



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Junio

Nuevas tecnologías y atentados contra la intimidad o indemnidad sexual: el sexting y figuras afines

New technologies and attacks against sexual intimacy or indemnity:
sexting and similar institutions

Cynthia Delgado Carrillo

45938132-W

Tutor: Prof. D. José Ulises Hernández Plasencia

Disciplinas Jurídicas Básicas
Área de Derecho Penal

ABSTRACT

The progressive development experienced by the information and communications technology in our society has undoubtedly contributed to improve our lives. However, it has also led to the emergence of new ways that allow to violate fundamental rights, as honor and image.

This study is focused on an analysis of a new offense introduced by the Organic Law 1/2015, of 30 March, that the penal code amends, called “*sexting*”, regulated in art. 197.7, namely the dissemination of images or audiovisual recordings obtained with the consent of the subject but disseminated without him. And specifically, *sexting* in minors, introduced by that reform in art. 183 ter, second paragraph. It’s intended, considering some precedents, addressing the problematic issues raised by this crime relating to the infringement of the fundamental right to privacy and sexual indemnity, both people who have come of age and minors respectively. Also making a delimitation with other crimes such as *child grooming* or *sextortion*.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El progresivo desarrollo que han experimentado las tecnologías de la información y la comunicación en nuestra sociedad ha contribuido indiscutiblemente a mejorar nuestras vidas. Sin embargo, también ha propiciado la aparición de nuevos medios que permiten vulnerar derechos fundamentales como el de la intimidad, el honor y la propia imagen.

El presente trabajo se centra en realizar un análisis del nuevo delito introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal, denominado *sexting*, regulado en el art. 197.7, consistente en la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento del sujeto pasivo pero difundidas sin él. Y también específicamente del *sexting* en menores, introducido por la citada reforma en el art. 183 ter, apartado segundo. Se pretende, teniendo en cuenta algunos precedentes jurisprudenciales, abordar las cuestiones problemáticas que suscita este delito en relación con la vulneración del derecho fundamental a la intimidad y a la indemnidad sexual, tanto de las personas que han alcanzado la mayoría de edad como los menores de edad respectivamente. Para ello, además, se realiza una delimitación del *sexting* con respecto a otras figuras delictivas como el *child grooming* o la *sextorsión*.

Índice

I. Introducción	1
II. El caso Hormigos	4
III. Algunas prácticas de <i>sexting</i> en Estados Unidos	10
IV. El <i>sexting</i> ¿una práctica de riesgo?	16
1. Características que delimitan la práctica de <i>sexting</i>	17
2. Intereses jurídicos potencialmente vulnerados: derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho	18
a la propia imagen e indemnidad sexual	
V. La difusión no autorizada de imágenes obtenidas con consentimiento: el contenido del artículo 197.7 del CP	22
VI. <i>Child grooming</i> y <i>sexting</i> en menores de edad	27
1. <i>El child grooming</i>	27
2. <i>Sexting</i> en menores	31
VII. La <i>sextorsión</i> como último fin del <i>sexting</i>	34
VIII. Conclusiones	37
IX. Bibliografía	40

I. Introducción

El impacto que han generado las nuevas tecnologías en la sociedad ha provocado que se cuestione en numerosas ocasiones el derecho a la intimidad. Un derecho fundamental que puede definirse como *“aquellas manifestaciones de la personalidad individual y familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven involucrados a terceros, entendiéndose por tales tanto los particulares como los poderes públicos”*¹, así como el reconocimiento de su reserva o de su dominio frente a terceros.

La introducción de dispositivos tecnológicos que permiten captar y difundir materiales audiovisuales (fotografías y vídeos) ha cambiado las comunicaciones entre las personas, permitiendo que en cualquier lugar y en cualquier momento se puedan tomar fotografías y grabar vídeos. Así es como surge el *sexting*, una práctica cada vez más extendida que consiste en difundir sin autorización de la víctima imágenes o vídeos cedidos por ella que pueden tener un contenido erótico-sexual.

Hasta ahora nuestro Código Penal no preveía la tipificación de esta conducta como delito existiendo, por tanto, una laguna de legalidad. Por ello, surgió la necesidad de colmarla, realizándose mediante 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, que introdujo este delito

¹ Romeo Casabona, C.M^a., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), Comares, 2016, p. 164.

con el propósito de tutelar el derecho a la intimidad y a la propia imagen de una forma más efectiva².

Además, este nuevo delito ha sido incluido como consecuencia de un caso concreto (caso Olvido Hormigos) que se grabó y posteriormente, envió el vídeo íntimo a un tercero, siendo divulgado sin su consentimiento y desconociendo la autoría de quién lo divulgó por las redes sociales. El quid de la cuestión de este delito es que la grabación la realiza la propia víctima que las envía, arriesgándose a que las imágenes o vídeos sean difundidos por el receptor o por un tercero. Es lógico pensar que la grabación de imágenes o vídeos pertenece a la esfera privada de las personas, que son quienes deciden fotografiarse, grabarse o dejarse por otra persona. No obstante, esto no implica la existencia de una autorización implícita para que pueda procederse a la divulgación a terceros, excepto que la persona que aparece en las imágenes o vídeos preste su consentimiento, porque éste no puede presumirse por el simple hecho de que la persona autorice que se le grabe³.

Esta práctica se ha extendido cada vez más sobretodo entre los menores de edad, pues éstos están en la etapa consistente en explorar la sexualidad y disponen de nuevas tecnologías que les permiten indagar y experimentar de diversas formas. Junto a ello, se debe añadir la sociedad en la que vivimos

² Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, del Consejo General del Poder Judicial.

³ Magro Servet, V., Los delitos de Sexting (art. 197.7) y Stalking (art. 172 ter) en la reforma del Código Penal, p. 3, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484.

cada vez es más proclive a corromper la intimidad de las personas, generando una pérdida de la privacidad.

No obstante, el *sexting* ha propiciado que los menores de edad no reparen en las consecuencias que puede acarrear la divulgación de imágenes o vídeos de carácter erótico-sexual, de manera que pueden adoptar dos actitudes: en primer lugar, ser ellos quienes decidan difundir las imágenes o vídeos, y en segundo lugar, ser ellos las víctimas. Por tanto, se cuestiona si los menores son infractores o son víctimas de un delito⁴. Posicionarse como víctima puede llegar a originar situaciones extremas y embarazosas que en algunas ocasiones ha causado graves consecuencias como ha sido el suicidio; una alternativa que los menores de edad consideran que es la más adecuada para acabar con la situación por la que están atravesando.

Por ello, desde una perspectiva jurídico-penal, se pone de relieve que el objeto de protección para reaccionar contra el *sexting* debe ser doble: por un lado, impedir la producción de pornografía infantil por medios tecnológicos que no suelen ser los habituales y en los que la libertad de los menores no se vea coartada por la intromisión de los adultos, y por otro lado, proteger la indemnidad sexual de los menores⁵.

⁴ Véase la estadística del Instituto Nacional de Estadística (INE) de 2014 que refleja que el uso de Internet es una práctica mayoritaria en los menores de 10 a 15 años, con un 92,3% en los niños y un 91,6% en las niñas y los jóvenes de 16 a 24 años son los que más utilizan Internet (un 99,2% para los hombres y un 97,5% para las mujeres), http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925528782&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout.

⁵ Agustina, J. R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010, p. 4.

