

Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2018/2019  
Convocatoria: Junio

**EL DERECHO PENAL FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL  
DELITO DE *SEXTING***

CRIMINAL LAW AGAINST NEW TECHNOLOGIES: THE CRIME OF  
*SEXTING*

**Marta Pérez Asensio**  
42240023V

Tutor: Prof. D<sup>a</sup> Judit García Sanz

Disciplinas Jurídicas Básicas  
Área de Derecho Penal

## ABSTRACT

The impact of the new technologies in the society has done necessary the creation of new criminal figures among which finds the designated crime of *sexting*, regulated in the art. 197.7 CP and in the art. 183 ter 2º CP, this last for the cases of *sexting* among minors, with the purpose to cover spaces of impunity.

In this work accost the problematic questions that arouse these criminal figures, among others, the discussion about the legal assets protected; the delimitation of the subjects and discussion about the responsibility of third; the material object of the crime in relation with the content of the images or recordings; the way and the place of obtaining of the same; the scope of the typical behaviour as it treat of diffusion, disclosure or cession; the minors (art. 183 ter 2º CP) and the specific type in the familiar field.

After the analysis of doctrine and jurisprudence, we will pose us the suitability of the maintenance of this crime and we will do critical assessments and proposals of *lege ferenda*.

## RESUMEN

El impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad ha hecho necesaria la creación de nuevas figuras delictivas entre las que se encuentra el denominado delito de *sexting*, tipificado en el art. 197.7 CP y en el art. 183 ter 2º CP, éste último para los casos de *sexting* entre menores, con la finalidad de cubrir algunas lagunas de punibilidad.

En este trabajo se abordan las cuestiones problemáticas que suscitan estas figuras delictivas, entre otras, la discusión sobre el bien jurídico protegido; la delimitación de los sujetos y discusión sobre la responsabilidad de terceros; el objeto material del delito en relación con el contenido de las imágenes o grabaciones; el modo y el lugar de obtención de las mismas; el alcance de la conducta típica según se trate de difusión, revelación o cesión; el embaucamiento de menores (art. 183 ter 2º CP) y el tipo específico en el ámbito familiar.

Tras el análisis doctrinal y jurisprudencial, nos plantearemos la conveniencia del mantenimiento de este delito y haremos valoraciones críticas y propuestas de *lege ferenda*.

**ÍNDICE:**

	<b>Páginas</b>
1. Introducción .....	4
2. Situación en el Derecho comparado: EEUU, Reino Unido, Australia e Italia.....	7
3. Bien jurídico y naturaleza .....	10
4. El delito de <i>sexting</i> : art. 197.7 CP .....	12
4.1. Tipo objetivo .....	13
4.1.1. Sujetos y responsabilidad de terceros .....	13
4.1.2. Objeto material del delito .....	16
4.1.3. Acción típica.....	22
4.2. Tipo subjetivo.....	24
4.3. Tipo agravado.....	25
5. Supuestos específicos del <i>sexting</i> .....	28
5.1. Embaucamiento de menores y <i>sexting</i> : art. 183 ter 2º CP.....	28
5.2. El <i>sexting</i> en la violencia de género .....	31
6. Conclusiones y propuestas de <i>lege ferenda</i> .....	34
Índice de Sentencias .....	40
Bibliografía .....	40

## 1. Introducción<sup>1</sup>.

La reforma llevada a cabo en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, afecta a la regulación en materia de delitos de descubrimiento y revelación de secretos, encuadrados en el Capítulo I, Título X, Libro II, dedicado este a “los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, donde se ubica el delito de *sexting*<sup>2</sup>.

Con la introducción de esta figura delictiva, el legislador viene a dar respuesta a un problema derivado que surge con el uso generalizado de las TIC, lo que conlleva la rápida extensión que ha experimentado este tipo de comportamientos, motivados con frecuencia por el ánimo de venganza y realizados en el contexto de un chantaje (*sextorsión*), especialmente entre menores<sup>3</sup>.

Por la indefensión a la que se ve sometida la víctima, el legislador ha optado por tipificar estas conductas, castigando a quien ha obtenido con el consentimiento de la víctima, imágenes o grabaciones tomadas en un contexto de intimidad, que posteriormente son divulgadas sin la anuencia de esta<sup>4</sup>.

El término *sexting* etimológicamente proviene de la unión de dos términos anglosajones: sex (sexo) y texting (envío de mensajes). Este puede ser definido como aquellas conductas o prácticas consistentes en la producción, por cualquier medio de imágenes, principalmente fotografías o vídeos, y su posterior envío, difusión o publicación con contenidos de tipo sexual, producidos generalmente por el propio

<sup>1</sup> Abreviaturas más utilizadas: Constitución Española: CE; Código Penal: CP; Ley Orgánica: LO; Sentencia del Tribunal Constitucional: STC; Sentencia del Tribunal Supremo: STS; Sentencia de la Audiencia Provincial: SAP; Sentencia del Juzgado de Menores: SJM; Sentencia del Juzgado de Instrucción: SJI; Juzgado de Violencia sobre la Mujer: JVM; Artículo (s): art./arts.; Tecnología de la Información: TIC.

<sup>2</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, págs. 1 y 2.

<sup>3</sup> ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, Derecho Penal. Parte especial, Comares, Granada, 2016, pág. 268.

<sup>4</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATA LLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 633.

remitente, a otras personas, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico, obtenidos con consentimiento de la persona afectada, pero sin que esta haya autorizado esa divulgación. Desde una perspectiva más amplia, puede calificarse como *sexting* la producción y envío de mensajes de contenido insinuante o sugerente, con la finalidad de despertar en el receptor atracción o deseo sexual<sup>5</sup>.

Las definiciones anteriores responden al concepto de *sexting* primario, sin embargo, existe otro tipo de *sexting* denominado secundario. Este se diferencia del anterior por la falta de consentimiento del protagonista, el presunto autor posee el mensaje, la imagen o vídeo ajeno de contenido sexual y lo difunde a terceros, empleando las TIC, sin consentimiento de alguno de los protagonistas<sup>6</sup>.

Respecto a las características que delimitan la práctica del *sexting*, siguiendo a MARTÍNEZ OTERO, las podemos resumir en cuatro: la voluntariedad, la utilización de dispositivos tecnológicos, el carácter erótico de los contenidos y la naturaleza privada y casera. Por tanto, para hablar de *sexting* es necesario que se cumplan estas peculiaridades, debiendo producirse y enviarse el contenido de carácter sexual de manera voluntaria, mediante dispositivos electrónicos y sin ánimo de lucro, con un interés meramente personal<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Así lo definen autores como JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo, *La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 917, 2016, pág. 1; MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, págs. 3-5, <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>; DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, págs. 71 y 72; FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, pág.6, [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%Isabel%2017-10.pdf?idFile=46512eec-1177-450e-b438-2ab47fee5e5e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%Isabel%2017-10.pdf?idFile=46512eec-1177-450e-b438-2ab47fee5e5e); MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, pág. 3, <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbtk.ull.es/servlet/articulo?codigo=4330495>; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 245.

<sup>6</sup> MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, págs. 3-5, <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>

<sup>7</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, pág. 3, <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbtk.ull.es/servlet/articulo?codigo=4330495>

Este nuevo delito surge a raíz de un caso concreto que alcanzó gran repercusión social en el año 2012 (caso Olvido Hormigos)<sup>8</sup>, en el que se difunde un vídeo de contenido sexual sin el consentimiento de su protagonista, concejala del pueblo toledano de los Yébenes. Aquí, el conflicto se plantea porque dicho vídeo fue grabado por la propia víctima quien lo envía voluntariamente a un tercero, corriendo así el riesgo de que pudiera difundirse. Se abrió así un debate sobre si tales conductas debían ser perseguidas por el Derecho penal y por tanto tipificarse en el CP, o si, por el contrario, debían mantenerse en el ámbito de aplicación por 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<sup>9</sup>.

El caso planteó gran dificultad a la hora de llevar al terreno del Derecho penal la difusión no autorizada de este tipo de imágenes, ya que hasta el momento solo resultaban típicos los supuestos en los que la captación de las imágenes o grabaciones se hubieran llevado a cabo sin consentimiento de la víctima y, por ello, la mera difusión cuando las imágenes se han obtenido ilícitamente se consideraba una conducta atípica, pudiendo constituir un mero ilícito civil. Esta situación evidenció una laguna de punibilidad, lo que hizo necesaria la introducción de esta figura delictiva<sup>10</sup>.

Por esta razón, el Ministerio de Justicia decidió incluir en su Proyecto de Ley dicho delito, acercando el texto penal a la realidad social y castigando así la autoría de la difusión no autorizada de imágenes o vídeos, introduciendo el apartado 7º al art. 197 CP.

