particulares del menor, es decir, si tiene la suficiente capacidad para prestarlo, comprensión de sus actos, madurez... De acuerdo a DOVAL PAIS y ANARTE BORRELO «en los supuestos más extremos, la incapacidad absoluta para consentir significará la falta de anuencia y la obtención de las imágenes y su posterior revelación constituirá un delito del art. 197.3 (difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas) en la modalidad agravada del número 5 (por ser el agraviado un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección)¹⁰².

En relación con esta agravante puede plantearse la posibilidad de que la conducta también constituya un ilícito del 189 CP, donde se tipifica el delito de pornografía infantil, teniendo en cuenta en todo momento la interpretación sobre este concepto adoptada en la Circular 2/2015 FGE¹⁰³. Por tanto nos encontraríamos ante un concurso ideal (artículo 77.2 CP) porque en este caso también se estaría lesionando la indemnidad sexual de los menores¹⁰⁴. Aquí se debe tener en cuenta

¹⁰⁰ COLÁS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» *cit*

¹⁰¹ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* *cit* p.89

¹⁰² DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLO, E: «Efectos de la reforma de 2015...» *cit*

¹⁰³ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015

¹⁰⁴ Circular FGE 3/2017, 21 de septiembre

la edad del menor, pues cuando se haya obtenido el material erótico con pleno consentimiento de este, sea mayor de 16 años y se presuponga con la suficiente capacidad para determinar su libertad sexual, aunque formalmente se diera la conducta del 189 CP materialmente no se daría la antijuridicidad necesaria para la aplicación de este último tipo. La citada Circular 2/2015 así lo estableció: «La propia Decisión Marco 2004/68/JAI (art. 3.2 b) preveía la posibilidad de excluir la respuesta penal en supuestos en los que el protagonista de la imagen producida o poseída sea un menor que hubiera alcanzado la edad de consentimiento sexual, que hubiera consentido y que la imagen se destinara a exclusivo uso privado». No obstante, el artículo 197.7 CP en su modalidad agravada sí sería de aplicación.

Por otro lado, la relación que podría darse con el supuesto del artículo 183 ter 2 CP destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos 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 menor¹⁰⁵. En este caso se castigaría como un concurso real de delitos cuando el menor haya enviado fotografías propias¹⁰⁶ pues en primer lugar se obtiene las imágenes sexuales del menor tras embaucarle y posteriormente se difunden sin consentimiento de este¹⁰⁷.

No obstante, considero esta relación paradójica en tanto no se produce el tipo del artículo 197.7 CP. El envío de imágenes no se ha producido con la aquiescencia del menor, pues el mero hecho de «embaucarle» para que le facilite este material sexual elimina el consentimiento libre que debe darse en el tipo del artículo 197.7 CP.

c) Finalidad lucrativa

El último de los agravantes se da cuando el sujeto activo realiza la conducta movido por un móvil lucrativo. Por tanto, la mayor reprochabilidad de la conducta radica en la finalidad de enriquecimiento perseguida por el sujeto¹⁰⁸. Esta última agravante es criticada por GONZALEZ COLLANTES quien defiende que solo podría darse cuando concurra en el sujeto activo una habitualidad en la práctica

¹⁰⁵ GUISASOLA LERMA, C.: *Intimidad y menores...* cit p.19

¹⁰⁶ COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas...» cit

¹⁰⁷ DOLZ LAGO, MJ: «Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015» en Diario La Ley, nº 8758, de 10 de mayo de 2016, Sección Doctrina y MOLINA MANSILLA, C: «Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de child grooming: aspectos más significativos de las reglas concursales» en *La Ley Penal* nº 136, enero-febrero 2019

¹⁰⁸ PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad...* cit p.93

de la acción típica, es decir, que se dedique al tráfico de material íntimo de otras personas¹⁰⁹. No obstante el tipo no exige habitualidad, únicamente finalidad lucrativa.

5.3. Penalidad

La pena prevista para el delito de *sexting* en el artículo 197.7 CP es «pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses» y se aplicará en su mitad superior para los supuestos agravados.

Esta tipificación ha recibido nuevamente críticas por aquellos que se posicionan en contra de la regulación, y la consideran desproporcionada en tanto la víctima se ha despojado voluntariamente de su intimidad y correspondería en todo caso a la jurisdicción civil.

Por su parte, autores que se posicionan a favor también consideran desproporcionada la pena. Así, GUISASOLA LERMA¹¹⁰ considera que no se cumple con el principio de proporcionalidad de la pena, pues comparándola con la pena prevista para los apartados 1,2 y 3 del 197 CP, resulta escasa. Otros que también se posicionan a favor de la nueva regulación como GONZALEZ COLLANTES¹¹¹ consideran que la rebaja de la pena en comparación con los otros apartados es adecuada, pues el desvalor de la acción es menor al existir consentimiento inicial por parte de la víctima. Además es superior a las penas que se imponían cuando la acción era reconducida por un delito de injurias.