Por último, se hace necesario destacar que la práctica del *sexting* no es el único delito pues las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, han contribuido a la aparición de otros delitos como el denominado *child grooming* o la *sextorsión* que aunque estén relacionados, son totalmente independientes.

El objeto de este trabajo consistirá, por tanto, en realizar un análisis del nuevo delito de *sexting* tipificado en el apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal.

II. El caso Hormigos

La introducción del apartado 7º en el artículo 197 tiene su origen en el caso de una concejala que fue víctima de la difusión de un vídeo de carácter erótico-sexual sin su consentimiento. Sin embargo, precisamente su conducta no se recoge en el precepto porque ella no consintió ser grabada por otra persona, sino que la grabación la realizó individualmente.

Los antecedentes de hecho se pueden resumir en los siguientes:

Las actuaciones se incoaron mediante Atestado del Puesto de la Guardia Civil de Los Yébenes (Toledo), a través de una denuncia formulada por O.H.C. como consecuencia de la presunta comisión de un delito contra la intimidad imputable a C.S.R. Ulteriormente, O.H.C. formuló denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Orgaz, por la presunta comisión de un delito de injurias debido a la difusión del vídeo erótico-sexual a través de un foro, identificándose a dos usuarios mediante la realización de las correspondientes diligencias. Igualmente, O.H.C. formuló

denuncia por la comisión de un presunto delito contra la intimidad imputable a P.A.G.

La representación procesal de los imputados solicitó el archivo del procedimiento porque estimaban que los hechos no eran constitutivos de delito. En cambio, se opuso al archivo de procedimiento la representación de la denunciante, pero el Ministerio Fiscal consideró que era necesario el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones al apreciar que los hechos no eran constitutivos de un delito contra la intimidad, aunque era pertinente continuar con la práctica de las actuaciones con el propósito de determinar si los hechos podían subsumirse en el tipo delictivo del artículo 173.2 CP, es decir, delito contra la integridad moral.

Con respecto a los fundamentos de derecho, el presente Auto se centra en determinar la tipicidad o la atipicidad de los hechos y su posible calificación jurídica mediante las diligencias practicadas. Considera la Juez que en este caso concurre un elemento fundamental para determinar la posible tipicidad de los hechos que se denuncian, así como su calificación jurídica como delito contra la intimidad tipificado en el artículo 197 del Código Penal. El referido elemento fundamental hace alusión a la declaración realizada por O.H.C., pues ésta manifiesta que en el ámbito de una relación de contenido íntimo con el imputado C.S.R., y a petición del mismo elaboró de forma voluntaria el vídeo a través de su teléfono móvil en su domicilio y, posteriormente, procedió a enviárselo. Por consiguiente, los hechos que se denunciaron no pueden subsumirse en el delito contra la intimidad, previsto en el artículo 197 del Código Penal porque el elemento volitivo, es decir, la

plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante se manifiesta en el momento en que procede al envío al imputado a través de su teléfono móvil.

En concreto, el artículo 197.1 del Código Penal, castiga al 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 de comunicación”*. Por ende, este precepto tutela dos bienes, por un lado, la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y por otro lado, la intimidad de las personas. Sin embargo, lo que se sanciona es la conducta consistente en *“apoderamiento o interceptación sin consentimiento”* y en el caso de O.H.C. no concurre porque ella misma manifiesta que voluntariamente envió el vídeo al imputado C.S.R., por tanto, los hechos no pueden subsumirse en este tipo penal.

En cambio, en su apartado segundo el presente precepto dispone que *“las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”*. Sin embargo, aquí la conducta típica exige *“sin autorización”* y en el presente caso, el

imputado recibió el vídeo en su teléfono móvil al ser enviado por O.H.C. de manera voluntaria y consciente.

El Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Orgaz, de 15 de marzo de 2013, aborda de forma completamente distinta a la actual el *sexting*, es decir, nos permite tener una visión del panorama antes de la reforma. Considera la Juez que de acuerdo con el Código Penal vigente en ese momento, únicamente los hechos se podrían haber subsumidos en el tipo penal si se hubiera producido un acceso no autorizado al móvil de la propia denunciante en el que se encontraba el vídeo de contenido íntimo por parte del imputado C.S.R.

Con referencia a P.A.G., el otro imputado por la presunta comisión de un delito contra la intimidad al enviar el vídeo a un correo electrónico, estima la Juez que no pudiéndose contrastar los hechos relatados por O.H.C. dado que el imputado se acogió a su derecho a no declarar, no puede decretarse que haya realizado una conducta típica porque la divulgación o circulación del vídeo no se encuentra penada.

Por último, concluye que los hechos no son constitutivos de un delito contra la intimidad tipificado en el artículo 197 y siguientes del Código Penal, por lo que se decreta el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de los imputados con el fin de determinar si los hechos pudieran ser constitutivos de un delito contra la integridad moral tipificado en el artículo 173.2 del CP.

No obstante, las conclusiones a las que llegó la Juez en el Auto al comprender que O.H.C. de manera voluntaria y consciente había enviado el vídeo al imputado en el ámbito de una relación íntima y que, por tanto, los hechos no podían calificarse como un delito contra la intimidad, pueden ser controvertidos porque puede entenderse que lo que está queriendo exponer es que O.H.C. asuma el riesgo y las consecuencias que se derivan de realizar la acción, con independencia del perjuicio que se le pueda causar al menoscabar su intimidad.

Expuesta la perspectiva desde la que se abordó el problema en el Auto, debe proceder a contrastarse con la solución propuesta con la introducción del apartado 7º del artículo 197 en el que se comienza a tipificar por primera vez a *“al 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 terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”*. Por tanto, el bien jurídico que se protege, como ya se ha expuesto anteriormente de manifiesto, es la intimidad. Es posible entonces señalar, antes de la introducción del precepto mencionado con anterioridad, que no podía subsumirse ni en los apartados primero y segundo del artículo 197 porque protegían bienes jurídicos totalmente diferentes al que se solicitaba, y, como veremos, resulta discutible si el caso Hormigos queda incluido en ese precepto.

Ahora bien, las conclusiones expuestas por la Juez dejan muchos interrogantes, pues cabría plantearse el caso en el que se proceda al envío de

imágenes o vídeos sexuales de manera masiva, es decir, el vídeo pudo haberse confeccionado con el consentimiento del protagonista así como su envío a determinada persona, pero esta persona haber procedido a divulgarlo de manera indiscriminada. Por ello, en este caso se podría discutir si se tiene que asumir las consecuencias, pues O.H.C. de manera consciente y voluntaria procedió a la difusión a una persona determinada pero no se autorizó a la otra persona para que siguiera divulgándola a otras. Y, en este supuesto, sí podría vulnerarse el derecho a la intimidad, porque existe una intromisión en el ámbito privado de las personas.

En definitiva, lo cierto es que estamos en presencia de conductas que son realmente controvertidas porque habrá que analizar caso por caso las conductas que se han llevado a cabo, los implicados, así como el dispositivo electrónico utilizado para proceder a la captura o grabación y posterior envío de las mismas. No obstante, si bien es cierto que la introducción del art. 197.7 del CP ha sido un gran impulso para perseguir este tipo de conductas que cada vez se dan con más asiduidad entre los adultos y, con más problemas, entre los menores de edad, pues las dificultades que se plantean en relación a éstos últimos es que cada vez disponen a una edad más temprana de acceso a dispositivos que les permiten realizar este tipo de conductas, es necesario cuestionarse si estas conductas deberían tipificarse en el Código Penal con la finalidad de preservar un derecho fundamental tan trascendente como es la intimidad, o si por el contrario, debería hacerse caso omiso en virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal e intentar buscar otros medios que permitan solventarlo, a lo que aludiremos más abajo.