---

<sup>8</sup> El Juzgado de Instrucción nº1 de Orgaz, mediante auto de 15 de marzo de 2013, archivó el asunto, afirmando: “de conformidad con la redacción del tipo penal, y dejando al margen nuevas reformas legislativas sobre la materia que aventuran una futura tipificación de las conductas hoy denunciadas y cuya aplicación ahora impide el principio de legalidad y tipicidad, sólo si se hubiera producido un acceso no autorizado al móvil de la propia denunciante donde se encontraba registrado y grabado el vídeo de contenido íntimo, se entendería consumado el tipo penal, no siendo procedente otra resolución que el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones por un delito contra la intimidad”.

<sup>9</sup> DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, págs. 73-75.

<sup>10</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATA LLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 633.

Así pues, el objeto de este trabajo consistirá en analizar el delito de *sexting* con base en opiniones doctrinales y aportaciones jurisprudenciales, con el objetivo final de ofrecer propuestas de *lege ferenda*.

## 2. Situación en el Derecho comparado: EEUU, Reino Unido, Australia e Italia.

Debido al auge de las TIC la práctica del *sexting* se extiende cada vez más entre menores y adultos no solo en nuestro país, lo cierto es que en países de habla inglesa es donde se han manifestado los primeros casos de *sexting* por ser estos más avanzados tecnológicamente.

Las controversias jurídicas acerca del *sexting* se manifiestan en primer lugar en Estados Unidos, Reino Unido y Australia y con posterioridad en Alemania, Francia, Italia y España (nos centraremos en EEUU, Reino Unido, Australia e Italia).

Respecto a la legislación estatal americana, en la mayoría de los Estados falta legislación penal específica contra esta práctica. En estos casos, a los menores y adultos que realicen, posean, distribuyan o cedan material pornográfico infantil, incluso si éste fuera autoproducido, se les aplica las sanciones previstas para los delitos en materia de *child pornography* (pornografía infantil). Asimismo, en algunos Estados se castiga el *revenge porn*, lo que consiste en difundir o poner a disposición de terceros, material de contenido sexual explícito en el que aparece un menor o un adulto.

La primera aplicación de la legislación penal en casos de *sexting* en Estados Unidos se remonta a 2007. Los jueces del Estado de Florida condenaron a una pareja de adolescentes por haberse grabado mientras realizaban actos sexuales, la fiscalía en este caso condenó a los menores por producción de pornografía infantil. La sentencia fue recurrida en apelación por considerar que se violaba el derecho a la intimidad de los menores, sin embargo, el recurso fue rechazado debido a que la legislación penal en EEUU en materia de pornografía infantil, protege a los menores también en relación a conductas consentidas llevadas a cabo por los mismos. Se reconoce por tanto a los menores un ámbito de privacidad más reducido con respecto al de los adultos.

En Reino Unido, el *sexting* es un fenómeno que carece de regulación específica, sin embargo, tiene encaje en las leyes vigentes como *child abuse image*, delito tipificado en la sección primera en la *Protection of Children Act 1978*. Este tipo de delitos son perseguidos exclusivamente con el consentimiento previo de los procuradores públicos (*Crown Prosecutors*), son ellos los que deben evaluar el caso y determinar si se dan los presupuestos del *sexting*, en estos casos se tiene en cuenta el interés del menor para decidir si proceder o no contra él, siguiendo así los fines de política-criminal que establece la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el sistema de justicia de los menores en Reino Unido.

En el caso de Australia, se aplica la legislación penal contra la pornografía infantil al *sexting*. Como ocurre en Reino Unido, la decisión para determinar si se procede contra el menor o no la toma el procurador general (*Attorney General*), en esta figura recae la evaluación del interés del menor.

En Italia, como ocurre en los ordenamientos anteriormente mencionados, no hay una tipificación penal específica relativa al *sexting* por lo que se equipara a la pornografía infantil, aplicándose a los comportamientos de producción, cesión y difusión cuando interviene un menor, regulado en el art. 600 ter, párrafo segundo y 600 quater CP italiano, no siendo suficiente el consentimiento del menor salvo que la cesión de las imágenes de contenido sexual las realice y ceda este a un coetáneo

En algunos sistemas de *common law* se prevé la *defence of doli incapax*, que es aplicable únicamente en menores de catorce años, alcanzada esta edad deben responder penalmente por la acción punible. Esta se refiere a la presunción de que un niño es incapaz de cometer un delito debido a que aún no tiene un entendimiento suficiente entre lo correcto y lo incorrecto.

Respecto a las causas que excluyen la punibilidad, el Consejo de Europa en el art. 20.3 del Convenio de Lanzarote de 2007 establece la posibilidad por parte de los Estados miembros de no castigar la producción o la posesión de imágenes si estos menores han llegado a la edad del consentimiento sexual, siempre que dichas prácticas

se realicen con su consentimiento sin ánimo de lucro y con un interés meramente personal<sup>11</sup>.

Tras este estudio de Derecho comparado, llegamos a la conclusión de que son pocos los países que tienen una tipificación específica del delito de *sexting*, resultando el legislador español precursor en este sentido al introducir en su CP el art. 197.7 y 183 ter, apartado 2º, regulando este último específicamente el *sexting* entre menores.

En la mayoría de ordenamientos se aplica la legislación penal contra la pornografía infantil al *sexting* quedando limitada por tanto dicha legislación a la práctica del *sexting* entre menores o entre estos y un adulto, excluyendo la protección penal cuando la práctica del mismo se produzca entre adultos.

Es razonable que haya una mayor regulación en el caso de los menores, siendo el *sexting* una práctica de riesgo al tratarse de sujetos con especial vulneración debido a su inmadurez. Esta práctica de riesgo puede escaparse al control de los menores teniendo efectos negativos que pueden derivar en muchos casos en el suicidio, es por ello que se delimita su ámbito de privacidad y derecho de intimidad al haber una regulación más estricta en relación con los adultos. Hay que tener en cuenta que las imágenes de contenido sexual pueden difundirse de manera incontrolada debido al avance de las TIC, dañando el honor y la dignidad de la víctima y produciendo su cosificación, ya que, una vez sale del ámbito privado hay un riesgo de que se convierta en material pornográfico poniendo en peligro el desarrollo del menor y viéndose vulnerados sus derechos fundamentales.

Es necesario, por tanto, no limitarse a tipificar el delito de *sexting* entre menores sino también aplicar medidas educativas tendentes a evitar el mismo, ya que, lo que realmente se pretende no es aplicar el *ius puniendi* sino educar al menor protegiendo su

---

<sup>11</sup> SALVADORI, Iván, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, págs. 14 y ss., <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf>

derecho a la intimidad e indemnidad sexual, siempre teniendo en cuenta que el Derecho Penal se aplica de acuerdo al principio de *ultima ratio*.

Respecto a la protección penal cuando la práctica del *sexting* se desarrolle entre adultos, cabe plantearse con base en las regulaciones existentes en el ámbito internacional, si resulta adecuada dicha regulación o es contraria al principio de intervención mínima del Derecho Penal.

### 3. Bien jurídico y naturaleza.

El derecho a la intimidad se configura, además de como un derecho constitucional consagrado en el art. 18.1 CE, como un bien jurídico protegido, así la regulación del delito de *sexting* dota a la intimidad de una protección superior a la que se brindaba antes de su regulación.

La intimidad se concibe como el derecho de todo individuo a mantener un espacio de privacidad, por lo que su delimitación y contenido pertenecen al sujeto pasivo protegido frente a la intromisión de terceros.

Es unánime la doctrina española al considerar la intimidad como bien jurídico protegido en los delitos de *sexting*, sin embargo, MARTÍNEZ OTERO considera que el bien jurídico afectado además de la intimidad debe ser la propia imagen pues, en la medida en que la persona que difunde *sexting* ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento, conculca el derecho a la propia imagen reconocido en la Constitución<sup>12</sup>.

Por otro lado, COLÁS TURÉGANO sostiene que al introducirse el apartado 7º del art. 197 CP, el ciudadano tiene la tutela para controlar aquellos aspectos de su esfera privada que desea que se conozcan, determinando por tanto la propia extensión de su

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, pág. 4, <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbt.ull.es/servlet/articulo?codigo=4330495>

intimidad. De esta manera, queda ampliamente protegido el bien jurídico frente a ataques relacionados con prácticas de riesgo que derivan del uso de las TIC<sup>13</sup>.

Frente a lo anterior, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ comparte la posición del legislador de 1995, ya que entienden que para obtener la tutela penal es necesario ser consciente de los riesgos que entrañan ciertas prácticas, protegiéndose el intrusismo de terceros, pero no la indiscreción de la persona a la que hemos confiado información de ámbito privado<sup>14</sup>.