En mi opinión, partiendo de la base que me posiciono a favor de la regulación de este delito, considero la pena establecida para estos casos un tanto escasa atendiendo a la afección que se produce en el bien jurídico. Es paradójico que se exija un “grave” menoscabo en la intimidad y luego se imponga una pena liviana. A mayor abundamiento, como señala MENDO ESTRELLA¹¹², si comparamos con el apartado 3 (pues es el que se refiere a una «difusión...» al igual que la letra del 197.7 CP) donde las penas previstas son de dos a cinco años es consecuente aplicar unas penas mayores, pues la ausencia de consentimiento inicial es relevante, pero considero una excesiva diferencia entre unas y

¹⁰⁹ GONZALEZ COLLANTES, T: «Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras» en *Revista de derecho penal y criminología*, 3^a Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84.

¹¹⁰ GUISASOLA LERMA, C.: *Intimidad y menores...* cit

¹¹¹ GONZALEZ COLLANTES, T: *Los delitos contra la intimidad...* cit p.70

¹¹² MENDO ESTRELLA, A: «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos...» cit., p. 17.

otras. Por tanto, las penas previstas en el apartado séptimo deberían haber sido algo más elevadas.

Resulta necesario realizar una apreciación al respecto en relación con el artículo 201 CP, el cual cierra el capítulo en el que se encuadra el delito objeto de análisis. Así, cuando se produzca una conducta de esta índole, solo será persegurable cuando haya denuncia por parte de la persona afectada o su representante legal. Cuando sea menor o persona con discapacidad o desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Es necesario apuntar que al tratarse de un delito semipúblico, el perdón del ofendido o su representante legal excluirá la responsabilidad del sujeto (artículo 201.3 CP) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5 párrafo segundo CP relativo a menores y personas con discapacidad. Por tanto, siempre que exista perdón por parte del sujeto pasivo y se haya emitido de forma libre y sin vicios, tras una valoración de la Fiscalía, podrá excluir la responsabilidad¹¹³.

5.4. Concursos

5.4.1 Sexting y sextorsión

La sextorsión, tiene su origen etimológico en los anglicismos *sex* (sexo) y extorsión (chantaje económico).

La relación que guarda con el *sexting* es que el sujeto activo ha obtenido las imágenes y/o vídeos por parte de la víctima y este las utiliza posteriormente para chantajear a esta con difundir el material (por redes sociales, a amigos, etc.) si no realiza lo que le pide.

En este escenario, resulta necesario aclarar que cuando la finalidad de chantaje económico por parte del sujeto activo está latente desde el momento en que recibe el contenido erótico, la acción quedaría absorbida por el tipo agravado relativo a la finalidad lucrativa (artículo 197.7 CP).

Pero si la finalidad del sujeto activo no conlleva un ánimo de lucro, sino coaccionar a la otra persona a efectuar algo que no quiere -mantener relaciones sexuales por ejemplo-, el juzgador, debe diferenciar si la difusión del material erótico se ha llegado a producir: si no se ha producido, únicamente se podrá imputar un delito de coacciones

¹¹³ Circular FGE 3/2017, 21 de septiembre

(artículo 172.1 CP). Sin embargo, si finalmente se produce la difusión, estaríamos ante dos hechos diferentes que dan lugar a dos delitos diferentes, por tanto, atendiendo al artículo 73 CP (concurso real), se castigarían los dos delitos por separado.

Cabe preguntarse la interpretación del concepto *violencia* requerida para apreciar el tipo del 172.1 CP. El precepto no especifica, por lo que puede entenderse que engloba el concepto amplio de violencia, incluyendo pues la psíquica y la intimidación; así lo determina tanto doctrina¹¹⁴ como jurisprudencia en la STS 539/2009¹¹⁵ «El núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas». Para apreciar delito de coacciones es necesario que se den una serie de requisitos, entre ellos existencia de violencia grave ya que de lo contrario constituiría un delito leve tipificado en el artículo 172.3 CP. En la esfera que nos ocupa, una situación en la que se coacciona a una persona a realizar algo que no quiere amenazando con difundir un video/foto sexual suyo, puede constituir un delito de coacciones ya que está presente el requisito de violencia moral grave tal y como se desprende de la jurisprudencia, por ejemplo SAP Zaragoza¹¹⁶: según los hechos probados, Constancio que mantenía encuentros sexuales con Violeta le comunicó vía Whatsapp su intención de concertar una cita sexual conminándole a que se desplazará hasta su localidad, a lo que esta se negó. Ante la negativa, Constancio amenazó con difundir un vídeo al novio de Violeta en el que aparecía esta manteniendo relaciones sexuales con Constancio. Ante esto, Violeta accedió a desplazarse hasta su localidad para mantener relaciones.

El tribunal de apelación apreció un delito de coacciones: «no puede sostenerse que fuera leve, pues decirle a Violeta "que tenía en su poder un video erótico en el que se le ve a ella con su cabeza entre las piernas de él y que si ella no venía a Calatayud [...], se lo mostraría a su novio [...], constituye una flagrante violencia psíquica o intimidación».

Si en el supuesto enunciado, Constancio, además, hubiera difundido el vídeo al novio de Violeta, podría aplicarse concurso real de ambos delitos, 172.1 y 197.7 CP (teniendo en cuenta que se cumplen con los requisitos necesarios del 197.7).

