



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho.

Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna.

Curso 2016/2017.

Convocatoria: Julio.

**EI DELITO DE DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE IMÁGENES Y
GRABACIONES AUDIOVISUALES DE CONTENIDO SEXUAL: EL MAL
LLAMADO SEXTING.**
THE CRIME OF UNAUTHORIZED DISCLOSURE OF IMAGES AND AUDIOVISUAL
RECORDS WITH SEXUAL CONTENT: THE WRONG CALLED SEXTING

Yokselin Hernández Dóniz.

Tutorizado por la Prof. Dña. Fátima Flores Mendoza
Disciplinas Jurídicas Básicas.
Área de Derecho Penal.

ABSTRACT

The current work has the purpose of analyzing the new crime introduced by Organic Law 1/2015, of March 30, which changes the Spanish Criminal Code, the designated *sexting*, regulated in the article 197.7. The term *sexting* is a wrong-used concept because by itself consists in the exchange of images and audiovisual recordings of sexual and erotic content and what punishes the article 197.7 of the Criminal Code is *the unauthorized diffusion of images and audiovisual recordings with sexual nature of third parties*.

The majority of the Legal Doctrine understands that the protected legal right is the personal privacy, however, it will be analyzed as a possible multi-offense crime.

Likewise, the scope of this crime figure will be attended, that is to say, if the action includes the sending of images taken from the victim and those taken from the active subject directly, or in the opposite, it is just latest assumption.

Finally, we are going to approach the gap in the legislation regarding to the conduct of the third receiver that resend those images and audiovisual recordings.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del nuevo delito introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal, el denominado *sexting*, regulado en el art. 197.7. El término *sexting* es un concepto mal empleado pues por tal se entiende el intercambio de imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido sexual y erótico, y lo que castiga el artículo 197.7 del Código Penal es *la difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales de carácter sexual de terceros*.

La Doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido es la intimidad, no obstante, se analizará su posible consideración de delito *pluriofensivo*.

Asimismo, se tratará el alcance de esta figura delictiva, esto es, si la acción comprende tanto el envío de imágenes captadas por la propia víctima como las que son captadas por el sujeto activo directamente o si, por el contrario se reduce solo a este último supuesto.

Finalmente, se abordará la laguna de punibilidad respecto de la conducta del tercero receptor que reenvía dichas imágenes y grabaciones audiovisuales.

ÍNDICE

	Páginas
1. Introducción.....	5
2. Delimitación del objeto de estudio y precisiones terminológicas.....	6
3. Tratamiento jurisprudencial del objeto de estudio antes de su incorporación al Código Penal.....	8
4. Análisis jurídico del delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales de terceros de carácter sexual.	
4.1 El bien jurídico protegido.....	11
4.2 Tipo básico.....	16
4.2.1 Difundir, ceder, revelar.....	16
4.2.2 Imágenes o grabaciones audiovisuales.....	19
a. Lugar de captación de la imagen.....	20
b. Imagen captada o cedida con su anuencia.....	24
c. Responsabilidad del tercero receptor.	31
4.2.3 Sin autorización de la víctima.....	34
4.2.4 Resultado de grave atentado a la intimidad.....	35
4.3 Tipos agravados.....	38
4.3.1 La víctima es cónyuge, o está o ha estado unida a él por análoga relación de afectividad.....	38
4.3.2 Víctima menor de edad.....	40
4.3.3 Con finalidad lucrativa.	41
5. Conclusiones.....	42
Bibliografía.....	44
Jurisprudencia.....	46

Introducción

El tema objeto de este trabajo “el delito de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales de carácter sexual: el mal denominado *sexting*” tiene el interés de analizar la regulación jurídica penal del nuevo artículo 197.7 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley 1/2015 de 30 de marzo¹. Con el nuevo artículo se introduce en el Ordenamiento Jurídico una nueva figura delictiva, no contemplada hasta ahora, el denominado delito de “*sexting*”.

Con el nuevo artículo se plantea la protección de unos hechos sobre los que recaía una laguna jurídica. Es para aquellos supuestos de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones de contenido sexual o erótico a terceros y que las había cedido al sujeto activo de forma voluntaria. Es lo que comúnmente hemos conocido como “*porno-venganza*” en internet, consistente en la difusión de fotos o vídeos de carácter íntimo-sexual por exparejas despechadas, normalmente junto con comentarios injuriosos a través de Facebook, WhatsApp, y otras redes sociales.

La legislación penal trata de cubrir con su protección los derechos frente a las injerencias más graves, especialmente como consecuencia de nuestra propia evolución social y tecnológica. La misma nos ha llevado a convertirnos en la denominada generación 2.0, que se caracteriza por el dominio de la generalidad de los instrumentos tecnológicos, cuya fuente es *Internet*. Este elemento inmaterial es la vía para la comisión de delitos que atentan contra derechos fundamentales como son los derechos al honor, derecho a la intimidad propia y familiar y derecho a la imagen. Es aquí cuando surgen las vulneraciones, y la obligación del Ordenamiento Jurídico (en adelante OJ) de activar las vías necesarias de protección, de tal manera que los derechos no queden opacos ante tales lesiones. Es aquí donde surge este nuevo artículo destinado a proteger hechos que hasta la actual regulación quedaban impunes por su atipicidad.

A lo largo del trabajo veremos cómo se plantean algunas particularidades, presentes con anterioridad a la nueva regulación, como es ¿compartir intimidad es sinónimo de

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

renuncia? ¿Estamos ante una laguna legal o no es necesario un cambio de legislación? ¿El concepto de *sexting* es una denominación adecuada de este nuevo delito o se ha quedado obsoleta? En adelante, intentaremos aclarar estas y otras cuestiones, comenzando con delimitar el objeto del trabajo y las precisiones terminológicas del delito.

2. Delimitación del objeto de estudio y precisiones terminológicas

El concepto “*sexting*” se presenta en la sociedad en general como un “*intercambio de mensajes, imágenes o grabaciones audiovisuales, con tu pareja o tercera persona*” aunque este concepto base se ha perfilado con el tiempo. Así, podemos ver cómo en un primer momento se entendía como un intercambio de tal contenido, pero realizado entre jóvenes, y no tanto entre adultos. Por ello, el concepto se entendía como una práctica propia de la generación más joven. Sin embargo, se trata de una práctica que no distingue entre generaciones². Al mismo tiempo, observamos que el concepto social se presenta como el intercambio de contenido, previamente elaborado por un sujeto pasivo (voluntariamente) que lo comparte con otro, siendo así, que lo común sea que el sujeto activo ni siquiera participe en la elaboración, pero que al recibirlo lo difunda.

Se refleja en el artículo 197.7 del Código Penal que establece como hecho punible “*la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con anuencia previa de la víctima, que menoscaben gravemente su intimidad*”, este es el llamado “*sexting*”. Partiendo de este concepto, debemos hacer mención a una serie de aclaraciones con el fin de delimitar desde un primer momento la denominación que considero más correcta respecto de este delito.

La palabra *sexting* es un neologismo tomado de la lengua inglesa compuesto por las voces inglesas “*sex*” y “*texting*”. Etimológicamente se trata de un anglicismo que se refiere al envío de mensajes sexuales (eróticos) por medio de teléfonos móviles. Sin embargo, como concepto, no aparece recogido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española.

² FERNÁNDEZ OLMO I., *El sexting y otros delitos cometidos con teléfonos móviles*, exposición de datos recogidos en 2015, Fiscalía de Málaga.

Desde esta perspectiva podemos observar como el concepto se encuentra desfasado, pues hace referencia a la práctica del *chatting* (chatear)³, es decir, envío de mensajes textuales de contenido sexual. Mientras que en la actualidad no solo se mantienen conversaciones de texto, sino que se emplea el envío de imágenes, videos, videollamadas y un sinnúmero de alternativas. Por tanto, desde un primer momento, estamos utilizando un concepto desfasado para denominar una práctica social más evolucionada.

Además de ello, debemos hacer una clara delimitación entre la acción penada por el 197.7 y la práctica del (mal denominado) *sexting*. La práctica social del *sexting* no es constitutiva de un tipo penal, pues el intercambio de mensajes, imágenes o videos de contenido erótico entre personas de forma voluntaria de no es constitutivo de delito en España, ni en la mayoría de los países del mundo. Es en un momento temporal posterior, que aparece el hecho punible, cuando, faltando a la confianza del sujeto pasivo (titular de las imágenes y grabaciones) y sin su consentimiento, el sujeto pasivo decide ceder, difundir o revelar el contenido a un tercero. Y está es la acción constitutiva de delito, que analizaremos más adelante.

Por ello, es necesario delimitar una denominación más acorde con el hecho punible, como sería la “*difusión no autorizada de imágenes y grabaciones de contenido erótico*”.

Respecto al contexto social, son muchos los autores que para referir el origen del *sexting*⁴ como práctica habitual, para sus estudios se han basado en el artículo periodístico publicado en el periódico *Sunday Telegraph* en 2005. Desde entonces se ha constatado su existencia en diversos lugares del mundo, con mayor incidencia inicial en los países anglosajones⁵.

Otro estudio que debemos tener como referencia es el publicado en 2009 en *American Life Project del Pew Research Center* donde se reflejaba que, respecto de los adolescentes, se ha extendido la práctica en la que se toman las imágenes como

³Respecto del verbo “chatear”: el Diccionario de la Real academia Española de la Lengua lo define como “Intercambio de mensajes electrónicos a través de internet que permite establecer una conversación entre dos o varias personas”.

⁴ Utilizaremos en este apartado el concepto *sexting*, para poder contextualizar el desarrollo social anterior a la reforma.

⁵ ROBERTS Y., “Following a string of extramarital affairs and several lurid "sexting" episodes, Warne has found himself home alone, with Simone Warne taking their three children and flying the conjugal coop.” en *The One and Only*. 2005, p. 22.

sustitutivos de relaciones sexuales. Y al mismo tiempo se usan como moneda emocional, es decir, que se usa como pago para mantener una relación, entendiendo que es una práctica normalizada en una relación, y que la cesión de este contenido es una parte necesaria de la propia relación⁶.