III. Algunas prácticas de *sexting* en Estados Unidos

Países como Estados Unidos, ante la proliferación de casos de *sexting* entre adolescentes, se ha visto en la necesidad de buscar soluciones para hacer frente a este fenómeno. Las soluciones se han basado en la propuesta de medidas con la finalidad de instaurar un conjunto normativo que aborde el *sexting*, pero de una forma más sutil que los delitos relacionados con la pornografía o explotación infantil, puesto éstos están castigados con penas privativas de libertad y registro del autor como delincuente sexual.

El hecho de que estos tipos de delitos deban castigarse con penas más leves tiene su razón de ser en que en el caso de que un adolescente sea registrado como delincuente sexual hará que les afecte durante un largo tiempo en su vida. Por consiguiente, considera que la solución quizás no esté en utilizar el sistema judicial penal, sino en la imposición de medidas con fines educativos. No obstante, podría ser discutible dicha opinión por no estar contrastado con datos.

En Estados Unidos, el delito de *sexting* presenta tres vías que lo reconducen al ilícito penal. La primera de ellas sería el hecho de que un adolescente proceda a enviar a otra persona fotografías o vídeos en los que aparece desnudo o semidesnudo, pudiendo ser constitutivo de un delito de difusión de pornografía infantil. En segundo lugar, quien recibe esas fotografías o vídeos podría incurrir en un delito de posesión de pornografía infantil y, por último, si la persona que recibió las imágenes o vídeos a su

vez, decide enviarlas a otra persona, podría estar incurriendo en un delito de difusión de pornografía infantil⁶.

Lo anteriormente expuesto puede verse reflejado en determinados casos que a continuación se van a detallar y que han sido muy difundidos por la literatura científica.

El caso A.H. v. State of Florida fue uno de los primeros que obtuvo un veredicto pronunciándose sobre el fenómeno del *sexting* en el año 2007. A.H. y su novio J.G.W., ambos menores de edad, en el año 2004 se sacaron fotos mientras mantenían una relación sexual. Posteriormente, dichas fotografías fueron enviadas desde la casa de A.H. a un ordenador propiedad de J.G.W. Sin embargo, a pesar de que dichas fotografías nunca fueron visionadas o divulgadas a terceras personas, A.H. fue castigada por un delito de producción de material en el que aparecía una conducta sexual realizada por un menor, con independencia de que tal comportamiento fuera consentido por ambos menores, de que se tratara de una conducta entre menores y sin difusión a terceras personas⁷⁸.

⁶ Arcabascio, C., *Sexting and Teenagers: www.OMG R U Going 2 Jail???*, XVI Rich. J.L. & Tech. 10 (2010), <http://jolt.richmond.edu/v16i3/article10.pdf>, p. 9 y ss, citado por Mendoza Calderón, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 176.

⁷ Agustina, J.R., *¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?*, p. 12 y 13 & Mendoza Calderón, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, p. 176 y 177.

⁸ No obstante, con anterioridad a la sentencia, la propia A.H. había presentado un recurso con la finalidad de protegerse frente a los cargos imputados, mediante la cual manifestaba la violación de su privacidad, así como que las medidas que se habían adoptado con el propósito de salvaguardar los intereses públicos no eran las idóneas, porque consideraba que eran intrusivas. Ante esto, el Tribunal de instancia consideró que debía desestimarse su pretensión porque los intereses del Estado se

Otro caso que causó un gran interés en la prensa fue *Miller v. Skumanick*, en el que en Pennsylvania, tres chicas adolescentes se fotografiaron mostrando el torso desnudo, en sujetador o saliendo de la ducha con una toalla por debajo del pecho. No obstante, a pesar de que dichas fotografías no fueron expuestas en lugares públicos, ni mostraban ninguna actividad sexual, las mismas terminaron en los móviles de algunos compañeros de clase. Ante esto, el Fiscal del distrito decidió tomar cartas en el asunto y después de realizar una investigación consideró que debía enviarse una carta a los padres de los estudiantes que poseían dichas fotografías en sus teléfonos móviles, advirtiéndoles de que estaban implicados en la difusión de pornografía infantil cuya condena consistía en la adscripción a un programa de reeducación de entre 6 a 9 meses de duración. Los padres de una de las menores que aparecía en la fotografía consideraron que las mismas no eran constitutivas de pornografía infantil porque su hija no estaba totalmente desnuda. El Tribunal, una vez que analizó el caso, reconoció que los padres estaban amparados mediante derechos sustantivos que se refieren al proceso debido y que reconoce el derecho a no tener que soportar las interferencias indebidas del Estado en las relaciones familiares y que podría ocasionársele a las adolescentes daños

basaban en la protección de los menores frente a las conductas de explotación sexual, con independencia de la edad de la persona que llevara a cabo la explotación y que las medidas que se adoptaron sí fueron las menos intrusivas. A.H. recurrió dicha sentencia posteriormente porque estimaba que la aplicación de dicho tipo penal era inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Florida desestimó el recurso, confirmando la sentencia recurrida porque la Constitución de Florida no protege el derecho a que los menores de edad mantengan relaciones sexuales y puedan proceder a inmortalizarlas mediante fotografías.

irreparables de cara a un futuro, al incidir en el ejercicio de la libertad de expresión porque podrían verse cohibidas⁹.

En el caso *Iowa v. Canal*, en el año 2005, una adolescente de 14 años, C.E. recibió dos fotografías de un compañero del instituto, J.C. de 18 años en su correo electrónico de contenido sexual, después de que C.E. se las pidiera. No obstante, C.E. una vez que las visionó creyó haberlas borrado, pero lo cierto fue que no lo hizo y la madre las vio. Como consecuencia de ello, la madre procedió a enviárselas al padre y éste las mostró a la policía con la finalidad de denunciar el caso. En este caso, la adolescente manifestó el envío de las mismas no tenía como finalidad la excitación sexual, sino que se trataba de una broma. A pesar de esta manifestación, el Estado formuló acusación contra J.C. por distribución a sabiendas de material obsceno a menores. Finalmente, J.C fue condenado a un año de libertad vigilada, una multa y, además, su inscripción en el registro de delincuentes sexuales¹⁰.

Por último, el caso *Alpert* en Florida. En él, un adolescente de 18 años de edad, tras haber tenido una discusión con su novia de 16 años, procedió a difundir entre sus amigos y familiares, una foto de su novia desnuda. Por consiguiente, fue acusado y condenado por difusión de pornografía infantil e inscrito en el registro de delincuentes sexuales¹¹.

⁹ Agustina, J.R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?, p. 19- 22 & Mendoza Calderón, S., El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting, p. 178.

¹⁰ Agustina, J.R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?, p. 22 y 23 & Mendoza Calderón, S., El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting, p. 179.

¹¹ Mendoza Calderón, S., El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting, p. 179 y 180.

Con lo anterior, se ha querido poner de manifiesto que la solución al problema no es pacífica porque a pesar de tratarse de casos que presentan circunstancias diferentes, la solución en la mayoría de ellos es idéntica. Puede que no exista una solución única y general para todos los casos, porque habrá que valorar uno por uno las circunstancias que concurren dado que en algunos casos es posible que no sea necesario establecer medidas penales, otros en los que sí sea necesario aunque no se califique al autor como un delincuente sexual y, algunos, en los que se debería de tratar a los menores como adultos que comenten delitos de pornografía infantil¹².