¹¹⁴SOLA RECHE, E: «Delitos contra la libertad» en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE BOLDOVA PASAMAR (Coords.) *Derecho penal parte especial. cit* p.154

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1^a, nº 539/2009 de 21 de mayo

¹¹⁶ Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 6^a, nº 203/2016, de 31 de octubre

5.4.2 *Sexting* y trato degradante

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.

La fiscalía determina que este delito 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 de la víctima en dicha difusión. También podría imputarse este delito al autor cuando dada la índole de la conducta resulte afectada la integridad moral, así lo expone la FGE: «El autor del delito del art.197.7 podría incurrir también en un delito contra la integridad moral del art.173.1 del CP cuando la difusión inconsentida lesione no solo la intimidad del afectado sino también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, afecte gravemente a la integridad moral de la víctima». Para conocer si resulta afectada la integridad moral, debemos partir de la interpretación jurisprudencial del artículo 15 CE: «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»¹¹⁷.

Por tanto, se debe tener en cuenta la entidad de la conducta para conocer el alcance que tiene sobre dicho bien jurídico. Así, cuando la difusión se haya producido en una red social a la que tenga acceso una gran cantidad de personas, o se haya realizado entre la familia de la víctima o entre los compañeros de trabajo, por ejemplo, podríamos imputar el delito contra la integridad moral. SORIANO RUIZ¹¹⁸ sitúa este delito en un contexto de pareja, donde uno de los sujetos ejerce maltrato habitual, cuando, en un ambiente de humillación continua, el agresor difunde vídeos de naturaleza sexual de su pareja o expareja única y exclusivamente para dañarla moral y psicológicamente.

En estos casos se castigaría mediante un concurso ideal (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 (adición de las

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004, de 2 de noviembre de 2004.

¹¹⁸ SORIANO RUIZ, N: *Difusión ilícita del sexting...* cit p. 15

penas de cada delito) cuando mediante este sistema resulte menos grave que el anterior¹¹⁹. No obstante, si el delito contra la integridad moral se aplica sobre los *extranei*, solo podrían ser condenados por este delito ya que respecto al 197.7 CP no tienen responsabilidad.

5.4.3 *Sexting* y menores: relación con el delito de pornografía infantil

Actualmente, la influencia de las TIC como una nueva forma de socialización supone una gran ayuda para realizar ciertas actividades, tales como comunicación, trabajo, estudio, etc. No obstante, a pesar de los aspectos positivos, conlleva indudablemente una parte negativa que afecta a todo aquel que hace uso de las TIC de una manera errónea, ya sea intencionadamente o no.

El escenario se acentúa en los jóvenes (refiriéndome a menores de edad) quienes llevan implícito el uso de las nuevas tecnologías en cualquier aspecto de su vida cotidiana; son considerados «nativos tecnológicos»¹²⁰. La ponderación que se debe hacer entre beneficio-riesgo que supone el uso de las TIC entre los menores es todavía mayor, principalmente por dos motivos: en primer lugar estos no son conscientes de los daños que puede ocasionar un mal uso de la tecnología. En segundo lugar, estos menores están en plena etapa de desarrollo y formación, por lo que una situación de estas características que pueda causar un riesgo, puede suponer un grave perjuicio en el desarrollo de su personalidad. Como expone la fiscal de menores FERNANDEZ OLMO¹²¹, hay ciertas circunstancias específicas que se dan entre los menores que deben tenerse en cuenta en relación a las conductas de *sexting* ya que agravan su vulnerabilidad: a) falta de cultura de privacidad; b) menor conciencia en los riesgos; c) exceso de confianza («nativos digitales»); d) adolescencia y despertar sexual.

Esta ponderación, actualmente está del lado de los riesgos, pues los menores hacen uso de las TIC para fines personales y el fácil acceso a redes sociales supone un escenario perfecto para obtener datos personales y utilizarlos de una manera perjudicial, creciendo pues los riesgos.

¹¹⁹ ESCUCHURRI AISA, E: «El concurso de leyes y de delitos» en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE BOLDOVA PASAMAR (Coords.) *Derecho penal parte especial...* cit p.343

¹²⁰ DIAZ CORTES, L.M: «El debate sobre la penalización o no del sexting primario entre menores: el contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de sus límites» en *Revista de derecho penal y criminología*, 3^a época, n° 18, julio 2017, p.42.

¹²¹ FERNANDEZ OLMO, I: *El sexting y otros delitos...* p.10

Parece adecuado desarrollar actuaciones político-criminales que otorguen protección a los menores debido a las diversas conductas delictivas que pueden derivarse de la práctica del *sexting* primario, como el *bullying*, *sextorsión*, pornografía infantil, etc. y su conexión con las TIC que multiplica su propagación de manera exponencial. No obstante, no conviene exagerar los riesgos ya que las conductas que deben penalizarse se enmarcan en el *sexting* secundario, de lo contrario podríamos estar constriñendo otros derechos pertenecientes a la esfera personal, como es la libertad sexual en un contexto tecnológico, pues la práctica de *sexting* primario, de acuerdo a varios estudios sociológicos está muy presente entre los adolescentes sin que conlleve traumas ni consecuencias negativas en el desarrollo de su personalidad y sexualidad¹²².

En relación al bien jurídico protegido cuando hablamos de *sexting* entre menores, nuevamente es el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), y, por tanto, cabe extrapolar todo lo anteriormente dicho a este punto.