Por otro lado, el estudio publicado en el periódico El Mundo, de Ángeles López⁷, concluye que al menos el 30% de la sociedad practica *sexting*, y al menos el 57% de adolescentes entre 14 y 18 años ha enviado alguna vez una foto desnudo/a a su pareja en 2012. Tal vez la normalización⁸ de esta práctica es lo que ha hecho que la sociedad en general esté más abierta con su pareja sobre esa parte de su intimidad y le permita el acceso a ella.

El Derecho ha tratado de dar respuesta a los posibles delitos que atentan contra la intimidad, imagen u honor. Como hemos anticipado, la comisión de delitos con el empleo de dispositivos tecnológicos puede producir atentados que vulneran gravemente la intimidad de las personas.

Partiendo de las apreciaciones sobre el concepto *sexting* y su evolución, analizaremos a continuación el tratamiento previo a su incorporación al Código penal, y posteriormente la delimitación de la acción.

3. Tratamiento del objeto de estudio antes de antes de la incorporación al Código Penal

En las primeras apariciones de la difusión no consentida de imágenes y grabaciones audiovisuales de carácter sexual, la jurisprudencia no daba una respuesta exacta, pues se trataba de una conducta atípica, por ello, nos planteamos ¿era necesario un cambio legislativo ante esta atipicidad?

⁶ <https://sexting.wordpress.com/2009/12/16/sexting-en-eeuu-al-menos-el-15-de-los-chavales-lo-reciben/>

⁷ <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/07/02/noticias/1341250023.html>

⁸ Sin embargo, la misma es tan habitual como peligrosa, y en respuesta, para evitar el riesgo de difusión masiva de las imágenes, están apareciendo en el mercado aplicaciones como la conocida *snapchat*, que pretende garantizar que la imagen no será difundida por el receptor. El sistema establece un tiempo de duración máxima de la imagen en el dispositivo que la recibe sin permitir su almacenamiento. Sin embargo, lo cierto es que a parte de los fallos de seguridad en los que puede caer la propia aplicación, en cinco segundos es posible realizar una captura de pantalla que permita almacenar la imagen, por lo que la seguridad no está garantizada. Ni en esta, ni en ninguna aplicación que hasta ahora se haya creado.

Esta atipicidad se reflejaba en la jurisprudencia mediante pronunciamientos absolutorios y la remisión a la vía civil (a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de marzo). Así, por ejemplo, la Sentencia Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014, que revocó la sentencia de primera instancia y absolvió, por atipicidad, al menor que difundió mediante su móvil una foto en la que se encontraba desnuda la menor que previamente se la había enviado por *WhatsApp*. La misma Sección, en la sentencia de 18 de septiembre de 2014, confirmó igualmente la absolución del acusado que había difundido por *e-mail* los encuentros cibersexuales mantenidos con el denunciante, mediante *Skype*.

En otras ocasiones se condenó por delito de injurias con publicidad a la persona que divulgó la grabación consentida de una relación sexual, no considerándose una vulneración a la intimidad al existir consentimiento de la afectada para la grabación, divulgándose ésta, meses después, sin su autorización (SAP Lleida, 45/2014, 25 de febrero de 2004).

Como consecuencia de la falta de regulación de estas conductas, se prevé en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de, del Código penal, que da nacimiento a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Es en su artículo único, donde se prevé la modificación del artículo 197, dando cabida al apartado número siete en su actual redacción.

Una cuestión fundamental que nos ayudará a entender por qué el cambio en la regulación y la necesidad de un tipo respecto de este supuesto de hecho es la interpretación dada por el Tribunal Supremo sobre la intimidad compartida. Así afirmó que una de las bases determinantes, y de las que carecía el articulado del Código penal en su regulación anterior, es la distinción entre *consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas* y *la de consentir su realización para difundirla*, y así ha sido entendido por la doctrina mayoritaria dado que la intimidad compartida no conlleva la pérdida de la intimidad personal en aras de la otra parte (SSTS 1219/2004, de 10 de diciembre, y 569/2013, de 26 de junio).

Sería el denominado Caso Hormigos, el determinante a la hora de iniciar el debate legislativo que se sucedió hasta llegar al actual artículo 197.7 del C.P.

El inicio del procedimiento tuvo su origen en una denuncia mediante atestado de la Guardia Civil de Los Yébenes (Toledo), presentándose a continuación denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Orgaz, por la presunta comisión de un delito de injuria. Los hechos alegados consistían en la publicación en un foro de un video de carácter sexual en el que aparecía la ofendida, y en la misma denuncia identificaba a los presuntos responsables.

No obstante, el Ministerio Fiscal consideró oportuno 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. Nos encontrábamos en este momento con un caso particular, pues se solicitaba una condena respecto de unos hechos que no estaban tipificados, pero que, sin embargo, eran de suficiente entidad como para su posible sumisión en otro supuesto de hecho.

La Juez consideró que en este caso concurría un elemento fundamental para determinar la posible tipicidad de los hechos que se denunciaban como delito contra la intimidad tipificado en el artículo 197 del Código Penal. No obstante, con la declaración de la ofendida que manifestó haber elaborado de forma voluntaria un vídeo erótico y el haber enviado al acusado el mismo. Por tanto, se presentaba la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante, que determinó que el hecho no se pudiera subsumir en el supuesto de hecho del artículo 197.1 del C.P, al interpretarse por la mayoría de la doctrina (hasta este momento) que no se protege una intimidad que la propia víctima ha expuesto.

Y esta interpretación es la mantenida por la Juez en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Orgaz, de 15 de marzo de 2013, el cual dictaminaba 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. Con posterioridad, la afectada decidió recurrir el auto del Juez, por recurso de reforma ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orgaz que ha dictado el archivo provisional, y si éste no prospera

lo hará en apelación ante la Audiencia Provincial de Toledo. Sin embargo, considero que no sería correcto realizar una interpretación retroactiva de la ley *in malam partem*.

4. Análisis jurídico del delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales de terceros de carácter sexual

4.1 El bien jurídico protegido

La *intimidad*⁹ es el bien jurídico protegido en el delito del 197.7 del Código Penal.

Ello se ve reflejado, en primer lugar, en el Capítulo I, que lleva por rúbrica “*del descubrimiento y revelación de secretos*”, situado en el Título X, dedicado a los “*delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*”. En segundo lugar, el propio párrafo del artículo 197.7 que describe el delito como la difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales “*cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*”. Esta intimidad del artículo es el bien jurídico vulnerado.

Y en último lugar, en opinión de la Doctrina jurídica mayoritaria (MUÑOZ CONDE, ROMEO CASABONA, MARTÍNEZ OTERO, entre otros) el derecho a la intimidad, como bien jurídico protegido de este delito, se compone de dos perspectivas “*una primera aproximación, destaca en la intimidad un aspecto negativo, una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos*”¹⁰. Y una segunda, la importante a este respecto “*se concibe la intimidad como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular*”¹¹. No existe a este respecto discusión doctrinal, pues la mayoría

⁹El Tribunal Constitucional, junto con la doctrina española, ha declarado reiteradamente que el derecho a la intimidad personal «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida» (SSTC 231/1988; 197/1991; 134/1999).

¹⁰MUÑOZ CONDE F. 2015, *Manuales de Derecho Penal*, editorial Tirant Lo Blanch, 20ª ed., 2016.

¹¹ *Idem*

de la doctrina entiende que el bien jurídico protegido en este delito es la intimidad en este concepto amplio¹².

Debemos tener en cuenta que la doctrina entiende que existe un bien jurídico especial e independiente de la intimidad respecto de los delitos informáticos y aquellos que atentan contra la información clasificada o no en bases de datos. Es el denominado “*derecho a la autodeterminación informativa*”¹³. Este derecho ha sido considerado por muchos autores como un derecho de tutela de la propia identidad informática, como el derecho a controlar, conocer, corregir los datos personales introducidos en el ámbito virtual (entre ellos, JIMENEZ ESCOBAR Y MAURILLO DE LA CUEVA). Lo que se ha denominado como “*autodeterminación informativa, habeas data*”¹⁴. Pero hemos de aclarar que este no es el bien jurídico protegido en el delito del 197.7 del Código Penal.

En lo referente al bien jurídico objeto de estudio, cuando el precepto del artículo 197.7 del Código Penal determina que se penaliza la difusión no autorizada de grabaciones o imágenes *que vulneran gravemente la intimidad de las personas*, entiende que la gravedad de dicha vulneración debe ser suficiente para conllevar una consecuencia penal. Sin embargo, ¿la difusión de una imagen de carácter sexual vulnera únicamente la intimidad?, y por otro lado ¿cómo determinamos que es o no “*una grave vulneración*”?

No cabe ninguna duda al entender que el derecho fundamental vulnerado es la intimidad de la persona, si bien, atendiendo al desarrollo propio del precepto del delito (del 197.7 C.P.), se vulneran, desde mi punto de vista, otros derechos fundamentales, personales y con entidad propia, que se constituyen separadamente de la intimidad como

¹² Lo que se refleja en la libertad de cada individuo de determinar su autorrealización y libre desarrollo y con ello, la facultad negativa o de exclusión que confiere el derecho a la intimidad, en el art. 18.1 CE, “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”, y así ha sido reflejado por el Tribunal constitucional en su sentencias, (STC 190/2013, de 18 de noviembre, STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21, STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, entre otras).

¹³ DOVAL PAIS A. y ANARTE BORRALLA E., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen e inviolabilidad del domicilio. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, en BOIX REIG J. (coord.), *Derecho Penal, Parte Especial, volumen I "la protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, 2º ed., Iustel, 2016.

¹⁴ ETXEBERRIA GURIDI, J. F. “Protección de datos de carácter personal en el ámbito de una investigación penal”. En *Derecho a la autodeterminación informática*, Agencia de Protección de datos, 1998.

son: el derecho a la imagen propia y el derecho al honor¹⁵. Se trataría entonces de un delito *pluriofensivo*¹⁶, por afectar el hecho punible a más de un bien jurídico protegido. Para entender más aún por qué considero que se vulneran estos derechos debemos reflexionar acerca del concepto y ámbito de los mismos.