No obstante, no se debe olvidar que los adolescentes son un colectivo vulnerable ante el *sexting* porque están en una etapa en que desean experimentar su sexualidad y cada vez, cuentan con mayores tecnologías que les facilita la realización de este tipo de conductas.

Analizados algunos casos en el sistema del *Common Law*, se procederá a realizar un análisis del tratamiento que ofrece en el Derecho penal español. Hasta 2015, el problema del *sexting* radicaba en su calificación jurídica, bien como un delito contra la intimidad del art. 197 del CP, de un delito de injurias del art. 208 CP o, por el contrario, de delitos contra la libertad del art. 169 CP o contra la integridad moral del art. 173.1 CP. No obstante, con la introducción del nuevo apartado séptimo del artículo 197 del CP, se

¹² Arcabascio, C., *Sexting and Teenagers: OMG R U Going 2 Jail???*, XVI Rich. J.L. & Tech. 10 (2010), <http://jolt.richmond.edu/v16i3/article10.pdf>, pág. 3, citado por Mendoza Calderón, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, p. 180.

solventa dicho problema, porque se incluye en los delitos contra la intimidad.

Superada esta problemática, al igual que se expuso anteriormente, existen especialistas que han considerado que quizás no exista una solución única y general aplicable a todos los casos, porque en algunos casos se requerirá la aplicación de medidas penales y en otros, en cambio, se tendría que proporcionar a los menores, respuestas que se adapten a su responsabilidad. Por tanto, la cuestión que se puede plantear es ¿cuál es el límite que la protección jurídico-penal debe proporcionar a la intimidad e indemnidad sexual de adultos y menores? Como sabemos, cada vez es más frecuente que el Derecho Penal tipifique nuevas conductas asociadas a nuevos peligros, sin realizar un planteamiento sobre el principio de intervención mínima. Por ende, esto podría acarrear un exceso de intervención penal que podría dar lugar a un Estado de prevención que se centraría en asegurar la seguridad de los bienes jurídicos, apartando el derecho a la libertad al verse ésta coartada por dicha intervención penal¹³. De este modo, un sector de la doctrina considera que este nuevo delito no debía haberse introducido en el Código Penal porque entienden que el Derecho Penal no debe proteger la intimidad de aquellas personas que han realizado actos concluyentes mediante los cuales manifiestan su renuncia, es decir, cediendo las imágenes o vídeos a terceros de forma voluntaria. Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que considera necesaria la introducción de este nuevo delito porque es diferente consentir la realización de una grabación con el propósito de utilizarlo en privado por dos personas que consentir que la misma se difunda

¹³ Mendoza Calderón, S., El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting, p. 225 y 226.

a terceros, desprotegiendo el consentimiento un aspecto sustancial de la intimidad¹⁴.

IV. El *sexting*: ¿una práctica de riesgo?

El término *sexting* proviene de la unión de dos vocablos ingleses, *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes a través del teléfono móvil)¹⁵. Se trata de un fenómeno que en los últimos años ha adquirido una gran relevancia como consecuencia del impacto que han generado las nuevas tecnologías en nuestra sociedad.

El *sexting* es una práctica consistente en la difusión de imágenes o vídeos de contenido sexual-erótico producidos y protagonizados por el emisor a través de dispositivos electrónicos, especialmente, mediante teléfonos móviles. A priori, esta práctica no plantea interrogantes legales porque es voluntaria, al compartir con una tercera persona aspectos íntimos. No obstante, lo cierto es que entraña problemas relativos a la vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen porque dichas imágenes o vídeos pueden reenviarse y reproducirse de forma descontrolada¹⁶.

¹⁴ Bolea Bardón, C., Comentarios al Código Penal (dire. Mirentxu Corcoy Bidasola, Santiago Mir Puig), Tirant lo Blanch, 2015, p. 731.

¹⁵ Martínez Otero, J. M^a, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, 2013, p.2. <https://dialnet-unirioja.es/accedys2.bbt.ull.es/servlet/articulo?codigo=4330495>.

¹⁶ Martínez Otero, J. M^a, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 2.

1. Características que delimitan la práctica de *sexting*

Siguiendo a Martínez Otero¹⁷, las características que definen el *sexting* se pueden resumir en cuatro y son las siguientes:

Voluntariedad: el sujeto emisor debe ser el que produce y divulga el contenido de la imagen o del vídeo *motu proprio*, es decir, de forma voluntaria, sin ejercerse sobre el mismo fuerza o violencia física o psíquica para obligarle a realizarlo en contra de su voluntad. Por tanto, es una conducta libre del sujeto quien decide proceder a la difusión sin percatarse de la repercusión que las imágenes o vídeos pueden causarle en su entorno y fuera de él.

Utilización de dispositivos tecnológicos: precisamente el *sexting* parte de la utilización de dispositivos tecnológicos que permiten que en cualquier lugar y en cualquier momento se puedan tomar fotos y grabar vídeos para posteriormente proceder a su difusión. No obstante, aunque el dispositivo tecnológico más utilizado es el teléfono móvil, lo cierto es que también existen otros que permiten realizar las mismas funciones, pero en lugares más íntimos como pueden ser las webcams.

El carácter sexual-erótico de los contenidos: el protagonista de la imagen o del vídeo, posa mostrando una actitud erótica o sexual como se ha venido exponiendo anteriormente. No obstante, es necesario destacar que las fotografías o los vídeos que únicamente manifiestan una actitud atrevida o

¹⁷ Martínez Otero, J. M^a, La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 3.

suggerente, pero carecen de un contenido sexual explícito, no se insertan dentro del ámbito del *sexting*, aunque posiblemente dentro del artículo 197.7 del CP. Por consiguiente, en determinadas situaciones será difícil delimitar cuándo una fotografía o un vídeo tiene un contenido erótico o sexual y cuándo simplemente muestra un contenido atrevido o suggerente, como consecuencia de la delgada línea que los separa.

Normalmente esta divulgación de imágenes o vídeos de contenido erótico o sexual, calificadas como íntimas, a pesar de que posteriormente se compartan con terceras personas se realizan en el seno de una relación de pareja o relación similar. El objetivo, por tanto, de esta divulgación es provocar en el primer receptor un interés o atracción sexual. El problema surge cuando finalizada la relación sentimental, el primer receptor de las imágenes o vídeos siente la tentación de proceder a su difusión, ya sea por venganza o extorsión¹⁸. Asimismo, otra dificultad que se plantea es cuando el protagonista de la imagen o del vídeo es un menor de edad, lo que más adelante se procederá a desarrollar.

Naturaleza privada y casera: el *sexting* se caracteriza principalmente porque las imágenes o vídeos son protagonizados y divulgados con un propósito exclusivamente privado, en contraposición a otro tipo de materiales provocativos o pornográficos que son objeto de difusión de forma masiva y de industrias audiovisuales.

Cabe entonces, teniendo en cuenta la caracterización anterior, analizar detenidamente cuáles son los intereses jurídicos que se verían

¹⁸ Martínez Otero, J. M^a., La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 3.

potencialmente afectados y que vendría a proteger el Derecho Penal. Y posteriormente, se analizará si tal caracterización encaja con lo que dispone en nuevo art. 197.7 del CP.