En relación a la jurisprudencia, se observa una evolución del concepto de intimidad tanto en el Tribunal Constitucional como en el Tribunal Supremo. En un principio, se definía en sentido negativo como el derecho del titular a exigir la no intromisión de terceros en su ámbito privado, evolucionando hasta tener un contenido positivo configurándolo como la libertad de acción del sujeto y sus facultades para determinar su extensión y el conocimiento que pudieran tener otros de información relativa a su persona. De modo que, la jurisprudencia también es unánime en este sentido y define este derecho fundamental del artículo 18.1 CE como el “ámbito propio reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad de vida humana”<sup>15</sup>.

En los supuestos de menores como sujetos pasivos, se consideran titulares del derecho a la intimidad en la misma medida que lo son los mayores de edad, sin embargo, esto dependerá de su capacidad para entender el alcance del ejercicio de la

---

<sup>13</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATA LLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 633-637.

<sup>14</sup> Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, págs. 72 y 73; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Tutela penal de la “privacidad compartida”. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*, Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por la LO 1/2015, pág.6.

<sup>15</sup> Vid. STC 57/1994, de 28 de febrero; STS 666/2006, de 19 de junio; STS 358/2007, de 30 de abril.

titularidad de este derecho<sup>16</sup>. Asimismo, se ha considerado también la indemnidad sexual como bien jurídico protegido de los menores en supuestos de *sexting*.

Respecto a la naturaleza, nos encontramos ante un delito de resultado configurado como un tipo mixto alternativo, constituyéndose la consumación formal del tipo cuando se proceda a la difusión, se revele o ceda a terceros y como consecuencia de ello se produzca un grave menoscabo de la intimidad del sujeto pasivo<sup>17</sup>. De igual modo, se trata de un tipo autónomo, ya que el apartado 7 no tiene relación con los demás tipos agravados que incluye el art. 197, teniendo relación únicamente en lo que respecta al eje punitivo que consiste en la protección de la intimidad personal<sup>18</sup>.

#### 4. El delito de *sexting*: art. 197.7 CP.

Las novedades incorporadas en los tipos penales concernientes a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos obedecen a la voluntad del legislador de ofrecer respuesta penal ante determinados comportamientos, concretamente los relacionados con la divulgación de imágenes o grabaciones de una persona que, aun obtenidas con su consentimiento, se difunden contra su voluntad afectando gravemente a su intimidad personal<sup>19</sup>.

A continuación, se procederá al análisis del tipo básico (los sujetos y la responsabilidad de terceros receptores de la acción típica, el objeto material del delito y la conducta típica), el tipo subjetivo y el tipo agravado.

---

<sup>16</sup> GUIASOLA LERMA, Cristina, Intimidad y menores: consecuencias jurídico penales de la difusión del *sexting* sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, en CUERDA ARNAU, María Luisa, Menores y redes sociales: *ciberbullying*, *ciberstalking*, *cibergrooming*, pornografía, *sexting*, radicalización y otras formas de violencia en la red. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 274.

<sup>17</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATALLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 639.

<sup>18</sup> ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, Derecho Penal. Parte especial, Comares, Granada, 2016, pág. 269.

<sup>19</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 2.

#### **4.1. Tipo objetivo.**

El Código Penal, en su art. 197.7, párrafo 1º, tipifica el tipo objetivo del delito de *sexting* y dispone: 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.

##### **4.1.1. Sujetos y responsabilidad de terceros.**

El sujeto activo es aquél que ha obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones de contenido sexual de este, habiéndolas obtenido bien porque el sujeto activo haya realizado las fotografías o grabaciones, o bien porque la propia víctima se las haya proporcionado de manera voluntaria, procediendo a realizar la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, aquel cuya imagen es fotografiada o grabada dando su consentimiento. También es sujeto pasivo aquél que envía archivos de contenido sexual de manera voluntaria al sujeto activo en un contexto de intimidad. Ninguna de estas conductas conlleva autorización tácita para su difusión a terceros, realizándose este tipo de prácticas generalmente en un contexto de relación sentimental, dando consentimiento mutuo a la grabación con la confianza de que no traspasará la esfera privada.

En este sentido, encontramos unanimidad doctrinal y jurisprudencial<sup>20</sup>, sin embargo, el problema surge a la hora de delimitar la responsabilidad del tercero destinatario de la acción penal.

---

<sup>20</sup> Vid. SAP 302/2017, de 24 de abril y SAP 805/2017, de 20 de diciembre.

En consecuencia, debemos plantearnos si el responsable criminal de esta conducta sería únicamente el que obtiene las imágenes de forma directa, que después difunde sin autorización de la víctima, o si también lo serían todos aquellos que habiendo recibido las imágenes como consecuencia de la primera difusión las reenvían a terceros, siguiendo con la cadena de transmisión que contribuye a la difusión del objeto material del delito.

A este respecto, hay una tesis mayoritaria defendida por autores como PÉREZ CONCHILLO, que entienden que, tal y como está redactado el tipo penal quedarían excluidos, debido a que la previa captación consentida del protagonista opera como límite de la autoría, de manera que aquellos que no han obtenido directamente con consentimiento de la víctima estos archivos, llegando a sus manos a través de terceros mediante una cadena de difusión, quedarían excluidos. Asimismo, el art. 197.1 CP castiga la apropiación indebida de materiales íntimos y el art. 197.4 CP la difusión, pero esta apropiación indebida no se produce en los casos de *sexting*<sup>21</sup>.

De acuerdo con esto, el tercero queda exento de responsabilidad penal sin perjuicio de su posible responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en 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, siempre que no participen en el delito como inductores o cooperadores necesarios o cómplices.

Frente a la tesis mayoritaria, encontramos una tesis minoritaria, defendida por MAGRO SERVET, que sostiene que lo que se castiga es la autoría de la difusión no autorizada de las imágenes o vídeos, con independencia de la intervención del autor del hecho en la cadena de difusión. De esta manera, basta con que se proceda a la divulgación y sea detectado por los agentes policiales expertos en este tipo de delitos para que se considere la autoría del delito del art. 197.7 CP. Sin embargo, como se

---

<sup>21</sup> PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, Intimidación y difusión de *sexting* no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 79. En esta misma línea podemos mencionar a DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del *sexting*”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 80.

advierte en la doctrina mayoritaria, como advierte este mismo autor, esto no parece estar en consonancia con el tenor literal de la redacción y supondría una criminalización excesiva y generalizada<sup>22</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, respaldan la opinión mayoritaria, así sentencias como la SAP 228/2018, de 15 de junio, establecen que “teniendo en cuenta la redacción del precepto, el tipo penal del art. 197.7 se ha configurado como un delito del que únicamente serían autores aquel o aquellos que, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida, inician, sin autorización del afectado, la cadena de difusión cediendo o distribuyendo dichos contenidos íntimos a otros”. Asimismo, disponen que “cuestión distinta es la actuación de los terceros, que sin haber intervenido en la acción inicial antes descrita reciben en un momento posterior los contenidos comprometidos y los transmiten a otras personas distintas, conductas estas que, pueden reiterarse indefinidamente por una pluralidad de personas. Dichos comportamientos, únicamente podrían dar lugar a la utilización de los mecanismos previstos en la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

En nuestra opinión, y como señala LLORIA GARCÍA, la intimidad compartida no lleva necesariamente al despojo de la misma, en la medida en que el sujeto debe tener cierto control sobre sus datos aun cuando hayan sido cedidos a terceros<sup>23</sup>. Respecto a la responsabilidad de terceros destinatarios, estos contribuyen a la difusión del objeto del delito, y por tanto a lesionar el bien jurídico protegido, sin embargo, y siguiendo el principio de *ultima ratio*, no es equiparable el daño que causa el sujeto activo que haciendo uso de la confianza de la víctima revela, difunde o cede a terceros las imágenes íntimas. Por esta razón, parece acertado que queden exentos de

---

<sup>22</sup> MAGRO SERVET, Vicente, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, pág. 4.

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20S ervet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20S ervet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484)

<sup>23</sup> Cit. por PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 80; LLORIA GARCÍA, Paz., *La difusión inconsciente de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*, Lefevbre El Derecho, Valencia, 2013.

responsabilidad penal, sin perjuicio de que el legislador prevea una sanción por la vía civil.

#### 4.1.2. Objeto material del delito.

El objeto material sobre el que recae la acción típica está conformado por las imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido sexual o erótico que resultan lesivas para la intimidad personal.

El tipo exige la obtención de imágenes o grabaciones audiovisuales en un ámbito reservado, en este sentido, siguiendo el tenor literal del artículo queda sin contemplar la difusión de grabaciones de audio no acompañadas de vídeo, lo que ha sido criticado por la doctrina.

A este respecto, autores como LLORIA GARCÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, se muestran en desacuerdo con esta limitación, defendiendo que no se considera forzada la tipicidad del art. 197.7 CP si el tipo alcanza además de a la imagen también a grabaciones sonoras o textos escritos, exigiendo al legislador que refuerce “la idea de la expectativa de la privacidad” y formule de manera adecuada el contenido del consentimiento no extensivo<sup>24</sup>.