En primer lugar, definimos como Derecho al honor desde un punto de vista objetivo¹⁷ como “*la reputación o la consideración que los demás tienen de uno*”, por tanto se distingue un aspecto inmanente y otro trascendente del honor: el primero consiste en la estima que cada persona tiene de sí misma; el segundo, por su parte, radica en el reconocimiento de los demás de nuestra dignidad (STS de 23 de marzo de 1987).

Por su parte, el derecho a la propia imagen salvaguarda la proyección exterior de dicha imagen como medio de evitar injerencias no deseadas (STC 139/2001, de 18 de junio), de velar por una determinada imagen externa (STC 156/2001, de 2 de julio) o de preservar nuestra imagen pública (STC 81/2001, de 26 de marzo). Junto a ello vemos como la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la imagen propia otorga a los individuos a facultad de decidir acerca de la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por parte de terceros, pues parte del carácter personalísimo de la intimidad, por lo que solo permite la disponibilidad de dicho bien jurídico por su titular, en la forma en que considere o por quién considere.

No obstante, CASTIÑEIRA PALOU aclara que “*a pesar de que la rúbrica del Título X del Libro II del Código penal parece indicar que en él se tipifican tres grupos de delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio- dicho Título contiene en realidad sólo dos clases de infracciones, ya que no contempla ninguna figura*

¹⁵Estos derechos, recogidos en nuestra Constitución Española en el artículo 18 tienen un elemento común, la dignidad. Es el elemento esencial que determina la cualidad de ser humano, titular de todos los derechos fundamentales y humanos por la propia condición de serlo, El propio TJUE determina que “en el ámbito del Derecho, la dignidad humana será un fundamento de la ética pública de la modernidad, siendo el *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que se derivan de esos valores”.

¹⁶Por ejemplo, un hurto es un delito que afecta únicamente a la propiedad, mientras que un robo, al exigir la violencia, puede afectar también a la integridad física de las víctimas.

¹⁷La interpretación subjetiva del mismo consiste en la percepción que tenemos de nosotros mismos en relación con nuestra propia conciencia.

delictiva que atente contra la propia imagen”¹⁸. Si bien, al igual que partimos de dicha rubrica para entender que el bien jurídico protegido es la intimidad, podemos entender que al establecer “*delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen...*”, hace mención a la posible vulneración de este bien jurídico, a partir de los delitos que se exponen a continuación, por lo que podría ser que el legislador ha decidido regular un posible delito que afecta a este bien jurídico, es decir, a la imagen, y ese sería el nuevo artículo del 197.7. Hemos de tener en cuenta que dado nuestros avances en la sociedad, los nuevos tipos delictivos que surgen afectan a elementos o bienes jurídicos que con anterioridad no se planteaban, o que simplemente se dirimían por la vía civil.

Respecto al derecho a la propia imagen como bien jurídico, la mayor parte de los autores no reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la intimidad, entendiendo, como es el caso de VALEIJE ALVAREZ¹⁹ que “*el derecho a la imagen se encuentra abarcado en la expresión amplia de intimidad constituyendo una faceta del mismo (...) y solo en el caso de que el contenido de las imágenes captadas y posteriormente difundidas resulten denigratorias, dañinas para el prestigio o invasoras de la privacidad, y hayan sido realizadas sin consentimiento, tales efectos han de enjuiciarse desde el punto de vista del derecho al honor o del derecho a la intimidad*”.

En el caso del derecho al honor, la doctrina en general ha entendido que el tipo de lo injusto del art 197.7 ya abarca suficientemente la gravedad del hecho, sin que sea necesario hacer mención expresa al honor.

Si bien, es de destacar, que antes de la nueva regulación, y a la vista de la gravedad del tal hecho (ahora punible), surgieron respuestas, como la propuesta de PUENTE ABA²⁰, quién aún cuando no consideraba que la difusión de imágenes, que son

¹⁸CASTIÑEIRA PALOU M^a.T. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVIA SÁNCHEZ, J.M^a (Coord.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, 3^a ed., Atelier, 2011, p. 141.

¹⁹VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1882-1883.

²⁰PUENTE ABA, L.M^a., “Difusión de imágenes ajenas en internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E. (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1544 y 1547.

previamente captadas de forma voluntaria, constituyesen un atentado a la intimidad, si considera la autora citada que “*sería admisible considerar que en esos casos puede llegar a verificarse un delito contra el honor*”, al entender que la honra del sujeto pasivo se encontraba dañada por dicho acto.

Con ello, a la luz de la jurisprudencia expuesta y de las referencias doctrinales podemos considerar que únicamente se entiende como bien jurídico protegido frente a este tipo de delitos a la intimidad, sin que exista en la regulación penal respecto de delitos que atenten en exclusiva a la imagen.

Por contrario a lo expuesto, y en mi opinión, no considero adecuado determinar el bien jurídico de la intimidad como el único afectado, que abarque la totalidad de la gravedad del hecho, pues se dejaría de reflejar una vulneración material respecto de las víctimas de estos delitos, quienes manifiestan en ocasiones que su imagen y honor se ha visto dañado en su círculo social. Como ha manifestado la educadora social VAGACE DURÁN B²¹., este tipo de delitos suele generar una baja autoestima, exclusión social e incluso *cyberbullying*, en el caso de adolescentes. Por ello considero que debemos reflexionar respecto de que la víctima no solo percibe una pérdida de intimidad, percibe una pérdida de su imagen y honor público.

A mismo tiempo, entiendo que el carácter íntimo de las imágenes determinará que la exposición de las mismas muestre una faceta de la vida privada que va más allá del mero desarrollo de la vida personal y familiar, de lo cotidiano de la vida (como puede ocurrir con imágenes del interior de una vivienda familiar mientras las personas de la familia interactúan entre ellos). Pues aún cuando, expuestas al público, dichas imágenes pueden generar una vulneración de la intimidad, no generan un perjuicio tal, que vulnere la honra e imagen de una persona.

Sin embargo, la imagen de una persona practicando onanismo, expuesta dicha imagen ante la sociedad en general (una sociedad a la que aún le queda un largo camino por recorrer en cuestiones como la sexualidad, y demás facetas de nuestra vida *más*

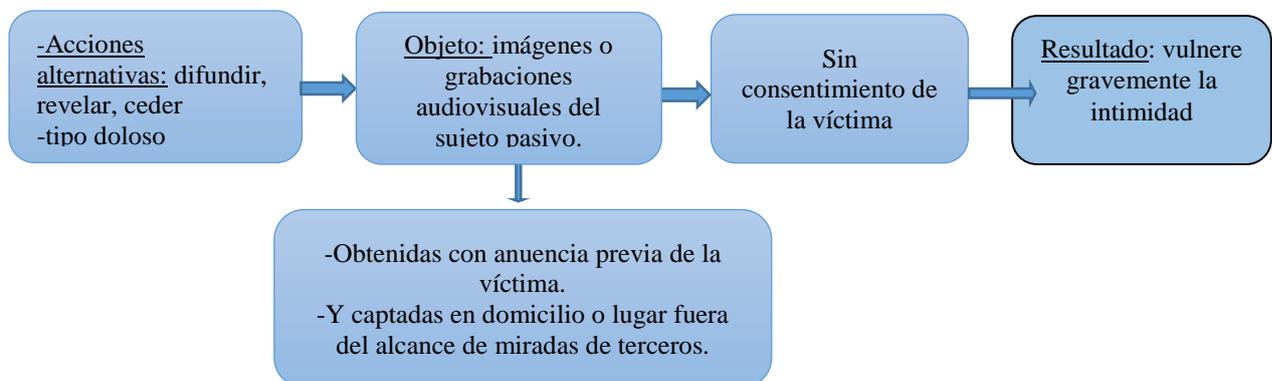
²¹VAGACE DURÁN B., *Análisis de las conductas de sexting que afectan a la convivencia en las aulas de segundo ciclo de ESO*, Universidad Internacional de La Rioja. 2013, p.16.
[lhttp://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/1547/2013_02_5_TFM_ESTUDIO_DEL_TRABAJO](http://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/1547/2013_02_5_TFM_ESTUDIO_DEL_TRABAJO).

privada), generarían un grave perjuicio, que va más allá de la intimidad. En consecuencia, entiendo que el delito no solo vulnera la intimidad, sino también la imagen y el honor, por lo que sí constituye un delito *pluriofensivo*.

Y una vez comentado el bien jurídico protegido, haremos un análisis del tipo básico en el que se incluye la acción penal, y a continuación, analizaremos los tipos agravados.

4.2 Tipo básico

El artículo 197.7 establece “...*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*”. Con la lectura del artículo podemos ver que se trata de un delito común, de resultado material y un delito de lesión.



4.2.1 Difundir, revelar, ceder

El momento de nacimiento de la acción penal se produce cuando el sujeto activo desvela la imagen o grabación a terceros. La conducta consistirá en difundir, revelar o ceder, siendo un tipo mixto alternativo, puesto que las exigencias típicas quedarán colmadas si el sujeto difunde, revela o cede a terceros.

En atención a cada conducta, parece tener una mayor potencialidad lesiva la primera, consistente en la difusión por parte del sujeto activo a terceros. Es el propio sujeto que ha tomado o ha recibido directamente de la víctima la imagen o la grabación audiovisual quién divulga o propaga a un número indeterminado de personas. El Diccionario de la Real Academia de la lengua española define la palabra *difundir* como “*propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, etc.*”.

La revelación²², por su parte, exige que el sujeto enseñe o muestre a terceros la fotografía o grabación, finalmente también quedarán colmadas las exigencias típicas en los supuestos en que el autor ceda²³ a terceros las imágenes.

Entiende COLÁS TURÉGANO que, en estos dos últimos casos, “*si bien no parecen tener la potencialidad lesiva de la primera conducta, en tanto el sujeto activo no pierde el control sobre las propias imágenes o grabaciones descubiertas o cedidas se presenta la capacidad ofensiva para el bien jurídico*”²⁴.