De acuerdo a lo enunciado en el artículo 4 LO 1/1996 de Protección jurídica del menor y la jurisprudencia del TS los menores son titulares del derecho a la intimidad, honor y propia imagen. El artículo 8 de esta misma ley también concede a los menores libertad de expresión como un derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 20 de la Carta Magna, sin embargo, este derecho encuentra un límite en el derecho al honor e intimidad ya que cuando la dignidad humana¹²³ puede resultar lesionada, debe superponerse a cualquier otro derecho¹²⁴. En cuanto al tema que nos concierne, una posterior difusión de las fotos y/o vídeos de carácter sexual no puede ampararse en la libertad de expresión del menor porque supone un perjuicio en la intimidad de la otra persona debiendo prevalecer éste sobre aquél.

En lo referido al consentimiento, a mi parecer este es el punto clave cuando nos situamos en un escenario con menores como protagonistas. El artículo 3 LO 1/1982 en su apartado primero establece lo siguiente:

«El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil»

¹²² PEREZ CONCHILLO, E: *Intimidad...* cit p.14

¹²³ Recordemos la cita de ARNAIZ VIDELLA: la dignidad humana es inherente a la intimidad

¹²⁴ MENDOZA CALDERON, S: *El derecho penal...* p.194

En este punto ha habido un cambio sustancial en relación a la regulación anterior a 2015. Antes de la reforma de la LO 1/2015, la edad de consentimiento sexual se establecía en 13 años. Sin embargo, debido al incremento de riesgos y situaciones de vulnerabilidad en la que podían verse inmersos los menores debido a las TIC y atendiendo a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño (2007), esta edad aumentó hasta los 16 años. Aunque no ha sido explícitamente acotado por el legislador español, así ha quedado patente en ciertos preceptos, como el 183 quater: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». Muy clarificadora a este respecto fue la Circular de la Fiscalía 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

Para conocer hasta dónde llega la protección jurídico-penal debemos atender a dos criterios esenciales¹²⁵: el primero es el factor cronológico, es decir, la edad del menor establecida en 16 años; el segundo es el factor biopsicosocial, es decir, el grado de madurez del menor, entendido como la capacidad del menor de auto determinarse sexualmente y evaluar las consecuencias que se puedan derivar de dichas prácticas. De tal manera que cuando se produzcan conductas de *sexting* primario entre menores que puedan tener adecuadamente formada su libertad sexual y sean mayores de 16 años, no debería tener un reproche penal. Cuestión distinta es si posteriormente se producen conductas de *sexting* secundario, pero en ese caso nos situamos en una esfera distinta.

Sexting primario, secundario y pornografía

La modalidad concursal que puede converger con el delito de pornografía infantil del artículo 189.1 b) CP (difusión de pornografía) es respecto al *sexting* secundario del artículo 197.7 CP. La relación que guardan ambos delitos puede resultar muy estrecha hasta el punto que una conducta pueda encajar en la letra de la ley de ambos preceptos. Esto es debido a la amplia definición del concepto de pornografía tras la reforma de 2015¹²⁶. Para diferenciar entre una y otra, habrá que valorar si se dan los elementos del tipo requeridos en el delito de pornografía infantil: primero, una finalidad *–animus–*, por parte del creador, principalmente sexual y segundo, debe enmarcarse en un contexto

¹²⁵ Circular FGE 1/2017, de 6 de junio.

¹²⁶ Circular FGE 2/2015, de 19 junio

libidinoso¹²⁷. De manera que cuando se den ambas conductas, se deberá resolver mediante concurso ideal en tanto se ataca a la intimidad del menor y simultáneamente afecta a su indemnidad sexual englobando así toda antijuridicidad de la conducta.

También habrá que valorar el consentimiento prestado por el menor, las características del sujeto activo, etc. tal y como exponía la Circular 2/2015 comentada anteriormente: se excluye la antijuridicidad material del delito de pornografía cuando el material «se haya elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros [...]. La contradicción con la norma es meramente formal cuando no se ofende el bien jurídico protegido» (*vid. Supra*).

Cuando se trata de *sexting* primario también puede conllevar una vinculación con el delito pornografía infantil, pero esta vez en su modalidad de *producción* regulado en la letra a) del artículo 189.1 CP. En este punto hay una gran discusión doctrinal entre los que defienden que debería tipificarse como delito de pornografía en todos los casos y aquellos que defienden que son conductas amparadas por la libertad sexual de los menores, siempre y cuando se den los factores cronológico y biopsicosocial enunciados. Se produce, por tanto, un debate entre la indemnidad y la libertad sexual.