Asimismo, la Circular 3/2017 sobre la reforma del Código Penal, establece que, interpretando el tipo penal que se refiere a imágenes y grabaciones audiovisuales “hay que entender por tales tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo, ya que el legislador no excluye ninguno de estos supuestos y la difusión in consentida de contenidos, en

---

<sup>24</sup> Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 77: LLORIA GARCÍA, Paz, La difusión in consentida de imágenes íntimas (*sexting*) en el proyecto de Código Penal de 2013, Lefevbre El Derecho, Valencia, 2013; Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 77: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Tutela penal de la “privacidad compartida”. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*, Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por la LO 1/2015.

cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado<sup>25</sup>.

Frente a estos, autores como COLÁS TURÉGANO y MUÑOZ CONDE, defienden que hay que seguir el tenor literal del precepto, por lo que, tanto las grabaciones de audio como las conversaciones escritas quedan exentas de sanción penal. La divulgación en estos casos no entra en este supuesto, por lo que quedan fuera del apartado 7 del art. 197 CP, así como del apartado 1, pudiendo acudir a la vía civil<sup>26</sup>.

En relación a la jurisprudencia, se sigue la línea del tenor literal, es decir, se considera objeto material del delito las imágenes o grabaciones audiovisuales, sin embargo, encontramos sentencias como la SAP 228/2018, de 15 de junio, que hace alusión a la Circular de la Fiscalía de 3/2017, amparando la interpretación amplia del precepto.

En nuestra opinión, es acertado contemplar como objeto material del delito de *sexting*, además de las imágenes y grabaciones audiovisuales, aquellas grabaciones que no vayan acompañadas de vídeo, así como textos escritos, siempre que estos sean de contenido sexual o erótico causando así un menoscabo a la intimidad personal. Por tanto, estamos de acuerdo con que esto no supone forzar el tipo del art. 197.7 CP, pues pese al tenor literal la interpretación puede ser amplia.

La tipicidad viene delimitada por dos exigencias y en ningunas de estas se menciona expresamente el eventual contenido sexual de las imágenes o grabaciones, el legislador ha empleado cláusulas genéricas que no limitan la tipicidad exclusivamente a este ámbito, lo que ha dado lugar a dificultades interpretativas y por tanto a una segunda discusión doctrinal.

---

<sup>25</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 11.

<sup>26</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATALLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 640; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 246.

En virtud de ello, un sector de la doctrina defiende la interpretación amplia del precepto, sosteniendo que lo que debe valorarse es que la divulgación menoscabe la intimidad de la víctima, así quedan también incluidas las imágenes o grabaciones fuera de las de contenido sexual explícito siempre que sean de naturaleza íntima, es decir, imágenes o grabaciones que en atención al principio de intervención mínima afecten al núcleo duro de la intimidad y no solo al aspecto sexual<sup>27</sup>.

Frente a ellos, otro sector, por el contrario, defiende la tesis restrictiva sosteniendo que solo quedan cubiertas por el tipo penal del art. 197.7 CP las imágenes y grabaciones de carácter sexual o erótico. En este sentido, les parece excesivo en otros casos acudir al Derecho penal para defender la intimidad<sup>28</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, la línea que se sigue es la de tesis restrictiva, sin embargo, encontramos algunas sentencias donde se establece que el objeto material del delito no solo se integra por imágenes o grabaciones audiovisuales de carácter sexual, se extiende a cualquier actividad que pueda calificarse de íntima. Así, manifiestan que conviene recordar que “el bien jurídico protegido es la intimidad individual, de modo que, aunque la idea de secreto pueda ser más amplia y vinculada a los conocimientos solo al alcance de unos pocos, debe conectarse con la intimidad o privacidad, pues esa es la finalidad protectora del tipo”<sup>29</sup>.

En nuestra opinión, no solo por la etimología del concepto, sino por el fin para el que se creó y se introdujo en el CP, consideramos adecuado seguir con la tesis

---

<sup>27</sup> Como VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás, Comentarios al artículo 197 CP, en GÓMEZ TOMILLO, M., Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo II, Los delitos contra las personas. Artículos 138-233, Aranzadi, 2015, pág. 672.; LAMARCA PÉREZ/ ALONSO DE ESCAMILLA/ MESTRE DELGADO/ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Delitos. La parte especial del Derecho Penal, Dykinson S.L, 2016, pág. 221.; o PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, Intimidad y difusión de *sexting* no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 82.

<sup>28</sup> Como ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, Derecho Penal. Parte especial, Comares, Granada, 2016, págs. 268 y 269; o COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATALLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 638.

<sup>29</sup> SAP 302/2017, de 24 de abril.

restrictiva, limitando el objeto material del tipo a las imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido erótico o sexual.

Por otro lado, la obtención de dichas imágenes y grabaciones también ha suscitado críticas en la doctrina.

En este aspecto, autores como MUÑOZ CONDE y ROMEO CASABONA, al interpretar literalmente el precepto, defienden que es sancionado quien difunde sin consentimiento de la víctima el material que hubiera obtenido con su anuencia, el tipo objetivo requiere por tanto que el sujeto activo haya captado personal y previamente las grabaciones audiovisuales con el consentimiento del sujeto pasivo. Entienden así que, la grabación de un acto de la intimidad realizado individualmente por el sujeto pasivo, pero transmitido después a otra persona, no entra dentro de su ámbito, considerando estos hechos atípicos, refiriéndose solo a casos en los que el que difunde la grabación ha participado en ella<sup>30</sup>.

Frente a ellos, autores como VALIENTE LANUZA y MAGRO SERVET, consideran que, seguir el tenor literal y considerar atípica la conducta delictiva cuando las imágenes son enviadas por la propia víctima al autor quien procede posteriormente a difundir, revelar o ceder a terceros menoscabando la intimidad de la misma, carece de todo sentido desde el punto de vista político-criminal, puesto que lo que se castiga es la autoría de la difusión no autorizada de las imágenes o el vídeo<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 245 y 246; ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, Derecho Penal. Parte especial, Comares, Granada, 2016, págs. 268 y 269. En esta misma línea podemos mencionar a CASTIÑEIRA PALOU/ ESTRADA I CUADRAS, Lecciones de Derecho Penal. Parte especial, Atelier, 4ª ed., 2015, pág. 162, cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 77.

<sup>31</sup> VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás, Comentarios al artículo 197 CP, en GÓMEZ TOMILLO, M., Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo II, Los delitos contra las personas. Artículos 138-233, Aranzadi, 2015, pág. 671; MAGRO SERVET, Vicente, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, pág.4.

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Srvet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Srvet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484)

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015, sigue esta interpretación no restrictiva donde dispone que “los supuestos a los que se ofrece respuesta son aquellos 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”.

En este sentido, la interpretación que se está siguiendo en la jurisprudencia es la de reconocer ambos supuestos como típicos, sin embargo, sentencias como la SAP 302/2017, de 24 de abril, son restrictivas a la hora de determinar quien puede ser autor del nuevo tipo penal, pues exige que ha de ser el acusado el que tome u obtenga las grabaciones.

Bajo nuestro punto de vista, consideramos que la interpretación más acertada es la de incluir ambos supuestos dentro del tipo penal, tanto si las imágenes son obtenidas directamente por el sujeto activo como si son enviadas por el sujeto pasivo, puesto que lo que se castiga es la difusión de dichos archivos sin la autorización de la víctima menoscabando así su intimidad.

En relación con el lugar de obtención de las imágenes, estas deben haber sido captadas “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”, lo que ha supuesto también interpretaciones doctrinales distintas.

Por un lado, JIMÉNEZ SEGADO sustenta que, las imágenes o grabaciones tienen que haber sido obtenidas en un domicilio o en un lugar que este fuera de la intromisión de los demás, por ello, aunque las imágenes eróticas se tomen en una playa con la anuencia de su protagonista no se puede apreciar la comisión del delito si posteriormente son difundidas sin el consentimiento de la afectada, esto se debe a que la playa no es un domicilio ni está fuera del alcance de la mirada de terceros<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo, *La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 917, 2016, pág. 2.

Frente a ellos, autores como MUÑOZ CONDE y MAGRO SERVET, entienden que cabe incluir las relaciones íntimas mantenidas en un lugar público, poniendo de ejemplo un lugar apartado de un parque público. La divulgación de estas imágenes por alguno de los participantes en el acto, sin la autorización expresa del otro, entra dentro del ámbito del apartado 7. En este sentido, lo importante es la vulneración del derecho a la intimidad y no el lugar donde se hayan captados las imágenes, puesto que lo que se sanciona es la difusión. Asimismo, MAGRO SERVET defiende que el mismo derecho tienen las víctimas que graban esas imágenes en presencia de terceros o sin ellos a que esas imágenes no se difundan, ya que la intimidad se debe proteger igual<sup>33</sup>.