En la interpretación de los autores DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, la cesión supone el traspaso (individualizado o no) y la divulgación la propagación (revelación abierta y pública), mientras que, en sentido estricto, la revelación equivale al descubrimiento (muestra) a otro/os, por lo que abarcaría formas de transferencia más o menos pública, telemática o no, de las imágenes obtenidas. Por lo tanto, cualquier tipo de revelación sería punible; aunque siempre que las efectúe la persona que obtuvo o recibió la imagen y no otros que la obtuvieron de éste²⁵.

En lo referente a la realización de la acción podemos considerar que en el supuesto de hecho existen dos tipos de acciones, una primera acción, no constitutiva de delito, la realización de *sexting*, propiamente dicho. Y una segunda, la difusión no consentida, que sí es constitutiva de delito.

²²Del lat. *revelāre*. 1. tr. Descubrir o manifestar lo ignorado o secreto.

²³El verbo “ceder” deriva del latín *cedere*: 1. *vr* Dar, dejar o transferir voluntariamente una cosa o un derecho a otro.

²⁴RAMOS VÁZQUEZ J. A., Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2º ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 639.

²⁵DOVAL PAIS A. y ANARTE BORRALLO E., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen e inviolabilidad del domicilio. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, en BOIX REIG J. (coord.), *Derecho Penal, Parte Especial, volumen I "la protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, 2º ed., Iustel, 2016.

En lo referente al elemento subjetivo²⁶, se trata de una conducta que sólo admite la incriminación a título de dolo, excluyéndose la posibilidad de comisión imprudente (art. 12 del CP). Será preciso que el sujeto activo lleve a cabo la conducta típica con conocimiento y voluntad de divulgar así como el conjunto de elementos objetivos del tipo, y se entiende también que aquél ha de actuar con la finalidad de vulnerar la intimidad de otro²⁷. Por tanto, debe ser consiente tanto del no consentimiento de la cesión de las imágenes o vídeos como del grave daño a la intimidad de la víctima.

A este respecto, hemos de tener en cuenta que, el sujeto activo sólo realiza una acción, por lo que atendiendo a la diferencia entre difusión, cesión o revelación, en el caso de que sólo realice la revelación o cesión, y el tercero receptor realice la difusión, el resultado de la acción típica solo abarca esta cesión, por lo que el artículo al determinar que se atiende a la “gravedad del atentado”, solo se atiende a la intensidad de la realización por parte del sujeto activo, sin tener en cuenta la gravedad en la difusión (del tercero).

Por otra parte debemos plantearnos la posibilidad de un dolo eventual, pues si se entiende por la generalidad de la doctrina que sólo por dolo puede darse este delito, también podría serlo en su grado más atenuada.

Es mi opinión que, dado que el dolo eventual también representa este tipo de elemento subjetivo. De tal manera que el sujeto es consciente del posible resultado, aunque remoto, por lo que procede a realizar la acción. Como hemos planteado, la difusión puede presentar un carácter más lesivo, por la amplitud indeterminada de destinatarios, sin embargo, en el caso que cesión o revelación, el sujeto puede plantearse la posibilidad del resultado, por ejemplo, que envíe la imagen a un tercero, (con la intención de torturar a la víctima) pero con la intención de no enviarla realmente, pero que sin embargo, si se llegue a enviar el mensaje. Podría apreciarse en este supuesto un

²⁶Lo mismo ocurre con el resto de delitos reflejados en el artículo 197, la modalidad básica de los delitos contra la libertad informática, prevista por el art. 197.2 del CP, admite sólo la incriminación a título de dolo, excluyéndose la posibilidad de comisión imprudente (cfr. art. 12 del CP).

²⁷JORGE BARREIRO A., *El Delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995. Un análisis del artículo 197*, Revista jurídica de universidad autónoma de Madrid, 2016, nº 6703.

posible dolo eventual, pues el sujeto se plantea la posibilidad remota de que el mensaje si llegue a enviarse, en consecuencia, se consumirá el tipo.

4.2.2 Imágenes y grabaciones audiovisuales

Respecto de las imágenes y grabaciones audiovisuales, vemos como el análisis a este respecto es más técnico. Y no presenta discusión doctrinal en general.

Encontramos también definiciones en la jurisprudencia reciente. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014 lo define como “*el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre*”. Esta es la interpretación que entendemos más correcta, y a partir de aquí debemos analizar casos particulares.

En opinión del autor CAMARENA GRAU²⁸ a la vista de la redacción típica lo determinante es la imagen, no el sonido. Así entraría una captura de pantalla cuando lo que se capta es una imagen íntima, pero no una captura de una conversación erótica. Por ello nos encontramos con una conducta que podrá ser subsumida en este artículo cuando se trate de imágenes (acompañadas o no de sonido), pero no cuando se trate exclusivamente de sonido (supuestos de grabación de nota de voz), incluyendo todos los supuestos en los que se reproduzca la imagen con o sin movimiento, o con o sin sonido de carácter sexual de una persona. Las conductas deberán afectar al núcleo duro de la intimidad, de modo que lo determinante será el contenido y no el formato.

Por otra parte, si no se trata de una «grabación audiovisual», sino, por ejemplo, de una carta en la que se describe una relación amorosa compartida, la divulgación por el que la recibe y participó en esa relación no entra en este supuesto. Tampoco entrarían grabaciones de voz, que no sean visuales, dibujos, los pantallazos de conversaciones de *WhatsApp*, etc. y así lo entiende MUÑOZ CONDE.

La interpretación restringida respecto de los soportes técnicos de difusión, podemos considerar que parte de un ejercicio política criminal de intervención mínima. De tal

²⁸CAMARENA GRAU S., en QUINTERO OLIVARES G. (coord.), *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, Thomson Reuters, 2016, pp. 167- 168

manera que el legislador ha decidido sancionar por la vía penal sólo aquellos actos relacionados con la intimidad de carácter más grave. Ello mantiene relación en el hecho de que la imagen es un aspecto difícilmente irrefutable, de modo que una vez publicada, y difundida de forma constante, difícilmente se elimina del sistema, y más difícil aún argumentar hecho en contra, alegando no ser la persona que aparece en la imagen. Por el contrario, respecto de un dibujo, una nota de voz o una carta erótica, es más fácil desmentir su autoría.

Frente a la opinión mayoritaria, destaca la dada por CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA I CUADRAS, al entender que las imágenes no tienen por qué ser necesariamente de carácter sexual²⁹, sino que sean de carácter íntimo. A este respecto, vemos como la doctrina mayoritaria (ROMEO CASABONA, entre otros), entiende que por íntimo se refiere el precepto al carácter sexual, dado que el resto de aspectos de la vida privada considerados íntimos, han de juzgarse por la vía civil.

a) Lugar de captación de la imagen

En lo que se refiere al lugar, el artículo entiende que debe captarse o cederse la imagen en “*un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*”.

En general entendemos que respecto de estos supuestos, el art. 197.7 hace referencia a las imágenes obtenidas normalmente en un lugar privado (domicilio), o con la clara intención de guardarse de la mirada de terceros, y de ahí su carácter íntimo. Sin embargo, no es clara la intención del legislador al determinar el lugar de captación.

Con una primera lectura al artículo, entiendo que el mismo descarta toda imagen o videograbación tomadas en lugares públicos a la vista de cualquier persona, bien porque no es necesario la cobertura del cuerpo (supuestos de topless en la playa) o bien porque de la propia actuación del sujeto pasivo se interpreta que es *consciente* que está siendo

²⁹ CASTIÑEIRA PALOU M^o. T. y ESTRADA I CUADRAS A., en SILVA SÁNCHEZ J.M^o. (Coord.), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 4^o ed., Atelier, 2015, pp. 162 -163.

captado en situaciones comprometidas (mantener relaciones sexuales en un parque público).

A estos efectos debemos determinar que se considera domicilio. El Tribunal Constitucional define el domicilio como un *“espacio en el cuál el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, de modo que no es solo objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”* (Sentencia del Tribunal Supremo, 22/84, de 17 de febrero).

Tampoco constituyen domicilio y así lo ha declarado el Tribunal Supremo, respecto a la casa abandonada (STS de 31 de enero de 1995); los garajes (STS de 22 de noviembre de 1994); la taquilla de dormitorio de un hotel (STS de 22 de enero de 1995), un trastero o zulo (STS de 3 de julio 1993); o un bar, local comercial, ascensores, etc. Pero sí que constituyen lugares fuera de la mirada de terceros (siempre que efectivamente no haya terceros presentes o el sujeto no sea consciente de ellos).

Como lugar fuera de la mirada de terceros, se podría pensar en un coche aparcado en cualquier descampado. Se ha entendido en ocasiones, que el vehículo propio puede considerarse a los efectos del domicilio privado de una persona, por lo que la captación de esas imágenes o vídeos de un momento íntimo de dos personas y su difusión, serían constitutivo del tipo. No obstante, ello solo se produce cuando el vehículo constituya el lugar de desarrollo de la vida privada, y no cuando se utilice propiamente como medio de transporte, por consiguiente no es un domicilio, pero si responde al término de lugar apartado de mirada de terceros. No ocurre lo mismo respecto de una caravana, dado que claramente es un domicilio con ruedas.

El precepto deja fuera otros supuestos en los que las imágenes o grabaciones son obtenidas en lugares característicos, pero que sin embargo no son domicilio o no están exactamente fuera del alcance de la mirada de terceros. Entendemos que existe una clara laguna respecto de algunos supuestos.

A este respecto, considero que en la actualidad es más frecuente que las parejas realicen actos sexuales en lugares públicos. Sin embargo, los actos son realizados en lugares estratégicos, buscando en cierta medida, intimidad. La difusión de vídeos o imágenes no sería sancionable a este respecto, pues podría considerarse que las personas

implicadas no están siendo diligentes en la protección de su intimidad. Si bien, ¿no lo estarían siendo al buscar lugares nada frecuentados?, ¿en qué consiste entonces el término “fuera del alcance de mirada de terceros”? Como reflejan las palabras de MUÑOZ CONDE *“en la expresión «o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros» se pueden incluir las relaciones íntimas mantenidas en un lugar público, aunque al abrigo de la mirada de terceros, por ejemplo, en un lugar apartado de un parque público”*.