2. Intereses jurídicos potencialmente vulnerados: derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho a la propia imagen e indemnidad sexual

La inclusión del precepto del Código Penal acabado de mencionar se realizó con la finalidad de fortalecer la dimensión subjetiva del derecho a la intimidad, mediante la capacidad de control y exclusión frente a terceros¹⁹, al tratarse de un derecho fundamental que se vincula a la esfera más reservada de las personas, que excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida personal y familiar de los ciudadanos²⁰, vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Según el TC, el derecho a la intimidad personal aparece configurado como *“un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana.*

¹⁹ González Cussac, J.L., Derecho Penal. Parte Especial, (coord. José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch, 2015, p. 253.

²⁰ La STC 190/2013, de 18 de noviembre, establece que *“el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas)”*.

Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana²¹”.

Por tanto, la vida sexual de las personas se encuadra dentro de la intimidad, de manera que la divulgación de imágenes o vídeos eróticos sin el consentimiento del protagonista repercute directamente en el derecho de la persona, provocando una injerencia en el mismo al mostrarse públicamente aspectos personales que no deberían ser objeto de conocimiento de terceros.

El derecho a la intimidad se ha visto lesionado cada vez más en los últimos años como consecuencia de las tecnologías de la información y la comunicación, como anteriormente señalábamos. Por tanto, es indiscutible que estas nuevas tecnologías han ocasionado un cambio en la estructura socio-cultural, potenciando que la información sea un elemento esencial de interés, haciéndose necesario proceder a la colecta de datos y la comunicación e interconexión de los mismos²².

Ante esta situación, comienzan a plantearse interrogantes acerca de la intromisión de las nuevas tecnologías en la intimidad y, más concretamente, se cuestiona qué derechos pueden verse potencialmente vulnerados respecto de la persona que protagoniza el vídeo o la imagen y posteriormente es

²¹ Véase STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 A.

²² Barinas Ubiñas, D., El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 15-09, 2013, p. 2.

difundido por el receptor a terceros. Estos derechos son, además del derecho a la intimidad, los derechos al honor y a la propia imagen, todos ellos regulados en el artículo 18 de la Constitución Española.

El TC considera que el derecho al honor “*se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexiones: el de la «inmanencia» o «mismidad», representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la «trascendencia» o «exterioridad», integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad (...) El derecho al honor puede verse atacado, lesionado o vulnerado por la divulgación a través de los medios de comunicación e información y especialmente los de muy alta audiencia pública, de actos, hechos, noticias, etc., relativas a personas tanto físicas como sociales, que pueden afectar tanto a su propia estimación, como a la esfera familiar y a su consideración socio-profesional*”²³. Por ello, para constatar que dicho derecho ha sido vulnerado, se requiere realizar una valoración previa del contenido del vídeo o de las imágenes, así como de la repercusión que puede originar la divulgación de las mismas en la reputación y la autoestima del protagonista.

El derecho a la propia imagen de acuerdo con el TC, “*atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generado por sus rasgos físicos personales que puede 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 la finalidad*

²³ Véase STS 9206/1987, de 23 de marzo.

*perseguida por quien la capta o difunde*²⁴. Por consiguiente, la persona que procede a la difusión de imágenes o vídeos de contenido sexual sin el consentimiento del sujeto protagonista, también podría vulnerar el presente derecho.

Por último, un caso particular del *sexting* es el del art. 183 ter 2º del CP, que describe la conducta del sujeto que embauca a un menor de edad a través de los distintos medios tecnológicos con el propósito de que aquél le suministre material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que puede aparecer él u otro menor. Este delito se incluye dentro del capítulo II bis “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*”, por lo que se trataría de un ataque contra la indemnidad sexual de los menores de edad y no contra la libertad sexual porque éstos carecen precisamente de ésta de forma provisional.

V. La difusión no autorizada de imágenes obtenidas con consentimiento: el contenido del artículo 197.7 del CP

Como se ha anticipado previamente, el artículo 197 apartado 7º tipifica una nueva conducta consistente en difundir sin consentimiento del sujeto protagonista una grabación obtenida previamente con su consentimiento, castigada con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. Además, en el párrafo segundo se recoge una agravación basada en la cualidad del sujeto pasivo o en actuar con finalidad lucrativa. Dicho precepto reza así:

²⁴ Véase STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º.

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

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

El precepto no tipifica específicamente el delito de *sexting* tal como anteriormente se ha caracterizado, sino que se restringe a un determinado ámbito. Dicho contenido se encuentra relacionado también con la aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que permiten, como anteriormente se ha señalado, la captación y difusión de imágenes o vídeos de manera instantánea. La expansión que ha experimentado esta práctica suscitada principalmente por venganza o chantaje, y ante la indefensión en la que se veía subsumida la víctima, se ha decidido introducir en el Código Penal con la finalidad de incriminarlo²⁵.

Como se puede observar, el apartado 7º es independiente, es decir, a pesar de estar incluido en el artículo 197, es un tipo autónomo porque no

²⁵ Romeo Casabona, C. M^a., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), p. 268.

presenta relación con los demás tipos agravados; únicamente tienen como nexo la protección de la intimidad personal.

Adentrándonos en el análisis del presente artículo, se procederá a desglosar los tipos que componen el delito. En primer lugar, con respecto al tipo objetivo, el sujeto pasivo debe ser el afectado por las imágenes o grabaciones audiovisuales, pudiéndose diferenciar las dos conductas que tipifica el precepto; por un lado, que el sujeto pasivo protagonista de las imágenes o vídeos haya prestado su consentimiento previamente para ser fotografiado o filmado por el sujeto activo y posteriormente éste decida difundirlas, y por otro lado, el individuo que sin aparecer en las imágenes o grabaciones audiovisuales procede a enviárselas al sujeto activo. En este sentido, debe precisarse que en el caso de que sea el propio sujeto pasivo, es decir, de forma individual el que las haya grabado y luego cedido a otra persona de modo que esta última sea la única que tiene acceso a la misma, no puede incluirse en el tipo²⁶.

El objeto material estaría constituido por imágenes o grabaciones audiovisuales; por tanto, se incluyen fotografías y vídeos, lo que hace cuestionarse ¿qué ocurriría con los vídeos que no tengan sonido? ¿estarían incluidos en el objeto material? Parece lógico pensar que se incluirían considerándolos como imagen. Por el contrario, quedarían excluidas por ejemplo una carta en la cual se describa una relación amorosa compartida, pues la divulgación por el que la recibe y participó en esa relación no entra

²⁶ Así Romeo Casabona, C. M^a., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), Comares, 2016, p. 269.

dentro del artículo 197 apartado 7º²⁷. Además, las imágenes o grabaciones deben haberse obtenido en el domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, es decir, un espacio reservado, que incluiría según Muñoz Conde las relaciones íntimas mantenidas en lugares públicos aunque reservado de la mirada de terceros, por ejemplo, un parque público o una playa desierta²⁸.

En lo que respecta a la acción típica, viene constituida por difundir, revelar o ceder a terceros las grabaciones realizadas sin consentimiento de la persona protagonista de las mismas. Siendo requisito indispensable que la divulgación, revelación o cesión menoscabe gravemente la intimidad personal del protagonista. No obstante, esta última condición presenta la dificultad de su medición, por lo que se ha optado porque el denunciante exprese la misma y posteriormente, el juez decida²⁹.

En segundo lugar, en relación con el tipo subjetivo, el único requisito necesario es el dolo en cualquiera de sus expresiones.