De acuerdo con esto, la Circular 3/2017 sobre la reforma del Código Penal, establece que para que el precepto sea aplicable es necesario que las imágenes o grabaciones objeto de difusión se hayan realizado en un marco espacial de carácter reservado, por lo que “podría incluirse en esta expresión cualquier lugar cerrado o también un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que tales escenas o imágenes, grabadas o captadas, lo fueran en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos”<sup>34</sup>.

La jurisprudencia en este sentido, y haciendo alusión de nuevo a la SAP 302/2017, de 24 de abril, considera que solo entran dentro del tipo aquellas imágenes o grabaciones de la persona afectada que se hayan obtenido en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, “lo que cierra la posibilidad de que la persona investigada, encausada o acusada hubiera obtenido la

---

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 246; MAGRO SERVET, Vicente, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, pág. 6.

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484)

<sup>34</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, págs. 11-13.

grabación mediante la recepción de las imágenes o grabaciones en lugar distinto del domicilio de la persona afectada”.

En nuestra opinión, consideramos que deben quedar integradas en el tipo penal también las imágenes y grabaciones que se captan o graban en lugares públicos, siempre que estas queden fuera del alcance de la mirada de terceros, puesto que lo que se busca es la protección de la intimidad sancionando la difusión con independencia del lugar donde se hayan realizado las mismas.

#### **4.1.3. Acción típica.**

La acción típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la víctima que menoscaben gravemente su intimidad. Por tanto, como ya hemos mencionado, nos encontramos ante un tipo penal mixto alternativo, dándose por completado con la presencia de cualquiera de los verbos que conforman el tipo.

En este sentido, la redacción del precepto ha suscitado críticas debido a que la acción típica puede consistir en difundir, revelar o ceder a terceros, sin embargo, y tal y como queda recogido en la Enmienda 87 que presenta el Consejo General de Abogacía Española al proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, sorprende que como elemento esencial del tipo solo se refiera a cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad, obviando requisito alguno para la revelación o cesión a terceros. Así exponen que “los verbos no son caprichosos; difundir hace referencia a publicar, revelar a descubrir o manifestar lo secreto, y ceder se refiere a una transferencia. Por tanto, cualquiera de las acciones típicas debería incluir su requisito de perseguibilidad, basado en la gravedad, ya sea por difusión, por revelación o por cesión a terceros”.

A este respecto, según se trate de difundir, revelar o ceder, el alcance de propagación a terceros será distinto, por lo que encontramos diversas líneas doctrinales.

Por un lado, autores como VALIENTE LANUZA y COLÁS TURÉGANO, consideran que en este sentido la gravedad resulta inherente a las conductas de difusión, en este caso la divulgación de las imágenes o grabaciones por internet se considera el supuesto más claro respecto a la potencialidad lesiva debido a que el número de destinatarios es ilimitado. Asimismo, la gravedad también va asociada con la cesión, en la medida en que el autor del delito pierde aquí el control sobre una ulterior difusión por los cesionarios. La revelación, en su caso, exige que el sujeto enseñe o muestre a terceros la fotografía o grabación. Por tanto, se considera que estos dos últimos supuestos tienen una lesividad menor a la difusión, debido a que con la difusión se multiplica la vulneración del bien jurídico<sup>35</sup>.

Por otro lado, encontramos autores como PÉREZ CONCHILLO, que sostiene que aunque la difusión parece un comportamiento de superior alcance en cuanto a las personas que pueden visionar las mismas, sin embargo, y teniendo en cuenta la facilidad de circulación por medios informáticos, la revelación o cesión a terceros, aun siendo una única persona, puede acabar hoy día alcanzando los mismos tintes de expansión, equiparando así la lesividad de las conductas<sup>36</sup>.

Respecto a la falta de autorización de la víctima, debe ser valorada en cada supuesto concreto de acuerdo con las circunstancias propias del caso, de modo que, la declaración de la víctima constituirá un elemento esencial. La Circular 3/2017 sobre la reforma del Código Penal, establece que “en cualquier caso no resultará necesario acreditar una negativa expresa, sino que podrá ser bastante con la no constancia de

---

<sup>35</sup> VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás, Comentarios al artículo 197 CP, en GÓMEZ TOMILLO, M., Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo II, Los delitos contra las personas. Artículos 138-233, Aranzadi, 2015, pág. 672; COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MALLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 639.

<sup>36</sup> PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, Intimidad y difusión de *sexting* no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 80 y 81.

autorización, situación a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento por parte del afectado de la ulterior cesión o distribución<sup>37</sup>.

En relación a la jurisprudencia<sup>38</sup>, se sigue el criterio mayoritario, calculando la gravedad del menoscabo al bien jurídico protegido en base al número aproximado de receptores de la acción típica (difundir, revelar o ceder).

En nuestra opinión, difundir, revelar o ceder a terceros tiene alcance y consecuencias distintas para el bien jurídico protegido, por lo que entendemos que resultaría contrario al principio de proporcionalidad penal equipararlos. Consideramos que la difusión tiene mayor lesividad y, por lo tanto, debería hacerse una distinción en este caso, aplicando una sanción penal distinta según se dé la difusión, revelación o cesión.

#### **4.2. Tipo subjetivo.**

Para que concurra el tipo penal es necesario que haya mediado dolo, no admitiendo una modalidad culposa. Si la difusión, descubrimiento o cesión es fruto de una conducta negligente, el sujeto activo quedaría exento de responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad por vía civil.

De acuerdo con esto, hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial, para que concurra el tipo penal debe mediar dolo y en caso contrario la conducta es atípica, por lo que no encontramos discrepancias al respecto. Sin embargo, se puede plantear un problema cuando la imagen o grabación audiovisual sea difundida como consecuencia

---

<sup>37</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 13.

<sup>38</sup> Vid. SAP 153/2018, de 12 de marzo y SAP 515/2018, de 19 de julio.

de una conducta descuidada por parte de la víctima, quien por error envíe los archivos de contenido íntimo a un destinatario distinto al previsto<sup>39</sup>.

En estos casos de envío de imágenes íntimas del sujeto pasivo por error, DÍAZ TORREJÓN y VALVERDE MEGÍAS plantean si la posibilidad de aplicar el art. 197.7 CP podría pasar por cuestionar si la voluntariedad en el envío que realiza la víctima abarca toda la extensión de la anuencia que demanda el tipo penal, de tal manera que la errónea identificación del destinatario resultase irrelevante, o sí, por el contrario, el error que impregna el envío a un individuo diferente del querido implica que deba quedar excluida la anuencia y, por extensión, la aplicabilidad del tipo<sup>40</sup>.

En este sentido, la opción que se considera más adecuada es la de la inaplicabilidad del tipo penal, en nuestra opinión la más acertada, porque en caso contrario estaríamos interpretando el precepto en sentido amplio lo que generaría confusión y problemas a la hora de determinar los sujetos a los que afecta el consentimiento de la víctima. Sin embargo, sí parece adecuado que el legislador contemple una sanción civil para este tipo de conductas en las que una persona que recibe unas imágenes de contenido íntimo por error las difunda, ya que esta situación no deja de generar un menoscabo para la víctima.

### 4.3. Tipo agravado.

El tipo agravado se encuentra regulado en el párrafo 2º del art. 197.7 CP, incorporando tres subtipos agravados castigados con la pena prevista en el tipo básico en su mitad superior, es decir con una pena de prisión de siete meses y quince días a doce meses o una pena de multa de nueve a doce meses.

---

<sup>39</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATALLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 640.

<sup>40</sup> DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto "4. Tratamiento penal del sexting", Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 80.

Estos subtipos agravados se dan: cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona que esté, o haya estado unida a él (a la víctima), por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; cuando la víctima fuera una menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección; y cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa.

Respecto al tipo cualificado cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona unida a él por análoga relación de afectividad, cabe destacar que fue introducido por sugerencia del Consejo General del Poder Judicial en el informe que hizo al proyecto. En ese informe se proponía una agravación en los supuestos en los que los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o excónyuge o por persona ligada por análoga relación de afectividad, recogiendo la realidad social de estas conductas. Sin embargo, la redacción del agravante ha sido objeto de diversas críticas.

En este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ considera que este tipo agravado se olvida del excónyuge, obligando así a una interpretación forzada del precepto que pasa por la inclusión de la relación conyugal finalizada extendiendo el tipo más allá de lo tipificado o por integrar esta relación concluida entre las de análoga relación de afectividad<sup>41</sup>.

Por otro lado, COLÁS TURÉGANO sostiene que en estos casos puede haber un quebrantamiento de la confianza, pero señala que esto ha supuesto que se aplique el supuesto cualificado más que el tipo básico cuando podría estar cubierto por el agravante de parentesco<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 82; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Tutela penal de la “privacidad compartida”. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*, Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por la LO 1/2015.

<sup>42</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Nuevas conductas delictivas contra la intimidad* (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATALLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 640.