Otro supuesto son los casos en lo que las parejas acuden a un club de intercambio de parejas o de sexo en grupo. Las grabaciones e imágenes obtenidas con autorización en estos lugares y que luego son difundidas, ¿entran dentro de la protección del 197.7 del Código Penal? En mi opinión sí, pues aunque otra persona presente en ese momento en el club que capta la imagen de otra persona (sujeto pasivo), este sujeto activo que toma la imagen entiende que el sujeto pasivo pretende resguardar su intimidad respecto de las personas que no están presentes en ese local y por ello, la persona que es captada está permitiendo una intrusión limitada a ese momento. Debemos recordar que estos clubs son lugares privados, y es un caso de intimidad compartida. Lo determinante es que en estos casos, aún cuando hayan más personas presentes, existe una clara intención de resguardarse de miradas ajenas; el propio hecho de que se acuda a estos club, es un elemento propiamente subjetivo, pues se entiende que el secretismo o privacidad que se pretende es el propio de no revelación de las imágenes o grabaciones que se puedan obtener. A ello se suma, la propia normativa de los clubs, que prohíbe la revelación de hechos producidos en su interior.

Respecto a la presencia de terceros, entendemos que si se obtienen en un domicilio da igual que existan terceros en ese instante pues es otro supuesto de intimidad compartida (SSTS 1219/2004, de 10 de diciembre, y 569/2013, de 26 de junio). No obstante, si se obtienen las imágenes (fuera del alcance de la mirada de terceros), en el que los terceros están presentes, resultará que, aunque las imágenes se difundan por las redes sociales, el hecho no será punible. Ello se deduce del tenor literal del precepto que exige que sea fuera de miradas de terceros.

A este respecto, entiende MAGRO SERVET, que *“legislador ha querido entender es que si existen personas presentes en el acto se considera que no se vulnera la intimidad*

si se difunden estas imágenes, lo que resulta absurdo, por lo que la introducción de esta referencia a los terceros complica el arco de protección de las víctimas en estos casos, ya que como las imágenes se obtuvieron con su consentimiento o autorización no podrían protegerse por la vía del art. 197.1 y 4 CP, ni tampoco por la del art. 197.7 CP con esta reforma”, opinión que yo comparto a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la intimidad compartida.

Y más aún, cuando entiendo que el mismo derecho de intimidad tienen las víctimas que graban esas imágenes, con presencia de terceros o sin ellos, a que esas imágenes no se difundan, ya que la intimidad compartida, como entiende la jurisprudencia del TS, no significa la renuncia de la víctima a la misma. Consentir mantener relaciones sexuales con una o más personas, no conlleva una clara declaración de pretender la renuncia a la intimidad (siendo este un derecho fundamental, al que no se puede renunciar salvo casos excepcionales, no siendo éste uno de ellos) ejemplo de ello es la sentencia Tribunal Supremo, 569/2013, de 26 de junio del 2013.

El mismo carácter presenta en el supuesto mencionado anteriormente sobre los clubs de intercambio de sexo. Claramente, todas las personas presentes quieren resguardar su intimidad, con independencia del número de presentes, pues es claro que queda implícito el deseo de no revelar la información del acto, salvo pacto entre las partes de difundir el contenido. En mi opinión, parto de la interpretación del Derecho al honor, que determina que se debe proteger la perspectiva que presenta una persona tanto de sí misma, al igual que la que tengan de ella el conjunto de ciudadanos, y en este segundo caso que entiendo que la sociedad en general no “*ve con buenos ojos*” este tipo de actos y, en consecuencia, y salvo pacto en contra, el sujeto pasivo no renuncia a su intimidad.

En general, entiendo MAGRO SERVET que lo importante “*no es tanto el lugar donde se hayan captado las imágenes, ya que resulta irrelevante a los efectos penales el lugar, porque lo sancionable es la difusión de esas imágenes privadas*”, dado que si el carácter de las mismas se desprende que son íntimas, su difusión es sancionable. Y ello teniendo en cuenta que no haya un pacto con la intención de revelarlas, o la simple disposición de la víctima a que sean reveladas. Lo que además conlleva que esa intención o pacto deban ser demostrados.

b) Imagen captada o cedida con su anuencia

Entendemos que lo determinante es la presencia de la anuencia por parte del sujeto pasivo, pues de lo contrario sería constitutivo de delito del artículo 197.1 C.P. La anuencia ha sido definida por la Real Academia de la Lengua Española como equivalente a consentimiento y es la acción y efecto de consentir, y consentir significa *permitir algo o condescender en que se haga*. La anuencia como característica determinante no presenta ninguna discusión doctrinal, la totalidad de los autores entienden la anuencia en el sentido del “consentimiento”, entre ellos MUÑOZ CONDE Y MAGRO SERVET. Por tanto, debe haber consentimiento de la víctima bien en ceder la imagen al sujeto activo, bien en permitir que la imagen sea tomada, en las circunstancias siguientes. Y en todo caso, el consentimiento de la víctima en la difusión o cesión, excluye el tipo.

La principal discusión doctrinal es la delimitación del ámbito del injusto penalmente relevante, a él debemos referirnos para delimitar qué tipo de acción es punible, y en consecuencia, qué tipo de difusión, revelación o cesión de imágenes a terceros es relevante para el derecho penal. Vemos como el OJ no sanciona sino aquello expresamente tipificado. En este sentido y en relación al art 197.7 del Código Penal, debemos delimitar la acción penal.

Según se desprende de este artículo, se castiga a “...*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*”.

Partiendo del propio artículo, debemos determinar cómo ha de interpretarse el mismo. En principio existen dos principales interpretaciones, una amplia y otra restringida:

La generalidad de la jurisprudencia entiende que el supuesto de hecho comprende toda acción en el que el sujeto activo tiene a su disposición imágenes o grabaciones audiovisuales de la víctima, obtenidas previamente con su anuencia y cedidas a continuación a terceros sin su autorización. E independientemente del modo en que el sujeto activo las adquiere, siempre que haya prestado su consentimiento respecto a su

posesión. Por lo que abarca tanto los supuestos en los que la víctima envía ese contenido audiovisual al sujeto activo, como los supuestos en los que aquel saca la foto o video; o incluso aquellos en los que él mismo sujeto activo aparece en el contenido audiovisual.

Esta interpretación es la que se refleja en la doctrina judicial en general y fundamentalmente, la establecida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que se manifiesta en numerosas sentencias como es la Sentencia del Tribunal Supremo, 174/2017, de 21 marzo; Sentencia Tribunal Supremo, 20194/2016, de 3 junio 2016, núm.; Sentencia Tribunal Supremo, 1055/2017, de 23 de marzo del 2017. De las audiencias provinciales: Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, 10/2017, de 14 febrero, del 2017; Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, 488/2016 de 25 noviembre 2017; Y demás órganos jurisdiccionales: Sentencia Juzgado de Menores núm. 0 de Jaén, 200/2016, de 7 noviembre, del 2016.

La interpretación se manifiesta en las sentencias dictadas por los distintos tribunales de la jurisdicción penal. En su sentencia el Tribunal Supremo Sentencia núm. 174/2017, de 21 marzo del 2017, partiendo de los hechos *“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 dicho menor. Se trata del sexting (de sex y texting) o envío de mensajes o fotografías propias por el embaucado, es decir el engañado mediante su inexperiencia sexual”*. Como se manifiesta en la sentencia el supuesto de hecho parte del contacto por vía telemática mantenida por el menor y el acusado, por el que el sujeto activo solicitaba al menor que le enviase este tipo de material, esa situación, de un contexto de *“sexting”* entre los sujetos pasivo y activo, se convierte en un delito del 183.2 ter del Código Penal.

La Audiencia Provincial de Valencia, 488/2016, de 25 noviembre de 2016, condenó por el delito del artículo 197.7 del Código Penal, basados en los hechos siguientes: *“...la víctima remitió varias fotografías íntimas al acusado, el cual, una vez finalizada la relación, envió una de esas fotografías en las que aparecía a la víctima desnuda, a la madre de la víctima por Facebook”*.

De forma similar, la Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra, 10/2017, de 14 febrero del 2017, interpreta el artículo entendiendo como constitutivo del 197.7 el supuesto en el que *“El acusado..., a través de redes sociales como Tuenti, o el programa Skype,...contactó con un total de 45 menores de edades”* en ese contacto, los menores enviaron contenido de imágenes y audiovisual al condenado, en consecuencia en consecuencia se emitió el siguiente fallo: *“debo condenar y condeno por su propia conformidad a ... como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos, 35 delitos de sexting con menores, ...”* por tanto vemos como es el supuesto agravado del segundo párrafo del artículo.

No obstante, esta no es la única interpretación, los tribunales no cierran el abanico de supuestos al interpretar el artículo, como es el hecho de que las imágenes sean tomadas por el sujeto activo. Así en la sentencia del Juzgado de Menores de Jaén de siete de noviembre de 2016, condena a dos menores por vejar a otro menor discapacitado, mediante el siguiente fallo *“...nos encontramos ante un supuesto de interceptación de telecomunicaciones, sino de difusión o revelación a terceros de imágenes, enviadas directamente por la víctima, ... Por ello los hechos tienen encaje en el apartado 7 y no en el apartado 1 de dicho precepto en opinión de esta Juzgadora”*.³⁰

Junto a ello debemos tener en cuenta que la jurisprudencia también admite la existencia de causas de justificación, en algunas de las conductas tipificadas en el art. 197, por ejemplo, el ejercicio legítimo de un derecho como la libertad de información o los derivados de una investigación por razón de delito. No obstante, estos supuestos solo están previstos para los delitos de los relativos a la libre autodeterminación informativa, y no en relación al delito del art. 197.7, pues en ningún caso estaría justificada, o previsto legalmente, la difusión de imágenes que atentan gravemente a la intimidad de la persona.