La posición adoptada por los primeros sigue una perspectiva adoptada por países de Common Law como es Estados Unidos. A modo de ejemplo, algún caso resuelto en dicho país, si bien en algún Estado han modificado la legislación para no castigar en este sentido¹²⁸:

- Caso A.H. v. State of Florida, de 2007

De acuerdo al *factum*, dos menores que mantenían una relación se hicieron unas fotografías de carácter sexual en las que aparecían ambos, no siendo difundidas a una tercera persona. *Es una conducta de sexting primario*. Sin embargo, el tribunal condenó a ambos por un delito de producción de pornografía infantil ya que se trataba de contenido sexual donde aparecían menores, sin importar que hubiera habido consentimiento y no fueran difundidas las fotografías. El

¹²⁷ BOLDOVA PASAMAR, MA: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. El acoso sexual. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores» en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE BOLDOVA PASAMAR (Coords.) *Derecho penal parte especial...* cit p. 225-226

¹²⁸ MENDOZA CALDERON, S: *El derecho penal...* cit p. 177-179

argumento que esgrimía el tribunal fue que «la sola producción de las fotografías podría tener un serio impacto psicológico en los niños y adolescentes, y en este sentido, la norma penal habría significado la protección de los menores».

- Caso Iowa v. Canal

Un chico de 18 años envió a su novia de 14 dos fotos de carácter sexual que guardó en su ordenador. *La conducta es claramente un supuesto de sexting primario.* Estas fotos fueron descubiertas por la madre de la chica quien decidió denunciar al chico. El tribunal condenó al chico a 1 año de libertad vigilada por un delito de distribución de pornografía infantil.

Los defensores de esta postura esgrimen la especial vulnerabilidad del menor, su inconsciencia a los riesgos y el efecto que producen las TIC con una inmediata difusión de información, por lo que el despojo de la intimidad cuando se envía una foto íntima a otra persona debe ser controlado y penalizado, sin importar el consentimiento otorgado y el desarrollo de su personalidad.

De manera opuesta, autores como DIAZ CORTES defienden que las conductas de *sexting* primario entre menores no deben considerarse *per se* delito de pornografía infantil por dos motivos principales: primero, supondría un desconocimiento del papel de las TIC en el proceso de socialización de los menores y segundo, la inexistencia de razones *prima facie*. Un derecho fundamental como es el derecho a la libertad solo puede ser restringido únicamente cuando existan razones *prima facie* para ello y en este caso no las hay ya que de lo contrario estaríamos negando la libertad de determinarse sexualmente en una esfera privada a los menores, extralimitando los poderes del derecho penal. Por tanto, en palabras de la autora «las medidas de protección deben tratar de reconocer la evolución de las facultades del niño, en lugar de utilizar medidas de absoluto bloqueo o censura que afectan negativamente a los niños y adultos por igual»¹²⁹.

En el mismo sentido la jurisprudencia, SSTS 782/2007 y 376/2006, consideran que un simple desnudo en el que aparezca un menor no puede considerarse por sí mismo pornografía infantil. No obstante, requiere un control sobre la conducta debido a las conductas adicionales que se pueden producir.

¹²⁹ DIAZ CORTES, LM: *El debate sobre...* cit p. 66

Así las cosas, cabe concluir que las conductas de *sexting* primario entre menores en sentido estricto no deben estar amparadas por el derecho penal ponderando a favor del derecho de libertad sexual. Esta argumentación encuentra apoyo en uno de los principios base del derecho penal anglosajón -“*Harm principle*”- o el principio de ofensividad en nuestro derecho penal¹³⁰. Este principio se basa en que una conducta no debe ser criminalizada simplemente por ser inmoral sino que debe causar un perjuicio sobre un bien jurídico.

Es de gran importancia recalcar que la intervención del derecho penal quedará excluida de los supuestos en los que se cumplan con los dos factores esenciales para considerar la protección penal: cronológico y biopsicosocial. Es decir, cuando las conductas se produzcan entre menores que tengan formada su libertad sexual de acuerdo a la edad, consentimiento otorgado, madurez... no debería entrar en juego el derecho penal. Todo ello sin perjuicio que la conducta de *sexting* primario sea la base de la comisión de otros delitos, por ejemplo el *sexting* secundario en los que el derecho penal sí debería intervenir¹³¹.

En este punto, autores como GUISASOLA LERMA¹³² o MENDOZA CALDERON¹³³, abogan por una tarea compartida entre las instituciones –colegios, familias, instituciones de menores- para elaborar estrategias basadas en medidas de concienciación y herramientas para la educación de un correcto uso de las TIC sin restringir derechos fundamentales, esto es prevención general positiva (ejemplaridad) que fomenta la función pedagógica y formativa del derecho penal¹³⁴.

Esta actuación ya era defendida por el ilustre jurista italiano Cesare Beccaria –prevención general positiva- en una de sus principales obras «*Dei delitti e delle pene*» en su traducción «*De los delitos y las penas*»¹³⁵:

«Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de evitar delitos es perfeccionar la educación [...] que ofrece a los tiernos ánimos de los jóvenes, en guiar a la virtud por

¹³⁰ MENDOZA CALDERON, S: *El derecho penal...* cit p.240

¹³¹ MENDOZA CALDERON, S: *El derecho penal...* cit p.229

¹³² GUISASOLA LERMA, C: *Intimidad y menores...* cit p.21

¹³³ MENDOZA CALDERON, S: *El derecho penal...* cit p.173

¹³⁴ ROMEO CASABONA, C. M^º: «La función del derecho penal» en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR *Derecho Penal. Parte General* p.23

¹³⁵ BECCARIA, C: *Tratado de los delitos y las penas* publicado por Martínez Neira, M., Universidad Carlos III dentro del programa Legal History, 2015

el camino fácil del sentimiento y en separar del mal por el infalible de la necesidad y del inconveniente, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtiene solo una disimulada y momentánea obediencia».