En cuanto al tipo cualificado cuando la víctima sea menor de edad o discapacitada, se encuentra en concordancia con la previsión del art. 197.5 CP, estableciendo iguales consecuencias para el caso de que el origen del material fuera delictivo. Con este tipo agravado se plantea una dificultad interpretativa a la hora de aplicar el art. 197.7 CP, debido a que se necesita la anuencia de la víctima como punto de partida del tipo penal. Lo que se discute aquí es si en estos casos la víctima tiene capacidad para dar su consentimiento, teniendo en cuenta además que las imágenes y vídeos a los que hace referencia el precepto son de contenido sexual, y su elaboración sobre menores de edad o discapacitados es constitutiva de un delito de elaboración de pornografía infantil del art. 189 CP, siendo irrelevante el consentimiento del menor en estos casos, y que el embaucamiento de un menor de dieciséis años para que participe en conductas de *sexting* se considera delito, tipificado en el art. 183 ter 2 CP.

En virtud de ello, la doctrina y la jurisprudencia, acuden a una interpretación material y no formal del requisito de la voluntariedad en el envío, de esta manera se garantiza la protección del menor o discapacitado al poder aplicarse el tipo penal que precisamente agrava las penas para la protección de sus bienes jurídicos<sup>43</sup>.

Respecto al tipo cualificado referente a la finalidad lucrativa, no conlleva discusiones doctrinales, en este caso lo que se tiene en cuenta es el móvil económico que mueve al autor del delito a perpetrarlo, la conducta queda motivada por la finalidad de obtener un provecho económico.

En nuestra opinión, los tres tipos cualificados que integran el tipo penal son necesario debido a que responden a una realidad social, puesto que como ya se ha indicado, este tipo de delitos se da con mayor frecuencia en el ámbito de relaciones sentimentales y es necesario proteger la vulnerabilidad de estos sujetos.

---

<sup>43</sup> DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, pág. 82.

## 5. Supuestos específicos del *sexting*.

El *sexting* se ha convertido en una práctica extendida en nuestra sociedad derivada del exponencial uso de las nuevas tecnologías, lo que provoca que ataques a bienes jurídicos tradicionales, como la intimidad, alcancen una nueva dimensión por la mayor potencialidad lesiva de tales instrumentos. Inicialmente fue entendida como una práctica que se desarrollaba únicamente entre jóvenes y menores de edad, sin embargo, actualmente no puede obviarse su frecuente práctica entre adultos<sup>44</sup>.

El uso de las TIC por parte de los menores supone beneficios, ya que facilita el acceso a la información, la educación y la cultura, sin embargo, hay que tener presente los riesgos que entraña el inadecuado o abusivo uso de las mismas, que en muchos casos pueden llegar a suponer graves ilícitos penales.

Por otro lado, este fenómeno social se ha vuelto común en la violencia de género, cuando la pareja de la víctima hace uso de las imágenes íntimas que tenga de esta, tanto para difundirlas a terceros y menoscabar su intimidad como para chantajearla, derivando con ello a la práctica de la sextorsión<sup>45</sup>, normalmente a raíz de una separación o divorcio.

### 5.1. Embaucamiento de menores y *sexting*: art. 183 ter 2º CP.

Cuando la víctima de un delito de *sexting* sea menor de dieciséis años, además de aplicarse el tipo cualificado del art. 197.7 CP, debemos acudir a lo que dispone el art. 183 ter 2º CP, encontrándonos ante un concurso de delitos.

---

<sup>44</sup> Vid. SAP 197/2017, de 31 de julio.

<sup>45</sup> Podemos definirla como una forma de chantaje, a través del cual se amenaza a la víctima con la difusión de imágenes de contenido sexual, que anteriormente ha compartido con el chantajista a través de internet mediante la práctica del *sexting* o habiendo sido estas obtenidas sin consentimiento de la víctima (no habría *sexting* previamente), coaccionándola así para conseguir que acceda a sus propósitos, que suelen ser mantener relaciones sexuales o producir pornografía, entre otras, por lo que se considera una forma de explotación sexual, ya que el fin es el abuso sexual o la obtención de pornografía para su uso privado (Vid. STS 377/2018, de 23 de julio).

Este precepto contiene dos figuras delictivas distintas; la primera fue introducida en el texto penal a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, donde se castiga el llamado *child grooming* (acoso sexual a menores por internet), y la segunda ha sido introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, donde se considera tipificado el delito de *sexting*.

En este sentido, hablamos de *sexting* primario no consentido debido a que al tratarse de menores de dieciséis años su consentimiento no tendría validez, puesto que la edad de consentimiento se ha fijado en los 16 años (art. 183 CP), y además de esto, porque la exigencia típica de embaucamiento supone un vicio en la voluntad del menor, consiguiendo así que le entregue o muestre material pornográfico.

A este respecto, PÉREZ CONCHILLO considera que la expresión del *sexting* no es la mejor forma de referirse a la nueva figura delictiva prevista en el párrafo 2º del art. 183 ter CP<sup>46</sup>.

En cuanto a la sanción penal, el apartado 2º dispone: el que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, es castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años, por un delito de peligro, que castiga la tentativa de los delitos relativos a la pornografía infantil (art. 189 CP).

En lo referente a la conducta típica, nos encontramos ante un tipo mixto acumulativo donde hay que diferenciar dos elementos: el primero, contactar con un menor de dieciséis años a través de internet, el teléfono o cualquier otra TIC; el segundo, realizar actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico. En este sentido, para la consumación del delito no es necesario que finalmente el menor

---

<sup>46</sup> PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, Intimidad y difusión de *sexting* no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 72-76.

envíe material pornográfico o muestre imágenes pornográficas, puesto que lo que se castiga es el intento de engaño<sup>47</sup>.

Para RAMOS VÁZQUEZ no basta únicamente el engaño para que se dé la conducta típica, sino que debe probarse que en el caso concreto existieron actos dirigidos a un aprovechamiento de la inexperiencia sexual del menor y un riesgo serio para su bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación<sup>48</sup>.

Respecto a la responsabilidad del menor como sujeto activo, cabe indicar que pueden tener responsabilidad penal por las mismas conductas que los adultos, siempre que sean mayores de catorce años. Por tanto, si un menor obtiene o consigue de otra persona, con independencia de que esta sea mayor o menor de edad, una imagen de contenido sexual y procede a su divulgación sin consentimiento de la víctima, suponiendo un menoscabo grave a su intimidad, se le aplica el régimen de responsabilidad penal contemplado en la LORPM<sup>49</sup>.

A nivel europeo, ante la preocupación por la situación de los menores en el entorno digital, surge la Decisión 1351/2008/CE de 16 de diciembre de 2008, que marca un antes y un después en las iniciativas de protección de menores frente a los peligros que suponen las nuevas tecnologías. En este sentido, también podemos destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de noviembre de 2012, sobre la protección de los niños en el mundo digital<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, Derecho Penal. Parte especial, Comares, Granada, 2016, pág. 207.

<sup>48</sup> Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del sexting”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. *Grooming y sexting*: artículo 183 ter CP, 2ª ed., Tirant lo Blanch, julio, 2015, pág. 96.

<sup>49</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU, María Luisa, Menores y redes sociales: *ciberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting*, radicalización y otras formas de violencia en la red. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 85.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, pág.12 [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%20Isabel%202017-10.pdf?idFile=46512eec-1177-450e-b438-2ab47fee5e5e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%20Isabel%202017-10.pdf?idFile=46512eec-1177-450e-b438-2ab47fee5e5e)

En lo relativo a la jurisprudencia<sup>51</sup>, encontramos sentencias como la STS 158/2019, de 26 de marzo, que establece que “la utilización de las tecnologías requiere una interpretación de los tipos penales que delimiten los espacios correspondientes a las figuras de los abusos sexuales del art. 183; de la determinación a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o a hacerle presenciar actos de carácter sexual; o del *grooming* o el *sexting*, del art. 183 ter. Pero ello no impide afirmar que la actuación del sujeto conduciendo o impulsando al menor a la realización de actos de naturaleza sexual sobre su mismo cuerpo, en los que de alguna forma participa aquel, constituyen un delito de abuso sexual”.

En nuestra opinión, con respecto a la introducción del art. 183 ter CP, se podría configurar como una tentativa de las figuras delictivas de la pornografía infantil, por esta razón se considera innecesaria la introducción de este nuevo delito en el CP, ya que en cualquier caso queda consumido por el art. 189 CP. Por otro lado, y como señala BIURRUN ABAD, las nuevas tecnologías se consideran herramientas para el desarrollo psicosocial del menor, por esta razón, resulta necesario que se complementen con medidas educativas dirigidas a realizar un uso adecuado de las mismas, informando de los riesgos que conlleva su utilización<sup>52</sup>.