En este sentido no se considera a la llamada “intimidad compartida” como causa de justificación, y así se manifiesta por la jurisprudencia en sentencias como la Sentencia Tribunal Supremo 1219/2004, de 10 de diciembre, y Sentencia del Tribunal Supremo,

³⁰Si bien, aunque el Juzgado de Menores el conjunto de hechos como constitutivos del art. 197.7, es mi opinión personal, que este supuesto en el que se le toman las imágenes sin su consentimiento, es constitutivo de un delito del art 197.1 del C.P.

569/2013, de 26 de junio. El TS entiende respecto a la posibilidad de utilización como pruebas de estas grabaciones, que “*con mucha mayor razón debe rechazarse la licitud de la grabación y su valor probatorio cuando es realizada por un particular con fines extraprocesales o incluso delictivos*”.

Respecto a la opinión de la Doctrina, podemos apreciar como esta se encuentra dividida. Para un sector doctrinal, el sujeto activo es aquel que ha obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones, con independencia de cómo se produce la cesión del contenido, siempre que exista la previa anuencia. Otro sector doctrinal exige que sea el propio sujeto activo el que haya captado la imagen.

a. Posición mayoritaria

En esta primera perspectiva, los autores establecen una interpretación extensiva.

CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA I CUADRAS³¹ entienden que el delito se enmarca en el contexto del “... *envío voluntario de imágenes propias de contenido sexual a través de sistemas de mensajería o redes sociales telemáticas*...”. Entiendo que lo relevante de la acción es que hubo un envío voluntario, en ámbito de reserva, y una difusión no consentida. Si bien, aunque los autores no hagan mención expresa al supuesto en el que el sujeto activo capta directamente la imagen, ello no quiere decir que quede excluida en su interpretación, pues parten del supuesto general, que no excluye supuestos concretos.

La misma interpretación de estos últimos autores es la seguida por DEL CASO JIMÉNEZ³² entiende que el artículo 197.7 dar respuesta al fenómeno del *sexting*, consistente en fotografiarse en actitud provocativa para enviar las imágenes a alguien de confianza. Si bien, repetimos que no se desprende que se excluya el otro supuesto.

³¹CASTIÑEIRA PALOU M^o. T. y ESTRADA I CUADRAS A., en SILVA SÁNCHEZ J.M^o. (Coord.), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 4^o ed., Atelier, 2015, pp. 162 -163.

³²SÁNCHEZ MELGAR J., “Del descubrimiento y revelación de secretos, en delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio,” *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*. 4^o ed., Sepin, 2016.

En el caso de MAGRO SERVET³³, en su artículo sobre los delitos de *sexting*, entiende que el delito no abarca una sola acción, sino varias acciones posibles, entendiéndose que dentro del tipo entran las dos posibilidades generales, una primera “*la de quién tras haber protagonizado y grabado una relación íntima con un tercero procede a difundir las imágenes de la misma sin el consentimiento de la otra parte. Esta interpretación coincide con la jurisprudencia general que entiende que la intimidad compartida, no significa que el sujeto pasivo renuncie a la misma*”, y una segunda “*la de quién ha recibido las imágenes de la víctima y las difunde sin autorización*”.

En este mismo sentido, el autor COLÁS TURÉGANO³⁴ entiende que el precepto delimita el círculo de posibles autores a aquel o aquellos que efectivamente hayan captado o recibido la imagen directamente de la víctima, bien porque directamente el sujeto activo haya realizado la captura de la fotografía o la grabación audiovisual, bien porque haya sido la propia víctima la que la haya cedido.

Esta última interpretación es la seguida por los autores JUANATEY DORADO C. y DOVAL PAIS, quienes entienden además que es preciso: “*establecer una distinción entre consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas y consentir su realización para difundirla, puesto que es manifiesto que hay un aspecto importante de la intimidad para el que no hay consentimiento*”³⁵.

LUZÓN CUESTA³⁶ también ofrece una interpretación amplia, al entender que es independiente si su captación la ha realizado la misma víctima u otra persona con su consentimiento, incluso otro quien capta la imagen con consentimiento de la víctima, y quien, con consentimiento del sujeto pasivo, la remite al tercero. Este tercero será ahora

³³MAGRO SERVET V., *Los delitos de sexting (197.7) y el stalking (172 ter), en la reforma del Código penal*: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf.

³⁴COLÁS TURÉGANO, A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)”, en GONZALES CUSSAC, J. L. (coord.), en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2º ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 673.

³⁵JUANATEY DORADO C. y DOVAL PAIS A., «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes», en BOIX REIG, J. (coord...), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, p. 163.

³⁶LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de derecho penal, parte especial*, 19º ed., Dykinson. S.L noviembre 2015, pp. 134-135.

sujeto activo al obtener la imagen con consentimiento del sujeto pasivo, pero a continuación realiza el hecho punible al difundir dicha imagen. Siendo que lo determinante es la falta de autorización en la difusión y el consentimiento en la toma u obtención. Ejemplo de ello podría ser el supuesto en que la víctima permite que su pareja comparta imágenes suyas con un tercero con quien pretenden tener relaciones sexuales, y ese tercero difunde las imágenes.

El sentido de esta interpretación podría llevar, en mi opinión, a pensar que se penaliza a quien difunde la imagen o video, cuando la ha recibido por error y siendo en principio un envío voluntario. Si bien, debemos tener en cuenta que para que se penalice el dolo, el autor debe ser consciente de todos los elementos del tipo objetivo, por lo que al no saber cómo fue captada la imagen o si él envío es voluntario o no, no estaría en el tipo penal o podría plantearse el error de tipo.

b. Posición Minoritaria:

La interpretación seguida por algunos autores es la que se aproxima al sentido literal del artículo.

MUÑOZ CONDE³⁷ entiende que *“cuando se trata de la grabación de un acto de la intimidad realizado individualmente, pero transmitido posteriormente a otra persona para que sea sólo ésta la que tenga acceso a la misma (por ej. la autograbación con un móvil de una masturbación mandada luego al amante que la divulgó entre sus amistades), de la actual redacción del apartado 7 no se deduce de un modo claro que este hecho entre dentro de su ámbito, pues parece referirse sólo a casos en los que el que difunde la grabación ha participado también en la misma”*.

Por su parte, ROMEO CASABONA³⁸ entiende que la acción penalmente relevante requiere que el sujeto activo del delito *“haya captado personal y previamente las grabaciones audiovisuales con consentimiento del sujeto pasivo”*, no siendo suficiente

³⁷MUÑOZ CONDE, F. 2015, *Manuales de Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, 20ª ed., 2016

³⁸ROMEO CASABONA, C. M^o. “Delitos contra la intimidad el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coord.), *Derecho Penal Parte especial, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, S.L. Granada, 2016.

por tanto, que las haya grabado el propio sujeto pasivo y las ceda después a otra persona. Por lo que en aquellos casos en lo que el propio sujeto, en medio de una conversación de carácter erótica, cede esas imágenes, la difusión posterior por el sujeto activo, es impune según el 197.7 del C.P.

Y en el mismo sentido, entiende GONZÁLEZ COLLANTES³⁹, atendiendo a la interpretación literal que no incluye el supuesto en el que la víctima cedía previamente la imagen, “*pues sin la misma el precepto queda configurado como un delito especial de propia mano, esto es, que sólo puede ser cometido por aquél que ha obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la víctima*”. La autora en la interpretación del artículo parte de la propuesta de enmienda parlamentaria que se produjo durante el procedimiento de redacción del nuevo artículo.

Respecto a ello, podemos observar que en la publicación realizada el 23 de febrero de 2015 en el Boletín Oficial de Las Cortes Generales, El Senado, el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda en artículo único, donde se propone la modificación del apartado 7 del artículo 197 en la redacción dada al mismo por: «*7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la víctima, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla realizadas por ella o con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad a la que se refiere el apartado 3.*»

Esta enmienda recogía directamente el supuesto en el que la víctima se tomaba la imagen video y luego lo remitía. Basando la justificación de la misma en que debe protegerse la intimidad de la víctima, aún cuando sea ella misma la que comparte el contenido en un ámbito de reserva, debiendo penalizarse la vulneración de esa intimidad, pues la víctima no ha renunciado a ella, la ha cedido a un sujeto particular, en el contexto de una intimidad compartida, que no implica el permiso a cederla libremente. Sin

³⁹GONZÁLEZ COLLANTES, T. “Los delitos contra la intimidad tras la reforma del 2015: Luces y sombras”. *Revista de Derecho penal y criminología*, 3.^a Época, n.º 13, 2015, págs. 51-84.

embargo, la propuesta de enmienda no fue estimada, por lo que tal redacción no es la que consta en la actual Ley Orgánica 10/1995, de 30 de marzo, reguladora del Código Penal.

Desde mi punto de vista personal, considero que la interpretación realizada por los autores ahora mencionados parte, como hemos referido, de una interpretación más unida al tener literal del artículo “...*que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros...*”. Si bien, esto es como consecuencia fundamentalmente de la mala redacción del mismo, que no logra establecer con certeza un supuesto de hecho claro y preciso. Siendo difícil determinar el significado exacto en el artículo de la palabra “obtenido”⁴⁰, pues esta puede interpretarse tanto como la obtención directa (elaboración o producción) como la recepción de la misma.

El artículo se complica cuando se menciona expresamente “...*en el domicilio o cualquier otro lugar...*”, por lo que a priori, no podemos reducir la interpretación del artículo y entender que la recepción del mensaje deba darse expresamente en un lugar privado, siendo esta la interpretación de la vertiente doctrinal minoritaria. Y como ya hemos reflexionado, el propio Tribunal Supremo interpreta en sentido general, sin acudir a las precisiones del cómo, sino atendiendo a la interpretación teleológica del artículo, que parte del denominado Caso Hormigos, dónde la víctima envió vía mensaje móvil un video propio de carácter erótico, elaborado por ella misma en su domicilio.

Por otra parte, si consideramos la posibilidad de que solo cubra el supuesto en que el sujeto activo es quien realiza la captación de imagen o video, se estaría renunciado con ello a cubrir una necesidad político-criminal de primera magnitud, dado que lo común en la realidad social es que la propia víctima quien envía la el contenido de carácter sexual.

c) Responsabilidad del sujeto receptor.