VI. Conclusiones

1. Las TIC son un instrumento necesario en el mundo digitalizado en el que vivimos. Prueba de ello es la actual situación en la que nos encontramos provocada por el virus que nos está asolando: el uso de las TIC se ha confirmado como esencial para cualquier tipo de tarea: teletrabajo, docencia, transmisión de información y sobretodo ha surgido una nueva forma de comunicación interpersonal a través de video-llamadas, etc.

No obstante estas nuevas tecnologías también han supuesto nuevas formas de delinquir; además la facilidad de difusión que otorgan se puede convertir en un aspecto negativo cuando se hace un uso incorrecto de estas.

Así, la nueva inclusión del artículo 197.7 CP donde encajan las conductas de *sexting* secundario viene a responder sobre este problema: la difusión de imágenes de carácter sexual de una persona, por ejemplo a través de cualquier red social, supone una gran injerencia en la intimidad de dicha persona y, por tanto, es necesario darle cobertura.

Considero necesario poner de relieve que el artículo 197.7 CP no castiga de manera específica la difusión de *sexting* ajeno (aunque se puede afirmar que fue el motivo principal de este artículo), sino que engloba cualquier conducta que pueda afectar gravemente la intimidad de una persona.

2. Especial relevancia e importancia adquiere la diferenciación entre *sexting* primario y secundario, pues en ello estriba la penalidad de una conducta o no. El artículo 197.7 CP tipifica el denominado *sexting* secundario, esto es, envío de material erótico sin consentimiento de la víctima pero obtenido con su anuencia. Por tanto, el *sexting* primario se configura como una manifestación de la libertad sexual de las personas, siendo impune.

3. El punto diferenciador respecto a la anterior regulación es el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo del delito en la obtención del material erótico. Este ha sido el principal argumento esgrimido por los posicionados en contra de la regulación y la solución aplicable antes de la reforma de la LO 1/2015: el consentimiento otorgado por la víctima en la toma del material erótico excluye la tipicidad, pues de lo contrario supone

excesiva intervención del derecho penal. Cada persona es responsable de sus actos y debe soportar las consecuencias que provoquen.

Frente a esto, considero que no adecuan la conducta a la realidad, pues el consentimiento dado en la toma de fotografías y/o vídeos no puede ser extensible a una posterior difusión. El envío que hace la víctima del material es para el disfrute único y exclusivo del receptor, no para terceros ajenos. Además, la licitud o ilicitud en la obtención del material no debe ser el criterio de delimitación entre el derecho penal y el derecho civil, sino de modulación de la pena¹³⁶ ya que impera la concepción positiva del derecho a la intimidad, considerada como la capacidad de autodeterminación informativa: controlar la información relativa a la persona en el ámbito público.

Siguiendo lo expuesto por MENDO ESTRELLA¹³⁷, la nueva tipificación resulta coherente con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, es decir, la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a afecciones graves; siguiendo con este autor, «la presencia del consentimiento en la grabación de las imágenes por parte de la víctima o la producción por ésta de las mismas puede en muchos casos suponer que las imágenes sean más explícitas y, por ende, más lesiva a su intimidad la difusión inconsentida».

4. Relacionado con el punto anterior, especial consideración en relación a este delito merecen los menores. El consentimiento otorgado por estos podría verse invalidado en tanto no tienen capacidad para comprender estas conductas. No obstante, la doctrina ha considerado que habrá de estudiarse caso por caso y atendiendo a factores biopsicosociales y cronológicos (madurez, cercanía de edad...) establecer si el consentimiento es válido o no. Más aún si cabe, es importante determinar este término por las conductas delictivas adyacentes que pueden acompañar al delito de *sexting* secundario, como pornografía infantil, sextorsión, etc.

Este consentimiento también debe tenerse en cuenta en conductas de *sexting* primario entre menores, pues no deben castigarse de manera absoluta como un delito de pornografía (en su modalidad de producción), siendo parte de la libertad sexual de los

¹³⁶ SANCHEZ BENITEZ, C: «Sobre la difusión no consentida de las prácticas de sexting y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 CP) en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm 51, Septiembre-Diciembre 2019

¹³⁷ MENDO ESTRELLA, A. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos...» cit

menores cuando estos tengan el conocimiento necesario para poder determinar su sexualidad. Así, la doctrina avala por una labor educativa y respetar de este modo el principio de intervención mínima del derecho penal.

5. La elaboración del tipo de lo injusto se debe realizar mediante un proceso de abstracción a partir de diversos hechos de la vida real y por ello considero totalmente adecuada la nueva regulación: el incremento de prácticas de difusión de *sexting* ajeno ha sido cada vez más acuciante entre la población, no solo nacional sino mundial y con ello el perjuicio que causa en las víctimas (*vid* caso trabajadora IVECO), por tanto, dada la gravedad de la conducta, considero necesaria la intervención del derecho penal para ofrecer protección al bien jurídico dañado. De esta manera se consigue cubrir una laguna de impunidad existente antes de la reforma de la LO 1/2015 y otorgar seguridad jurídica, pues reconducir las conductas a otra tipología de delitos, como delitos contra el honor o integridad moral, o a la vía civil, resulta insuficiente y no es adecuado, ya que no se está protegiendo el bien jurídico que realmente resulta perjudicado y no se cubre todo el desvalor de la acción.