## 5.2. El *sexting* en la violencia de género.

Ante determinadas conductas asociadas con frecuencia a supuestos de ruptura en relaciones de parejas y favorecidas por la potencialidad que ofrecen las TIC para el copiado y difusión de imágenes y contenidos<sup>53</sup>, el legislador pretende dar respuesta penal contemplando estos hechos como constitutivos de delito de violencia de género en el párrafo 2º del art. 197.7 CP.

---

<sup>51</sup> Vid. STS 1055/2017, de 21 de marzo; STS 151/2019, de 21 de marzo; SAP 10/2017, de 14 de febrero.

<sup>52</sup> BIURRUN ABAD, Fernando J., *Los riesgos de las nuevas tecnologías en los menores*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 921, 2016, págs. 1 y 2.

<sup>53</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 10.

Esta específica mención dispone: 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, aún 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.

Por consiguiente, la doctrina mayoritaria contempla este delito dentro de la violencia de género cuando se da el tipo agravado, es decir, “cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que éste o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

En esta línea, COLÁS TURÉGANO mantiene que, tal y como ha señalado el Fiscal General del Estado en su Circular 6/2011, tanto las relaciones de noviazgo, como las relaciones de afectividad entre menores, son aptas para integrarse dentro de los supuestos de violencia de género, así se entiende que los delitos de *sexting* cometidos entre menores en el ámbito de una relación privada son de igual o incluso de mayor gravedad que entre adultos y encajan en dicho tipo agravado. Sin embargo, al ser los menores de catorce años inimputables, hasta esa edad no habrá responsabilidad penal del menor autor de agresiones de género. En cuanto a la víctima, por el contrario, no se establece ninguna limitación, por lo que con independencia de su edad le podrá ser de aplicación las medidas de protección frente a estos delitos<sup>54</sup>.

Por otro lado, MAGRO SERVET sostiene que dicha regulación afecta tanto a la violencia de género como a la doméstica, por lo que el tipo agravado se aplica en ambas, lo que conlleva la misma sanción penal sin establecer distinción, con independencia, por tanto, de que el sujeto que comete el delito fuera el hombre o la mujer<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción, Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU, María Luisa, Menores y redes sociales: *ciberbullying*, *ciberstalking*, *cibergrooming*, pornografía, *sexting*, radicalización y otras formas de violencia en la red. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 77-97.

<sup>55</sup> MAGRO SERVET, Vicente, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, págs. 8-10.

Respecto a la sanción penal, se mantiene la pena de multa, lo que crea controversias debido a que es sabido que la pena de multa no debe imponerse en estos casos puesto que puede ser usada por el autor del delito contra su denunciante para no hacer frente a las obligaciones económicas que tenga con ella. Por esta razón, se incluyó en el artículo 84.2 CP una solución al problema planteado, no pudiéndose imponer el pago de multa salvo que quede demostrado que entre ellos no existen relaciones económicas.

En relación a las medidas cautelares a acordar, la víctima puede pedir al JVM, si es la mujer la denunciante, o al de instrucción que corresponda, si el denunciante fuera el varón, la retirada de las imágenes difundidas, debiendo hacerlo el propio servidor y de manera subsidiaria el órgano judicial, pudiéndose acordar a su vez las medidas cautelares del art. 544 bis LECrim., en caso de las mujeres, y las del art. 544 ter LECrim., si es el hombre el denunciante.

Sin embargo, existía un problema en cuanto a la competencia, y es que para que los casos de sexting en violencia de género fueran atendidos por el JVM debía reformarse el art. 87 ter LOPJ, donde no se incluía el Título X sobre delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio entre los que eran de su competencia. Así, con la LO 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el art. 87 ter LOPJ, incluyéndose este delito como de los competentes del JVM.

En referencia a lo explicado, encontramos resoluciones judiciales como la SAP 397/2018, de 19 de junio, que ejemplifica lo anterior, donde se imputa al investigado un delito de violencia de género junto con un delito contra la intimidad y la propia imagen, empleando el juez, al definir el delito, el anglicismo *sexting*, refiriéndose al envío de mensajes sexuales por medio de teléfonos móviles. De igual forma, nos encontramos con la SAP 684/2018, de 18 de junio, donde se imputa al investigado un delito

---

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Srvet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Srvet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484)

continuado de malos tratos junto con un delito contra la intimidad y la propia imagen, al remitir a la actual pareja de la víctima, una vez rota la relación, mensajes y vídeos de contenido íntimo entre ambos, aun sabiendo que ella no quería saber nada de él y que había rehecho su vida.

En nuestra opinión, no podemos negar que quien lleva a cabo la práctica del *sexting* grabando imágenes de contenido sexual o permitiendo que otros las graben pone en riesgo su propia intimidad debido a que el receptor de las imágenes o grabaciones o el autor de las mismas pueden difundirlas utilizándolas como herramienta para menoscabar gravemente la intimidad de la víctima, a modo de venganza o para coaccionarla o chantajearla (sextorsión). Sin embargo, la imprudencia de la víctima exponiéndose al riesgo que tal práctica conlleva, no puede utilizarse como excusa para que estos hechos queden impunes. Por ello, consideramos que debería hacerse una distinción en el tipo agravado que contemple específicamente la realización de la conducta típica en los casos de violencia de género.

## 6. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*.

Respecto al mantenimiento de la figura delictiva, existen dos grandes líneas doctrinales enfrentadas.

Por un lado, un sector amplio de la doctrina, donde encontramos autores como LLORIA GARCÍA, se muestra favorable con la inclusión de esta conducta en el CP. Este sector alude a la falta de consentimiento del titular del bien jurídico para la difusión, revelación o cesión de imágenes íntimas, no considerando de aplicación la doctrina del “despojo de la intimidad” mantenida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Cit. por MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, pág. 18, <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>; LLORÍA GARCÍA, Paz, *Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting*, la Ley Penal, nº 105, pág. 6.

Por otro lado, otro sector de la doctrina, donde nos encontramos con autores como MORALES PRATS, se muestra contrario a la tipificación de esta conducta al entender que la introducción de deberes de sigilo para toda la población, convierte a todos los ciudadanos en confidentes necesarios respecto de personas que han decidido abandonar las expectativas de intimidad en relación con grabaciones o imágenes propias que ceden a terceros voluntariamente<sup>57</sup>.

Frente a estas posiciones doctrinales, PÉREZ CONCHILLO opta por una posición intermedia, considerando necesaria la intervención penal en esta materia mediante el delito del art. 197.7 CP pero solo si se reduce el ámbito de dicha intervención a las relaciones de confianza mutua en el ámbito familiar y conyugal o relaciones análogas (amistad o compañerismo con convivencia), entendiéndose que tan solo en los casos de menores y personas con discapacidad cabe la intervención penal fuera de las relaciones de confianza mencionadas<sup>58</sup>.

Tras el análisis realizado de esta nueva modalidad delictiva y una vez expuesta la discusión doctrinal existente al respecto, considero necesario pronunciarme sobre la misma, concluyendo con una propuesta de regulación penal del *sexting* acorde con los principios de proporcionalidad y *ultima ratio* del Derecho Penal.

En primer lugar, comienzo exponiendo la necesidad del mantenimiento del art. 197.7 CP debido a que la figura delictiva del *sexting* responde a una necesidad social derivada del auge de las nuevas tecnologías, resultando peligroso comprobar la rápida extensión que ha experimentado este tipo de conductas, motivadas con frecuencia por el ánimo de venganza y realizadas en el contexto de un chantaje (*sextorsión*).

---

<sup>57</sup> Cit. por LAMARCA PÉREZ/ ALONSO DE ESCAMILLA/ MESTRE DELGADO/ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Delitos. La parte especial del Derecho Penal, Dykinson S.L, 2016, pág. 221; MORALES PRATS, Fermín, *La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 31, 2013, pág. 12.

<sup>58</sup> PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, Intimidad y difusión de *sexting* no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 103.

En este sentido, debemos fijar la atención, tanto en la argumentación que mueve al legislador en su Exposición de Motivos, así como en el caso Hormigos, que propicio la tipificación del delito, y en los casos de *sexting* que se han planteado en la jurisprudencia, pues todos responden a un patrón claro que es la vulnerabilidad de las mujeres frente a este tipo de prácticas, tanto adultas como menores.

Los casos de *sexting* más frecuentes que encontramos en la jurisprudencia muestran como elementos comunes: la existencia de una relación sentimental, la captación consentida de imágenes o grabaciones en las que la víctima es fundamentalmente una mujer y la ruptura de la confianza al reenviar la pareja las fotografías o vídeos a terceros tras finalizar la relación como venganza.

Por consiguiente, podemos considerar que la tipificación del delito de *sexting* suple las lagunas legales que existían en el CP antes de su tipificación, por lo que, la derogación del mismo supondría poner en riesgo el bien jurídico protegido de estas víctimas, ya que la figura delictiva dota a la intimidad de una protección superior a la que se brindaba antes de su regulación.