Otro sujeto de relevancia, distinto del sujeto pasivo y activo de la acción, es el sujeto receptor. Ello se desprende de la interpretación del artículo 197.7 del Código Penal, pues de la acción descrita se interpreta la existencia de una tercera persona, es decir, la

⁴⁰El diccionario de la Real Academia Española extiende por “obtener”: Del lat. *obtinēre*. Conjug. c. *tener*.:1. tr. Alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende;2. tr. Tener, conservar y mantener.; 3. tr. Fabricar o extraer un material o un producto con ciertas cosas o de cierta manera.

persona que recibe las imágenes o grabaciones del sujeto activo de la conducta. Esta tercera persona, receptor del material, se encuentra exento de responsabilidad penal, y así ha sido entendido por la doctrina en general, entre ellos, COLÁS TURÉGANO⁴¹. El tipo no refleja ninguna sanción en el caso en que este sujeto a su vez decida reenviar, solo se prevé una sanción para el primer sujeto que envía (sujeto activo del tipo).

La postura del tercero, en mi opinión, puede generar complicaciones a la hora de determinar quien fue la primera persona que lo reenvió, en el caso de que la víctima hubiese cedido la imagen o grabación a varias personas y que éstas a su vez, sin su consentimiento, las reenvíen, por lo que se generaría un problema de prueba.

En principio podríamos entender al momento de envío de los mensajes, para saber quién fue el primero, pero en el caso de que cada uno de ellos lo enviase por su cuenta, se entiende que cada uno de ellos se constituye como un sujeto activo del tipo, de delitos independientes del 197.7, pues en cada uno de los casos se realizaría el tipo, aunque fuese la misma imagen con la misma repercusión.

En todo caso, la cesión o revelación han de hacerse a terceros, por lo que se descarta cuando los destinatarios del envío son otros protagonistas de la escena que se encuentra en la fotografía o video⁴².

Otro supuesto de especial relevancia, y muy común en la práctica social, es el aquel en que tras el sujeto activo del delito ceder a una persona la imagen de la víctima, la tercera persona (destinatario y receptor del envío no consentido), es quien difunde la imagen. Dándose el caso de que el destinatario de la acción penal es quien genera un perjuicio mayor, pues sí es quien expone la imagen en la red, a disposición de todo usuario con acceso a las redes sociales, el resultado de grave vulneración a la intimidad es mayor. Si bien, vemos como el tipo penal no prevé la sanción en este caso al segundo, sino al primero, pues al ser el sujeto activo, es el que responde del tipo penal.

Desde mi punto de vista, hay una laguna legal a este respecto, se trataría de un supuesto que debería ser sancionado, pues en el momento en que la imagen entra en la

⁴¹COLÁS TURÉGANO, A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2º ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 673.

⁴²MUÑOZ CONDE, F. 2015, *Manuales de Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, 20ª ed., 2016.

red, cualquier persona que continúa con la difusión de la imagen, amplía la gravedad de los hechos, y por ende el daño a la víctima. Si bien esa situación es atípica.

Si acudimos al art. 197.3 II establece “*será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior*”.

Esta excepción tiene especial trascendencia, al tratarse de personas que difunden aquellas imágenes con ese origen ilícito, continuando con la cadena de difusión, no obstante, este supuesto no está previsto para los delitos del 197.7, pues vemos como el artículo se refiere a los delitos del 197.1 y 2, siendo imágenes captadas de forma ilícita previamente u obtenidas de bases de datos privadas, por lo que solo se refiere a los artículos anteriores como el propio artículo menciona.

En consecuencia, ante esta laguna legal que se presenta desde mi punto de vista, considero oportuno realizar una propuesta con la siguiente redacción:

Artículo 197.7 párrafo tercero: “*con la misma pena será castigado el que con conocimiento del origen ilícito de las imágenes o grabaciones audiovisuales de un tercero, continúe con su reenvío*”.

Con la presente redacción se solventaría la posibilidad del reenvío en cadena de la imagen o video, con ello facilitarse la reducción del grave perjuicio a la intimidad de la víctima, pues en este tipo de delitos, son también las terceras personas que participan, y de fondo, las que favorecen ese gran atentado.

A este respecto tiene especial trascendencia la opinión de LUZON CUESTA, quien considera que también el tercero receptor es sujeto activo, pero siempre que el sujeto pasivo consienta la recepción por este, una vez sea enviado por el sujeto activo. No obstante, el supuesto planteado por el autor es muy diferente, dado que el plantea que el tercero tenga consentimiento en la recepción, pero no el reenvío de las imágenes.

Es mi opinión que, si el OJ busca la mayor justicia material, debemos de buscar una solución a todos aquellos actos que atentan contra los derechos, no obstante sin que el sistema penal se convierta en un sistema de represión de la libertad de expresión e información, o la propia libertad de las personas a actuar en su libre albedrío. Por ello, considero que cuando el tercer receptor continua con la cadena de difusión de la imagen,

ahora con origen ilícito, comete el mismo acto reprobable, aunque jurídicamente no sea la misma acción que refleja el artículo 197.7 del Código Penal.

No obstante, el OJ debe evolucionar al mismo tiempo que lo hace la sociedad y más aún los delitos, de tal manera que lo importante siempre sea que “*Un derecho no es algo que alguien te da; es algo que nadie te puede quitar*”.⁴³

4.2.3 Sin autorización de la víctima

La no autorización es el elemento determinante en la realización de la acción, dado que la autorización de la víctima excluye el tipo penal. Este aspecto no presenta ninguna discusión doctrinal.

A este respecto es interesante la interpretación de MAGRO SERVET, quien entiende que la carga de esta prueba recae en la persona acusada. Considera que el acusado debe probar la existencia del consentimiento de la afectada en difundir las imágenes, pues de lo contrario se trataría de “*una prueba diabólica al no poder obligarse a la víctima a que ella probara que no prestó el consentimiento a que el video se difundiera*”⁴⁴.

Sin embargo, no considero acertada dicha interpretación, pues, partiendo del principio de presunción de inocencia, derecho fundamental ex art. 24 Constitución Española, toda persona es inocente hasta que se demuestra lo contrario mediante prueba lícita, suficiente y de cargo, lo que conlleva que debe ser quien acusa, quien debe probar los hechos.

Asimismo, aunque en la mayoría de los casos, resultaría obvio llegar a la conclusión de que determinados videos o imágenes no están autorizadas normalmente a que se difundan, no se puede caer en la obligación de exigir la prueba del consentimiento al acusado, si así lo alega. Pues la inexistencia de prueba refutable, o la posibilidad de probar un pacto previo de las partes, conllevará a que se considerase siempre como culpable al acusado. Se trata, por tanto, de una presunción de la denominadas *iuris tantum*, admite

⁴³ Ramsey Clark, nacido el 18 de diciembre de 1927, abogado y miembro del Tribunal internacional por crímenes contra humanidad en 1996. Ha ganado el Gandhi Peace Award otorgado por la organización estadounidense *Promoting Enduring Peace* desde 1960.

⁴⁴MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y el stalking (172 ter), en la reforma del Código penal*:https://www.fiscal.es/fiscal/PAWebAppSGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf.

prueba en contrario, y el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. La carga de la prueba es así de quien acusa (SSTC 64/1986 y 82/1988)⁴⁵.

4.2.4. Resultado de grave atentado contra la intimidad

Finalmente, el requisito fundamental, que no presenta ninguna discusión doctrinal al respecto, es que el resultado de la divulgación ha de ser el de que *menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*. Es importante entender que es una exigencia del tipo, por lo que debe analizarse por el juez partiendo de su valoración y en todo caso debe resultar obvia según los contenidos que sean objeto de difusión en cada caso, al exigirse que menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La mayoría de la doctrina ha entendido que el contenido (imagen o grabación) debe presentar un carácter sexual (relaciones sexuales, desnudos, masturbación), y por otro lado debe representarse con claridad la identidad del sujeto pasivo (su rostro, un tatuaje identificativo, etc.) de tal manera que sea fácilmente identificable a través de la imagen o del video, pues de lo contrario no presentaría una gravedad suficiente para atentar contra su intimidad.

Esto puede dar lugar a problemas al entender que determinadas imágenes menoscaban o no la intimidad de la víctima. Debemos partir de que no todas las imágenes producen tal resultado, por lo que una imagen en particular no tiene tal repercusión (por ejemplo, una imagen en la que se ve al sujeto pasivo en ropa interior en su terraza). Debemos remitirnos al contenido propio de los derechos de la imagen, honor e intimidad, al entender que estos son los derechos vulnerados con este tipo de delitos, en mi opinión,

⁴⁵Entendiendo que en los casos en lo que no esté clara la culpabilidad, o las pruebas sean insuficientes, se entiende que *in dubio pro reo*, no ser prueba suficiente la acusación, sin otras pruebas suficientemente esclarecedoras. A este respecto hemos de tener igualmente en cuenta la prohibición de indefensión, siendo una cláusula de cierre en el sistema de garantías constitucional de las partes ante un proceso judicial, "la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE" (STC 48/1984 y SSTC 146/2003, 199/2006 y 28/2010). Se origina por tanto la indefensión, siguiendo la abundante jurisprudencia constitucional, cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. En este sentido el Tribunal Constitucional entiende que " para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere [...], que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional" (STC 40/2002, 2 de diciembre).

y en consecuencia sus elementos determinarían si el contenido de la imagen o grabación puede vulnerar gravemente la intimidad de la persona.

Ese grave atentado a la intimidad conlleva, en primer lugar, la pérdida por el sujeto pasivo de una parte de su intimidad, de un aspecto de su vida más privada que desea que se mantenga a resguardo. Además de ello, ya he mencionado que la educadora social VAGACE DURÁN, B.⁴⁶, asegura que el delito de *sexting* en menores suele generar una baja autoestima, exclusión social e incluso cyberbullying.