Por tanto, el quid de la conducta típica se constituye conforme a cuatro requisitos que son: 1º adquirir imágenes o grabaciones de la víctima con su consentimiento; 2º difundir, revelar o ceder a terceros esas imágenes o vídeos sin el consentimiento de la víctima; 3º que esas imágenes o vídeos se hayan filmado o grabado en lugares reservados; y 4º que menoscaben gravemente la intimidad del afectado.

²⁷ Véase en este sentido a Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, 2015, p. 222.

²⁸ Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte Especial, p. 223.

²⁹ Romeo Casabona, C. M^a., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), p. 269.

Como se puede observar, este precepto permite realizar una distinción entre la prestación del consentimiento para filmar o grabar y la autorización para divulgar a terceros esas imágenes o vídeos. Asimismo, se pone de relieve que únicamente se sanciona a aquel sujeto que obtenga imágenes o grabaciones audiovisuales y posteriormente los ceda dolosamente a terceros o proceda a la revelación de imágenes, acompañadas o no de sonidos, y las grabaciones audiovisuales. En cambio, queda fuera de este tipo delictivo las conductas consistentes en difundir grabaciones de audio y la revelación de grabaciones o imágenes obtenidas por envío erróneo de la propia víctima³⁰. No obstante, este último aspecto es discutible porque el receptor de las grabaciones o imágenes desconoce si hubo consentimiento en el envío.

Por último, el segundo párrafo del artículo 197.7 recoge el tipo agravado, y que según Romeo Casabona, el legislador se ha excedido al tipificar diversas variantes comisivas sin tener en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho penal y el principio de proporcionalidad. El fundamento de la agravación radica en el deseo de venganza que ansía uno de los cónyuges o persona que esté o haya estado unida a otra por análoga relación de afectividad como consecuencia de la ruptura de la relación. Es decir, se incluye no sólo a las personas unidas por un vínculo matrimonial, sino también a aquellos que han decidido cesar la convivencia conyugal y los noviazgos con el fin de proteger los lazos existentes entre los cónyuges. Además, se intenta con el precepto proteger a los menores de edad así como obtención de lucro a costa de la intimidad de otra persona.

³⁰González Cussac, J. L., Derecho Penal, Parte Especial, p. 254.

VII. *Child grooming* y *sexting* en menores de edad

La inmersión en una sociedad cambiante, en la que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han propiciado un gran avance en las formas de interacción social, condicionando nuestras vidas de una manera u otra, ha generado un impacto en uno de los colectivos más vulnerables, los adolescentes. La razón de ello radica en que los jóvenes interactúan cada vez a edades más tempranas con las nuevas tecnologías, indagando sus límites y experimentando la libertad que les proporciona. El entorno cultural y social, el comportamiento de los adultos y los desvalores de una sociedad cada vez más sexualizada han favorecido una cultura de adolescentes basada en la experimentación propia de la edad, la actividad sexual precoz y los bajos niveles de autocontrol acarreando actitudes frívolas o irreflexivas, vulnerando la propia intimidad³¹ -o incluso la indemnidad sexual-.

En este escenario aparece, junto al *sexting*, otro tipo de conducta reprochable, como es el *child grooming*, que nuestro CP reprime desde 2010 en el anterior art. 183 bis, ahora en el art. 183 ter, 1, del que resulta necesario su delimitación, pues con la reforma del CP de 2015 se introduce específicamente el *sexting* en menores en el art. 183 ter, 2.

1. El *child grooming*

La introducción de este delito se produjo como consecuencia de la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento jurídico la Decisión marco

³¹ Agustina, J.R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?, p. 7.

2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía de menores, a través de la reforma del Código Penal operada en el año 2010 debido a la utilización cada vez con más asiduidad de las tecnologías de la información y la comunicación, así como de internet con finalidades sexuales contra menores. No obstante, la Directiva 2011/93/UE que sustituye a la Decisión anteriormente expuesta, obligó a modificarlo con la finalidad de ampliar el sujeto pasivo hasta los menores de dieciséis años mediante la reforma realizada en el año 2015 del Código Penal.

El *child grooming*, también denominado *ciberacoso sexual*, *acoso por medios de comunicación*, *seducción informática*³², o incluso *embaucamiento de menores*, es una conducta tipificada en el artículo 183 ter apartado primero del Código Penal. En concreto, el citado precepto 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 proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”.

Este primer apartado se corresponde con el antiguo artículo 183 bis, pero con dos modificaciones: la edad mínima de consentimiento sexual prevista

³² Díaz Morgado, C., Comentarios al Código Penal (*dirs. Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig*), Tirant lo Blanch, 2015, p. 676.

anteriormente, que de trece años se eleva a dieciséis³³, y la finalidad del autor que debe ser la de cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 183 o 189, y no cualquiera de los anteriormente previstos en los artículos 178 a 183 y 189³⁴.

Por consiguiente, el tipo objetivo requiere, en primer lugar, contactar con un menor de dieciséis años de edad a través de internet, teléfono o cualquier otra tecnología y que exista una respuesta por parte del menor, de modo que las conductas tendentes a contactar con un menor de las cuales no se obtenga respuesta serán atípicas. En segundo lugar, la realización de una propuesta con el propósito de concertar un encuentro para proceder a efectuar las conductas descritas en los artículos 183 y 189 CP, es decir, agresiones sexuales y abusos sexuales a menores de dieciséis años y pornografía de menores respectivamente y que dicha propuesta pueda probarse por algún medio como la selección del lugar o la forma en que efectuará el acercamiento³⁵. Y, finalmente, que se practiquen actos materiales encaminados al acercamiento.

³³ En opinión de Ramos Vázquez, la elevación de la edad mínima de consentimiento sexual a los dieciséis años significará un aumento de las condenas en aplicación de este precepto. Asimismo, considera que el inciso “*a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189*” ha supuesto una mayor precisión en relación con la genérica mención prevista anteriormente a los artículos 178 a 182. Sin embargo, estima que aún continúa existiendo un problema que es la dificultad de delimitar el artículo 183 ter apartado 1 y las conductas tendentes a captar menores con fines pornográficos del artículo 189.1 a).

³⁴ Ramos Vázquez, J.A., Comentario a la reforma del Código Penal de 2015, (dir. José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch, 2015, p. 593.

³⁵ Díaz Morgado, C., Comentarios al Código Penal (dirs Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig), p. 677.

El *child grooming* se compone de varias fases tendentes a lograr el objetivo final: fase de amistad, con el propósito de ganarse la confianza del menor de edad, en la que el adulto contacta con él e intenta entablar una relación de amistad; fase de relación, en esta etapa el adulto intenta que el menor de edad comience a realizarle confesiones de carácter personal e íntimas; por último, componente sexual en el cual el menor de edad a petición del adulto participa en actos de naturaleza sexual³⁶.

Asimismo, este precepto permite el concurso de delitos con los tipos descritos en los artículos 183 y 189 del CP, es decir, los actos preparatorios de las mismas, siempre que se realicen a través de cualquier tecnología de la información y la comunicación y con ánimo impúdico. Por ende, la proposición realizada a un menor de edad con la finalidad de concertar un encuentro, continuada de actos de acercamiento -el envío de fotografías o mensajes explícitos para ganarse la confianza del menor, facilitar una dirección o quedar en un punto de encuentro, reservar habitaciones, ir a buscar el menor³⁷- supone la realización del tipo descrito en el artículo 183 ter CP. No obstante, no se estará en presencia de este delito cuando tal encuentro no se perfeccione en la esfera real o cuando no sea el menor el que *motu proprio* decida favorecer tal encuentro³⁸.