6. Si bien es cierto considero adecuada la inclusión de este nuevo precepto, no significa que sea correcto, pues adolece de falta de precisión en su redacción. Cuando se desarrolla una nueva ley o precepto, uno de los principios que debe regir la elaboración es la exigencia de taxatividad¹³⁸, es decir, una correcta formulación de la ley para garantizar la seguridad jurídica. Por tanto, la ley debe describir lo más precisamente posible los elementos que configuran el supuesto de hecho.

El artículo 197.7 CP, como ha quedado palpable a lo largo del trabajo, no ha cumplido con esa exigencia de taxatividad y precisión requerida (mandato de determinación). Ello puede ser consecuencia de la premura en la redacción, pues fue una reforma *ad hoc*, fruto del “caso Hormigos”, lo que originó este nuevo precepto. Por lo tanto, de *lege ferenda* se deberían introducir las reformas oportunas con mejor redacción para conseguir una mayor seguridad jurídica: entre otras, respecto al elemento espacial del delito, tal y como MARTINEZ OTERO apunta (*vid* apartado 5.1.2 c) la precisión respecto a este punto se hubiera conseguido aludiendo a «lugares privados». En lo relativo a la afección grave de la intimidad, a pesar que en el proceso de abstracción es necesario

¹³⁸ ROMEO CASABONA, CM^a: «La función del derecho penal» en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR *Derecho Penal. Parte General* cit p.41

utilizar en ocasiones elementos normativos y en concreto conceptos jurídicos indeterminados, la precisión debe ser el fin principal del legislador. En este punto, se podría haber acotado más este término jurídico indeterminado, como han expuesto algunos autores (*vid* apartado 5.1.3), al núcleo duro de la *privacy*.

7. Así las cosas, la inclusión del artículo 197.7 CP para dar cobertura a los casos de *sexting* secundario, tanto si la víctima ha consentido como si ha enviado voluntariamente el material erótico, es totalmente adecuada y necesaria para solucionar situaciones problemáticas y latentes en una sociedad informatizada como es la actual.

VII. Bibliografía

Obras doctrinales

- ARNAIZ VIDELLA, J: «El sexting en el código penal español» en *Diario La Ley*, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer

- BECCARIA, C: *Tratado de los delitos y las penas* publicado por Martínez Neira, M., Universidad Carlos III dentro del programa Legal History, 2015

- BOLEA BARDÓN, C: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio» Corcoy Bidasolo, Mir Puig (Dirs.), Vera Sánchez (Coord.) en *Comentarios al código penal Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, 2015, [Recurso electrónico]

- BOLDOVA PASAMAR, MA: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II. El acoso sexual. Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores» en Sola Reche, Romeo Casabona, Boldova Pasamar (Coords.) *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 marzo*, Editorial Comares S.L., Granada, 2016

- CASTELLÓ NICÁS, N: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Lorenzo Morillas Cueva (Dir.), 2015, ISBN 978-84-9085-434-1. [Recurso electrónico]

- COLAS TURÉGANO, A: «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter)» González Cussac (Dir.), Matallín Evangelio, Górriz Royo

(Coords.) en *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2015 [Recurso electrónico]

- COMES RAGA, I., «La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconsentida de sexting ajeno» en *La Ley penal* nº 105, noviembre-diciembre 2013, Los Ciberdelitos, Editorial Wolters Kluwer. [Recurso electrónico]

- De las HERAS VIVES, L. *Protección penal a la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español*. [tesis doctoral] Universidad Autónoma de Barcelona. 2017.

- DIAZ CORTES, L.M: «El debate sobre la penalización o no del sexting primario entre menores: el contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de sus límites» en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, nº 18, julio 2017. [Recurso electrónico]

- DÍAZ TORREJON, P. *Tratamiento penal del sexting*. Obtenido en: <https://docplayer.es/90950674-Tratamiento-penal-del-sexting-pedro-diaz-torrejon-fiscal-de-la-fiscalia-provincial-de-huelva.html>

- DOVAL PAIS, A y ANARTE BORRALLO, E: «Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad», en *Diario LA LEY*, nº 8744, de 19 de abril de 2016, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, [Recurso electrónico]

- DOLZ LAGO, MJ: «Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015» en *Diario La Ley*, nº 8758, de 10 de mayo de 2016, Sección Doctrina, [Recurso electrónico]

- ESCUCHURRI AISA, E: «El concurso de leyes y de delitos» en Sola Reche, Romeo Casabona, Boldova Pasamar (Coords.) *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 marzo*, Editorial Comares S.L., Granada, 2016

- FERNANDEZ OLMO, I. *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*.

- GUIASOLA 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, [Recurso electrónico]

- GONZALEZ COLLANTES, T: «Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras» en *Revista de derecho penal y criminología*, 3^a Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84, [Recurso electrónico]

- GONZALEZ CUSSAC, JL: «Lección XV: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en Gonzalez Cussac (Coord.) *Derecho penal. Parte Especial*, 6^º edición, Tirant Lo Blanch, [Recurso electrónico]

- JORGE BARREIRO, A: *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 CP*

- JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAIS, A., «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes» en Boix Reig (Dir.) Jareño Real (Coord.) *La protección jurídica de la intimidad*.