No obstante, en relación a lo expuesto, debemos ser cuidadosos a la hora de interpretar el precepto para no excedernos de su ámbito de aplicación, ya que, debido al carácter relativo del bien jurídico junto con la indeterminación de alguno de los elementos del delito se puede caer en este error y ante todo se debe seguir el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

Por tanto, considero que el precepto se debe mantener, pero no en su actual regulación, sino contemplando algunas modificaciones.

En el caso de los menores, uno de los factores que impulsa el *sexting* es el contexto cultural en el que se desenvuelven, con un marcado culto al cuerpo, a las celebridades y en el que los medios de comunicación de masas, especialmente la televisión, promueven estos valores. Los factores de riesgos en estos supuestos son:

falta de cultura de la privacidad, menor consciencia de los riesgos, exceso de confianza, rapidez de las comunicaciones y coincidencia de la adolescencia con el despertar sexual.

Estas conductas suponen riesgos psicológicos, debido a que, una vez difundida y expuesta la intimidad de un menor esto le va a suponer una humillación pública que le va a afectar psicológicamente, manifestándose en ansiedad, depresión o exclusión social, entre otras. Además, la difusión de imágenes a terceras personas puede suponer un estrés de tal intensidad que incluso se ha relacionado con conductas de intento de suicidio y suicidio consumado.

En este sentido, se hace necesario orientar a los menores en políticas y estrategias de prevención, y esta prevención empieza por los propios padres, quienes deben establecer mecanismos de control sobre el uso de las tecnologías de sus hijos. También los educadores deben facilitar información a los menores sobre este tipo de prácticas, para que conozcan los riesgos que ellas conllevan. Asimismo, los centros educativos deben impartir charlas acerca de las consecuencias y riesgos que supone el mal uso de las nuevas tecnologías para concienciar a los jóvenes.

Haciendo referencia a la tipificación del delito, considero necesario el mantenimiento del tipo agravado del delito de *sexting* cuando la víctima sea un menor de edad (así como un discapacitado), imponiéndose la pena prevista en el tipo básico (pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses) en su mitad superior, es decir, con una pena de prisión de siete meses y quince días a doce meses o una pena de multa de nueve a doce meses.

Asimismo, estimo apropiada la derogación del art. 183 ter CP, pues bastaría con el art. 189 CP para hacer frente a las conductas de *sexting* que pudieran llegar a ser consideradas como pornografía infantil.

Respecto a la redacción del precepto, dejando ya al margen a los menores, considero que se deberían llevar a cabo los siguientes cambios:

Considero necesario contemplar como objeto del delito de *sexting* las imágenes y grabaciones audiovisuales, así como los audios sin vídeo y los textos escritos, siempre que estos sean de contenido sexual o erótico, pese a que mayoritariamente se siga el tenor literal del precepto, puesto que supone igualmente un menoscabo a la intimidad. En cuanto a la obtención de dichas imágenes y grabaciones, se deben incluir dentro del tipo penal tanto los supuestos donde las imágenes son obtenidas directamente por el sujeto activo como cuando son realizadas y enviadas voluntariamente por el sujeto pasivo, puesto que lo que se castiga aquí es la difusión de dichos archivos sin la autorización de la víctima y considerar atípica la conducta delictiva cuando las imágenes son enviadas por la propia víctima al sujeto activo carece de sentido desde el punto de vista de la política-criminal. Y, por último, en relación a la obtención de dichas imágenes o grabaciones, es necesario que sean consideradas como objeto del delito no solo las que se toman en un domicilio sino también en espacios públicos, siempre que se haga fuera del alcance de la mirada de terceros.

En relación a la acción típica, en mi opinión, según se trate de difundir, revelar o ceder el alcance es distinto y, por consiguiente, debería tener una sanción penal diferente, aplicando la de mayor gravedad a los casos de difusión por ser la más lesiva para el bien jurídico protegido, siguiendo así el principio de proporcionalidad penal.

Por lo que respecta al tipo agravado, en este sentido, además de mantener el de los menores y discapacitados, considero también correcto mantener el tipo agravado cuando el responsable fuera el cónyuge, añadiendo también al excónyuge, o la persona que esté, o haya estado unida a la víctima por análoga relación de afectividad aun sin convivencia y a las personas especialmente vulnerables por razón de su situación. También veo apropiado el mantenimiento del tipo agravado cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa. Asimismo, añadiría como tipo agravado los casos de sextorsión, ya que esta figura delictiva está íntimamente ligada con el delito de *sexting*, sin embargo, el art. 197.7 CP no la contempla, y también los casos de violencia de género (ahora se contempla en un mismo tipo tanto la violencia doméstica como la violencia de

género), debido a que son las prácticas que con mayor frecuencia se dan en nuestra sociedad.

En definitiva, no podemos negar que quien lleva a cabo la práctica del *sexting* grabando imágenes de contenido sexual o permitiendo que otros las graben, pone en riesgo su propia intimidad, sin embargo, el titular del bien jurídico no renuncia a esta, pues la anuencia o consentimiento no autoriza de manera tácita la divulgación de dicho contenido por parte del sujeto activo a terceras personas.

Con base en todo lo expuesto y como propuesta de *lege ferenda*, la redacción del precepto quedaría del siguiente modo:

Artículo 197.7 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 imágenes o grabaciones audiovisuales, así como audios sin vídeo y textos escritos, de contenido sexual o erótico, de aquella que hubiera obtenido con su anuencia, o habiendo sido enviadas de manera voluntaria por la víctima, en un domicilio o lugar público fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la víctima.

Asimismo, en los casos de revelación o cesión a terceros se impondrá una pena de multa de seis a doce meses, cuando la revelación o cesión menoscabe gravemente la intimidad de la víctima.

La pena se impondrá en su mitad superior: a) cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o excónyuge, o por persona que esté o haya estado unida a la víctima por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, b) cuando se den los hechos dentro de supuestos de violencia de género, c) cuando la víctima fuera menor de edad, una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona especialmente vulnerable por razón de su situación, d) cuando los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa, e) o en casos de sextorsión.

## ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STC 57/1994, de 28 de febrero.
- STS 158/ 2019, de 26 de marzo.
- STS 151/2019, de 21 de marzo.
- STS 377/2018, de 23 de julio.
- STS 1055/2017, de 21 de marzo.
- STS 358/2007, de 30 de abril.
- STS 666/2006, de 19 de junio.
- SAP 515/2018, de 19 de julio.
- SAP 397/2018, de 19 de junio.
- SAP 684/2018, de 18 de junio.
- SAP 228/2018, de 15 de junio.
- SAP 153/2018, de 12 de marzo.
- SAP 805/2017, de 20 de diciembre.
- SAP 197/2017, de 31 de julio.
- SAP 302/2017, de 24 de abril.
- SAP 10/2017, de 14 de febrero.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIURRUN ABAD, Fernando J., *Los riesgos de las nuevas tecnologías en los menores*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 921, 2016.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter) en MATA LLÍN EVANGELIO/ GONZÁLEZ CUSSAC/ GÓRRIZ ROYO, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU, María Luisa, *Menores y redes*

- sociales: *ciberbullying*, *ciberstalking*, *cibergrooming*, pornografía, *sexting*, radicalización y otras formas de violencia en la red. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DÍAZ TORREJÓN, Pedro y VALVERDE MEGÍAS, Roberto “4. Tratamiento penal del *sexting*”, Revista del Ministerio Fiscal, nº1, 2016, págs. 71-96.
  - FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, págs. 6-12.  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%20Isabel%2017-10.pdf?idFile=46512ecc-1177-450e-b438-2ab47fee5e5e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%20Isabel%2017-10.pdf?idFile=46512ecc-1177-450e-b438-2ab47fee5e5e)
  - GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam, *Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos*, R.E.D.S. (Revista de Empresa, Derecho y Sociedad), nº 8, enero-julio 2016, págs. 53-67.
  - GUIASOLA LERMA, Cristina, Intimidación y menores: consecuencias jurídico penales de la difusión del *sexting* sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, en CUERDA ARNAU, María Luisa, *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
  - JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo, *La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 917, 2016.
  - LAMARCA PÉREZ/ ALONSO DE ESCAMILLA/ MESTRE DELGADO/ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Dykinson S.L, 2016.
  - MAGRO SERVET, Vicente, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, págs. 3-11.  
[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484)
  - MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, págs. 2-4.  
<https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbtk.ull.es/servlet/articulo?codigo=4330495>

- MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, págs. 3-18.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, *Intimidación y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, *Derecho Penal. Parte especial*, Comares, Granada, 2016.
- SALVADORI, Iván, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, págs. 14 y ss.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf>
- SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO/ SERRANO TÁRRAGA/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Dykinson S.L., 2017.
- VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás, *Comentarios al artículo 197 CP*, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo II, Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Aranzadi, 2015.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos.
- Enmienda 87 que presenta el Consejo General de Abogacía Española al proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.