Sin embargo, en el caso de que el menor de edad sea el que desarrolle o permita del tercero la realización de los actos encaminados a efectuar el

³⁶ Mendoza Calderón, S., El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting, p. 100.

³⁷ Díaz Morgado, C. *Comentarios al Código Penal*, p. 677-678.

³⁸ Boldova Pasamar, M. A., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar), 2016, p. 207.

acercamiento a raíz del contacto instaurado, éste habrá sido captado además de contactado. Por tanto, deberá considerarse la existencia de un concurso de leyes siempre y cuando la captación se haya realizado con fines exhibicionistas o pornográficos. No obstante, no podrá apreciarse un concurso de leyes, sino de delitos cuando a la propuesta de concertar un encuentro le acompañe una agresión sexual, abuso sexual o tráfico de pornografía infantil³⁹.

Finalmente, el precepto recoge una agravación amparada en la existencia de coacción, intimidación o engaño en el acercamiento, a pesar de que el engaño es un elemento fundamental asociado a la conducta típica.

2. *Sexting* en menores

El artículo 183 ter del Código Penal, no solo castiga el denominado *child grooming* en su apartado primero, sino que en su apartado segundo castiga otra conducta denominada *sexting* o también, confundiendo con el *child grooming*, *embaucamiento de menores*. En concreto, este apartado segundo 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, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años*”.

³⁹ Boldova Pasamar, M. A., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), p. 207.

La introducción de este precepto se realizó con la reforma operada en el año 2015 del Código Penal, porque surgió la necesidad de tipificar una conducta diferente a la descrita en el apartado primero. En este caso, únicamente el individuo se limita a embaucar al menor de dieciséis años con el propósito de que éste le suministre material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas, en las que aparezca él o un tercero, sin necesidad de que de modo efectivo se produzca tal suministro.

Para una mejor comprensión, resulta necesario realizar un análisis de los elementos típicos que componen este precepto. El primer elemento típico, es decir, el contacto mediante internet o cualquier otro medio equivalente con un menor de dieciséis años, requiere que el menor haya proporcionado una respuesta a ese contacto. De lo contrario, el envío de mensajes o e-mails no contestados por el menor no se interpretará como contacto. El segundo elemento consiste en la realización de actos materialmente tendentes a embaucar al menor, pero ¿qué significa embaucar? A priori debe entenderse como engañar, pero precisando que requiere probar la existencia de actos orientados a obtener un beneficio del menor debido a su inexperiencia sexual y la puesta en peligro de su bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación. Por último, que requiera al menor para que le facilite material pornográfico o muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor. La consumación no requiere pues el suministro del material o la muestra de tales imágenes⁴⁰. Es suficiente con la mera solicitud, es decir, no se exige que se envíe efectivamente o se muestren las imágenes o vídeos pornográficos, pues estos actos constituyen la fase de agotamiento del delito.

⁴⁰ Boldova Pasamar, M. A., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), p. 207.

Que el menor contactado le envíe o muestre las imágenes de pornografía de menores al autor plantea serios problemas, como que aparezca otro menor en las imágenes o vídeos distinto del que las envía⁴¹. Por tanto, ¿qué ocurriría cuando el menor embaucado proceda al envío de fotografías o vídeos sexuales en el que aparezca otro menor? En este caso, Ramos Vázquez⁴² considera que tanto el individuo que ha embaucado al menor de edad como el propio menor incurrirían en un delito castigado en el artículo 189 del Código Penal. Por consiguiente, el menor que ha sido embaucado pasará de ser víctima a ser autor de un delito.

Debe tenerse en cuenta el hecho de que el autor del delito puede emplear las imágenes o vídeos pornográficos facilitados por el menor de edad con la finalidad de elaborar o producir material pornográfico. Por ende, se plantea la posibilidad de que pueda ser castigado por la comisión del tipo delictivo descrito en el artículo 189.1 de dos maneras: por un lado, como consecuencia de la utilización de un menor para producir el material pornográfico o, por otro lado, como inductor o autor directo o mediato de un delito de pornografía infantil, en el que el menor de edad sería impune a pesar de concebirse como un partícipe⁴³.

Asimismo, a diferencia del apartado primero, este apartado segundo no recoge la posibilidad de un concurso de delitos. Únicamente considera la

⁴¹ Ramos Vázquez, J.A., Comentario a la reforma del Código Penal de 2015, p. 596.

⁴² Ramos Vázquez, J.A., Comentario a la reforma del Código Penal de 2015, p. 596.

⁴³ Boldova Pasamar, M. A., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), p. 208.

posibilidad expuesta en el párrafo anterior, es decir, que en el caso de que el autor del embaucamiento reciba el material pornográfico por parte del menor, deberá ser de aplicación el artículo 189 y no el 183 ter apartado segundo⁴⁴.

Finalmente, a diferencia del primer apartado, en este apartado segundo no se prevé una pena de privación de libertad alternativa a una pena de multa. Por ello, resulta desproporcionado que en el caso de que una persona que se pone en contacto con un menor con la intención de concertar un encuentro para llevar a cabo una agresión sexual y la realización de actos tendentes a lograrlo, puede ser castigado con una pena de multa y, en cambio, el individuo que pretenda embaucar a un menor de edad con el fin de obtener fotografías sexuales o vídeos sea castigado con una pena privativa de libertad⁴⁵.

XII. La *sextorsión* como último fin del *sexting*

Una conducta totalmente diferente al *sexting* pero que se puede encontrar relacionada es la denominada *sextorsión*, de la cual apenas existe literatura científica en España.

El término *sextorsión* proviene del inglés *sextortion*, es decir, se trata de un neologismo cuyo origen se produjo en la década de 1950, aunque no es hasta la llegada de internet cuando ha adquirido protagonismo como

⁴⁴ Ramos Vázquez, J.A., Comentario a la reforma del Código Penal de 2015, p. 597.

⁴⁵ Ramos Vázquez, J.A., Comentario a la reforma del Código Penal de 2015, p. 597.

consecuencia de su estrecha relación con el *sexting*⁴⁶. Ésta puede definirse como una forma de explotación sexual consistente en chantajear a una persona a través de una imagen de sí misma en la que aparece desnuda o realizando actos sexuales que se ha obtenido previamente a través de internet mediante *sexting*⁴⁷.

En este caso, la persona que aparece en esa fotografía se convierte en víctima porque posteriormente es coaccionada con el propósito de obtener algún beneficio de la misma, ya sea, mantener relaciones sexuales con el chantajista, producir pornografía, u otras acciones vejatorias de carácter sexual. Debe diferenciarse, por tanto, del tipo agravado del segundo párrafo del art. 197.7 del CP, de obrar con finalidad lucrativa, es decir, obtener un beneficio económico, mientras que la *sextorsión* no sólo incluye el beneficio económico sino también otros objetivos de contenido no económico.

El *modus operandi* de esta conducta se basa en que el chantajista ha obtenido previamente, con consentimiento de la víctima o sin él –aunque entonces no habría *sexting* previamente–, fotos o vídeos de carácter sexual o erótico, que procede a comunicarle que los tiene en su poder y le amenaza con publicarlos si no accede a las peticiones que le realiza.

⁴⁶ López Herrero, A. C., Diseño, implementación y evaluación de un programa de intervención educativa para la prevención de trastornos derivados del uso de las tecnologías en ESO, 2015, p. 90, tesis doctoral, <https://correoweb.ccti.ull.es/imp/attachment.php?u=uplacen&t=1462536833&f=Sexxtorsion.pdf>

⁴⁷ Magro Servet, V., Los delitos de Sexting (art. 197.7) y Stalking (art. 172 ter) en la reforma del Código Penal, p. 10.