- LLORIA GARCÍA, P: «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting» en *La Ley penal* nº 105, noviembre-diciembre 2013, Los Ciberdelitos, Editorial Wolters Kluwer, [Recurso electrónico]

- MAGRO SERVET, V. «Difusión de grabaciones por whatsapp de contenido sexual con o sin consentimiento de la víctima en su grabación y sin consentimiento en su difusión» en *LA LEY Penal* nº 122, septiembre-octubre 2016, Práctica penal, Editorial Wolters Kluwer, [Recurso electrónico]

- MAGRO SERVET, A: «Reforma del código penal afectante a la violencia de género», Estudios Monográficos sobre la Ley Orgánica 1/2015 en *LA LEY Penal* nº 114, mayo-junio 2015, Ley Orgánica 1/2015, Editorial Wolters Kluwer, [Recurso electrónico]

- MARTÍNEZ OTERO, J. M^a: «La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico» en *Derecom*, nº. 12, Diciembre-Febrero, 2013, ISSN: 1988-2629, [Recurso electrónico]

- MARTÍNEZ OTERO, J. M^a. «El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4.º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento» en *Diario La Ley*, Nº 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial Wolters Kluwer, [Recurso electrónico]

- MENDO ESTRELLA, A. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, ISSN 1695-0194, [Recurso electrónico]
- MENDOZA CALDERON, S. «El “sexting” entre adolescentes» en *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, Tirant monografías, [Recurso electrónico]
- MORALES PRATS, F.: «La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del “caso Hormigos”», en *Revista Derecho y Proceso Penal* 31, 2013
- MORALES PRATS, F: «Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10^a ed., mayo 2016, Thomson Reuters Proview, [Recurso electrónico]
- MUÑOZ CONDE, F: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio. Capítulo XI. Descubrimiento y revelación de secretos. Especial consideración del quebrantamiento del secreto profesional. Allanamiento de morada» en *Derecho Penal. Parte Especial*, 22^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, [Recurso electrónico]
- MUÑOZ CUESTA, J. y RUÍZ DE ERENCHUN, E., *Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona
- 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» en *Revista de derecho y proceso penal*, 2014, nº 35
- PÉREZ CONCHILLO, E. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, [libro electrónico], Tirant lo Blanch 2018, Valencia, [consultado Febrero 2020]. Disponible en: <https://biblioteca-tirant.com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788491901150>
- ROMEO CASABONA, CM^a: «El concepto y los elementos del derecho penal» Sola Reche., Romeo Casabona, Boldova Pasamar, MA. (Coords.) en *Derecho penal parte general. Introducción teoría jurídica del delito*. 2^a edición, Editorial Comares S.L., Granada, 2016

- ROMEO CASABONA, CM^a: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio» Sola Reche, Romeo Casabona, Boldova Pasamar (Coords.) en *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 marzo*, Editorial Comares S.L., Granada, 2016

- ROMEO CASABONA, CM^a: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

- SANCHEZ BENITEZ, C: «Sobre la difusión no consentida de las prácticas de sexting y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 CP) en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm 51, Septiembre-Diciembre 2019

- SANCHEZ SANCHEZ, M: «El derecho a la intimidad y el nuevo delito de sexting» en López Ortega, JJ (Dir.) Salon Piedra, D y Valenzuela Yrizarbe, F (Coords.) *El derecho a la intimidad. Nuevos y viejos debates*, Dykinson, 2017

- SOLA RECHE, E: «Delitos contra la libertad» en Sola Reche., Romeo Casabona, Boldova Pasamar (Coords.) *Derecho penal parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 marzo*, Editorial Comares S.L., Granada, 2016

- SORIANO RUIZ, N. «Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España» en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* [revista electrónica], ISSN: 2531-1565, 2019 [consultado Febrero 2020], Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7172623>

- VALEIJE ÁLVAREZ, I. «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento» en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

Jurisprudencia

- Sentencia Audiencia Provincial Granada, (Sección 1^a), nº 351/2014, de 5 de Junio
- Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba, nº 91/2011 de 28 marzo
- Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1^a), nº 63/2012 de 2 febrero

- Sentencia Audiencia Provincial de Lérida, nº 90/2004 de 25 de febrero
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), nº 70/2020 de 24 febrero
- Sentencia Audiencia Provincial Almería, (Sección 3^a), nº 76/2018 de 14 de febrero
- Sentencia del Juzgado de Instrucción nº2 de Teruel, nº 98/2016, de 16 de junio
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 6^a), nº 302/2017 de 24 de abril
- Sentencia Juzgado de lo Penal nº 1 San Sebastián, nº 32/2019, de 5 de febrero
- Sentencia Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal, Sección 1^a), nº 539/2009 de 21 de mayo
- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, (Sección 6^a), nº 203/2016, de 31 de octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo, nº 1218/2004, de 2 de noviembre

Legislación

- Constitución Española de 1978
- 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 (LOPD).
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)
- 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.

- Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, por la que se proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos (BOE núm. 108, de 06/05/1999)

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979)