Por consiguiente, de acuerdo con López Herrero⁴⁸, las características que pueden extraerse de la conducta de la *sextorsión* son las siguientes:

1. Tiene lugar mediante la obtención de imágenes a través de instrumentos digitales tales como la webcam, dispositivos móviles, e-mail, mensajería instantánea. Como se puede observar, se trata de los mismos medios que se utilizan para llevar a cabo la práctica del *sexting*.
2. La finalidad del chantaje se basa en el abuso sexual, explotación pornográfica tanto para uso privado como para redes pedófilas o comerciales, extorsión económica, así como otros tipos de coacciones.
3. Las víctimas de esta práctica pueden ser tanto menores de edad como adultos.
4. La extorsión puede llevarse a cabo por conocidos, ex-amantes o por desconocidos.
5. La obtención de imágenes puede producirse en el seno de una relación sentimental.
6. Por último, la práctica de la *sextorsión* puede ser puntual o continuada.

La *sextorsión* puede darse en distintos ámbitos, es decir, en el de los menores de edad, en los de violencia doméstica y de género cuando estando en vías de separación o divorcio, uno de los individuos que conforma la

⁴⁸ López Herrero, A. C., Diseño, implementación y evaluación de un programa de intervención educativa para la prevención de trastornos derivados del uso de las tecnologías en ESO, p. 90.

pareja tiene imágenes en su poder del otro y amenaza con difundirlas si no accede a sus pretensiones⁴⁹.

No obstante, a pesar de ser una conducta que se encuentra ligada al fenómeno del *sexting* no se encuentra prevista en el artículo 197.7 CP, sino que es necesario acudir a otros tipos penales. Por tanto, esta práctica se podría castigar a través del artículo 172.1 del CP, es decir, como una coacción, o bien mediante el delito de amenazas condicionales del art. 169.1º del CP, lo que supone una auténtica discordancia, pues pudo haberse configurado como tipo agravado. No obstante, se debe destacar que en el caso de que además de coaccionar a la víctima, las imágenes finalmente se difundan, el autor sería castigado por dos delitos, por un lado, el *sexting* y, por otro lado, la coacción o amenaza.

VIII. Conclusiones

1. En el ámbito del delito de *sexting* del art. 197.7 del CP no se incluye a la persona que *motu proprio* se fotografíe o grabe manteniendo una posición erótica o sexual y posteriormente se lo envíe a una tercera persona (primer receptor), sino a quien haya grabado con consentimiento de la víctima con carácter previo y personal y luego proceda a difundirlo. Por ello, es necesario cuestionarse: ¿qué ocurre con aquellas personas que han enviado imágenes o vídeos adoptando una posición erótica-sexual a una tercera persona y ésta ha procedido a divulgarlas? –caso Hormigos-, ¿deben asumir las consecuencias que se derivan de su acción quedando impune el tercero

⁴⁹ Magro Servet, V., Los delitos de Sexting (art. 197.7) y Stalking (art. 172 ter) en la reforma del Código Penal, p. 11.

que ha procedido a su difusión? A la vista de lo establecido en el artículo anteriormente mencionado, parece lógico pensar que el sujeto pasivo deberá ser consciente de sus actos y aceptar que si ha renunciado voluntariamente a preservar su intimidad, la persona que reciba esas imágenes o grabaciones audiovisuales no tendrá el deber de protegerla.

2. De conformidad con el artículo 197.7 del Código Penal las imágenes o grabaciones audiovisuales deben haberse obtenido en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, sin embargo, cabe plantearse: ¿por qué introducir el domicilio? ¿bastaría con establecer lugares reservados de la mirada de terceros dónde se pueda preservar la intimidad? El término domicilio quizás se haya introducido con la finalidad de hacer referencia a un lugar reservado en el que se puede salvaguardar la intimidad de las personas y por ser seguramente el lugar más común para realizar este tipo de acciones, pero estableciendo únicamente un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros ya incluiría el domicilio. El precepto, por tanto, resulta redundante en este sentido.

3. ¿Debe intervenir el Derecho Penal para regular este tipo de conductas o por el contrario debería abstenerse? Recuérdese que el sujeto pasivo ha consentido fotografiarse o grabarse por el sujeto activo pudiéndose imaginar las consecuencias que puede acarrear que dichas imágenes o grabaciones audiovisuales puedan difundirse, a pesar de que su relación esté basada en la confianza, aunque cosa distinta sería tratándose de menores de edad.

4. La proliferación de medios tecnológicos que permiten captar y difundir imágenes o vídeos en cualquier momento y en cualquier lugar ha provocado

que surjan nuevos delitos como es el caso de la *sextorsión*. Sin embargo, este delito no se encuentra regulado en el Código Penal, por lo que hay que acudir a otros tipos penales para tipificarlo como son el delito de coacciones o de amenazas condicionales. Ante esto, cabría plantearse ¿no es necesario introducirlo en el Código Penal mediante un tipo agravado en el artículo 197 apartado 7º al estar relacionado con el *sexting*?

5. El artículo 183 ter apartado primero del CP, que típica el *child grooming*, establece una alternativa a la pena privativa de libertad que es la pena de multa. No obstante, en el apartado segundo, que tipifica el *sexting* a menores, no se recoge la posibilidad de ninguna alternativa a la pena de prisión, por lo que puede observarse que existe una desproporcionalidad entre la penalidad respecto de la persona que haya contactado con un menor para propiciar un encuentro con la finalidad de agredirlo sexualmente, realizando actos materialmente tendente a conseguirlo, pudiéndose castigar con una pena de multa, mientras que quien ejecuta actos dirigidos a embaucar a un menor para obtener pornografía sexual sin que necesariamente lo consiga se le atribuye una única pena de prisión.

IX. Bibliografía

- Agustina, J. R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010, p. 1-43.
- Barinas Ubiñas, D., El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 15-09, 2013, pp. 09-60.
- Boldova Pasamar, M. A., Derecho Penal, parte especial (coords. Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar), 2016.
- Bolea Bardón, C., Comentarios al Código Penal (dir. Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig), Tirant lo Blanch, 2015.
- Díaz Morgado, C., Comentarios al Código Penal (dir. Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig), Tirant lo Blanch, 2015.
- González Cussac, J. L., Derecho Penal, Parte Especial, (coord. José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch, 2015.
- López Herrero, A. C., Diseño, implementación y evaluación de un programa de intervención educativa para la prevención de trastornos derivados del uso de las tecnologías en ESO, tesis doctoral, 2015, <https://correoweb.ccti.ull.es/imp/attachment.php?u=uplacen&t=1462536833&f=Sextorsion.pdf>
- Magro Servet, V., Los delitos de *sexting* (art. 197.7) y *stalking* (art. 172 ter) en la reforma del Código Penal, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2

[%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf?idFile=6db6bcf5-dbe7-4e3a-bb0b-cfee027d2484](#)

- Martínez Otero, J. M^a, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, 2013, <https://dialnet-unirioja.es/accedys2.bbt.ull.es/servlet/articulo?codigo=4330495>.
- Mendoza Calderón, S., El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. *Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, 2014.
- Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, 2015.
- Ramos Vázquez, J. A., Comentario a la reforma del Código Penal de 2015, (dir. José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch, 2015.