Para ejemplificar en qué puede consistir un “grave atentado a la intimidad”, podemos atender al supuesto que dio inicio a la nueva legislación del artículo 197.7, EL Caso Hormigos, en el que la víctima se gravó a sí misma practicando sexo consigo misma en un baño. En otros casos, presentes en la reciente jurisprudencia podemos observar como la víctima saca imágenes desnudas de sí misma y las envía al sujeto activo en un contexto sexual (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 488/2016, de 25 noviembre del 2016). O en el caso de una pareja que mantiene relaciones sexuales mientras las graba, en las que se observa clara y nítidamente la cara de ambas, y una de las partes decide difundirla (Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, 10/2017, de 14 febrero de 2017).

Al mismo tiempo, son muchos los autores que consideran que por el artículo también se pueden enjuiciar la difusión de imágenes que no sean necesariamente sexuales⁴⁷, sino también de otro carácter que afecten gravemente a la intimidad del sujeto pasivo, entre ellos CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA I CUADRAS. Sin embargo, esta no es la opinión mayoritaria.

Es importante destacar que, una vez se ha cometido el ilícito penal, y así ha sido constatado por sentencia, la víctima, podrá pedir al juez de violencia sobre la mujer e/o de instrucción, la medida cautelar de retirada de las imágenes de la red.

Es lo que se considera el Derecho al olvido, consistente en que se ordene por el juez a los servidores la anulación de la difusión, sobre todo a raíz de la sentencia del TJUE del

⁴⁶VAGACE DURÁN, B., *Análisis de las conductas de sexting que afectan a la convivencia en las aulas de segundo ciclo de ESO*, Universidad Internacional de La Rioja, 2013, p.30. http://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/1547/2013_02_5_TFM_ESTUDIO_DEL_TRABAJO.

⁴⁷CAMARENA GRAU, S., en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, Thomson Reuters, 2016, pp. 167- 168.

derecho al olvido, pero que si no lo hace el propio servidor lo deberá hacer el órgano judicial ordenando la retirada de los contenidos.

También se podrán interesar la adopción de las medidas cautelares del art. 544 ter LECrim: *“el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”*.

Si se trata de la mujer la denunciante ante el Juzgado de violencia contra la mujer y las del art. 544 bis LECrim en el caso de ser el hombre el denunciante *“en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma”*. En el fondo las medidas a adoptar son las mismas en cualquier caso, ya que se podrán interesar de igual modo las de prohibición de acercamiento, pero sobre todo las de prohibición de comunicación con la víctima como medida cautelar, pues lo que a las víctimas les atemoriza no solo es el acercamiento, también es la comunicación y ahí es donde debe enfocarse, sobre todo, la adopción de las medidas cautelares, como bien explica MAGRO SERVET.

Hemos de tener en cuenta que la protección de los Derechos fundamentales se articula en dos vías, la civil y la penal, separando la protección de ilícitos penales y civiles⁴⁸. En el caso de que no se considere que entra dentro del ámbito de protección del artículo 197.7 del Código Penal, se puede acudir a la vía civil.

⁴⁸La protección de la intimidad de la persona y los datos personales se articula se articula en nuestro derecho por medio de un doble sistema: por un lado, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la imagen, la tutela civil de estos derechos “frente a cualquier intromisión ilegítima, de cualquier género; por otro lado respecto la protección de actos ilícitos respecto de datos registrados en soporte electrónico a través de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de Carácter General; y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en reguardo de las telecomunicaciones no destinadas al público en general. Finalmente, por otro lado, el Código penal,

4.3 Tipos agravados

Los tipos agravados del delito de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales se encuentran en el apartado II del artículo 197.7 del Código Penal, que establece *“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”*.

Junto a estos agravantes encontramos otras formas agravadas, una común a todas las infracciones del 197, incluidos los derivados, que es el artículo 198 *“la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”*. Y finalmente una forma agravada común a todo el capítulo es que sean hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

4.3.1 La víctima es cónyuge, o está o ha estado unida a él por análoga relación de afectividad

Hace referencia al supuesto en que el cónyuge o asimilado realiza el supuesto de hecho. Desde nuestro punto de vista, la agravación en la mayoría de las ocasiones determinará que acudamos al tipo agravado por ese supuesto, sin necesidad de emplear el tipo básico, dado que en la mayoría de los casos, la víctima suele tener algún tipo de relación afectiva con el sujeto activo, y más teniendo en cuenta que el precepto excluye la exigencia de la convivencia.

Cuando el concepto habla de cónyuge o de pareja de hecho, actuales o anteriores, entendemos que hace referencia al/la esposa/o, novio/a, con o sin convivencia. Y esta interpretación se entiende sobre parejas compuestas por distinto sexo o mismo sexo. Y

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, determina aquellos actos ilícitos que vulnerando estos derechos fundamentales, constituyen ilícitos penales, imponiendo así límites a los mismos, para lograr su protección.

este aspecto no presenta ninguna discusión doctrinal dado que no es un delito especial referido a la violencia de género específicamente, sino que abarca todos los posibles supuestos, algo que por otra parte resulta obvio.

No obstante lo anterior, MAGRO SERVET⁴⁹ plantea la posible relación con la violencia de género atendiendo al supuesto en el que la pareja, como consecuencia de que la otra parte quiere poner fin a la relación (teniendo en su posesión este tipo de imágenes o video) decide difundirlos sin su consentimiento, para lograr ese atentado contra la intimidad de la otra parte, en venganza a su intención de terminar.

Hemos de tener en cuenta que, al tratarse de un delitos de violencia de género, el enjuiciamiento se conocerá por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, según el artículo 87 ter de la LECrim, respecto de los delitos contra la intimidad de las personas del apartado a) del mismo artículo.

Respecto de la pena aplicable⁵⁰, el Código penal en su artículo 84 determina la aplicación, por sustitución, del cumplimiento del acuerdo entre las partes, trabajos en beneficio de la comunidad o pena de multa. Sin embargo, se condiciona la aplicación de la pena de multa, dado que no podrá imponerse en los casos en los que no existen obligaciones económicas del acusado con la denunciante.

Si bien, el autor hace un matiz interesante, partiendo de la aclaración que hemos hecho respecto de que el delito del 197.7 afecta a todo tipo de parejas, ya que considera la posibilidad de que la agravación por cometerse el delito en el seno de la pareja tiene cabida tanto en la violencia doméstica como en la violencia de género, es decir, tanto sean difundidas las imágenes por él o por ella. A diferencia de lo que ocurre en los delitos de

⁴⁹MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y el stalking (172 ter), en la reforma del Código penal*, p. 8.

⁵⁰MAGRO SERVET establece el enlace con el art 84.2 del Código Penal, que señala que: 2. “Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

los arts. 153, 171.4 y 172.2 en donde la agravación está en que el comete el delito es el varón.

4.3.2 Víctima menor de edad

Se trataría del supuesto en que la víctima es menor de edad o discapacitado necesitado de especial protección⁵¹. A este respecto, me ha llamado la atención encontrar en numerosas sentencias en las que se relaciona el delito de 197.7 del Código Penal en concurso real con muchos otros delitos en los que la víctima son menores.

Debemos tener en cuenta que, en principio, cualquier acto que involucre un medio tecnológico para captación de imágenes o grabaciones con menores de 16 años en un contexto sexual es constitutivo de delito, y entre ellos encontramos: el delito artículo 183 ter de comunicación con menores a través de dispositivos tecnológicos con fines de naturaleza sexual; el delito del 183.2 ter el contacto con menores por medios telemáticos; el delito del artículo 186 que castiga la exhibición o venta de material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; la inducción a la prostitución de menores, castigado en el artículo 187; o el delito del artículo 189 CP castiga la *“producción, venta, distribución, exhibición o posesión de material pornográfico en cuya elaboración hayan intervenido o sido utilizados menores de edad o incapaces”*.

En estos delitos contra menores se presenta la especialidad de que son imágenes de menores con carácter sexual, pero se presentara como concurso real con el delito del 197.7 del Código penal si se solicita al menor el envío de la imagen o grabación, o el sujeto activo las toma directamente en ese contexto. Aunque en mi opinión, si no hay presencia de un contexto de *“sexting”*, sino únicamente la intención de producción de pornografía o el intento de abuso sexual, se debería castigar únicamente por este segundo delito.

En ejemplo de ello, es la sentencia del Tribunal Supremo, 174/2017, de 21 marzo del 2017, en la que el TS entiende que respecto del *“art 183 ter, introducido por la LO*

⁵¹La reforma de 2015 ha introducido un art. 183 quater con el siguiente texto: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». La ambigüedad del texto deja un gran margen al juez que tenga que decidir este tema, que puede dejarse llevar por prejuicios morales o culturales no coincidentes con los protagonistas del acto sexual.

1/2015 , en vigor a partir del 1 de julio de 2015, en la sentencia la audiencia entiende que se trata del sexting (de sex y texting) o envío de mensajes o fotografías propias realizado en este caso por el embaucado, menor de edad, es decir el engañado mediante su inexperiencia sexual como menor, y que constituya un serio peligro para su bienestar psíquico, desarrollo y formación”.

4.3.3 Con finalidad lucrativa

La finalidad lucrativa hace referencia al ánimo de lucro presente en el sujeto activo a la hora de realizar el tipo penal. Como en toda figura que requiere un animus especial, se presenta con independencia de si consigue o no lo que persigue. Por ello, no se exige que, efectivamente, consiga el lucro que es objeto de su motivación. Así se refleja en las sentencias del Tribunal supremo TS 1131/2000, 21-7 y TS 310/2003, 7-3.

Respecto de este tipo agravado, algunos autores, entre ellos, MAGRO SERVET⁵², hablan de la relación directa con los supuestos de sexting y la extorsión, lo que denomina la sextorsión, como una forma de explotación sexual en la cual se chantajea a una persona por medio de una imagen de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante sexting, y la víctima es luego coaccionada.

En mi opinión, si acudimos a la regulación del art. 243⁵³, solo si se exige una cantidad de dinero se entendería como extorsión, dado que este tipo de lo injusto exige ese animus, y ello atendiendo a la teoría del resultado cortado (interpretación seguida por RODRÍGUEZ DEVESA o SERRANO GÓMEZ⁵⁴, entre otros) basta para que se entienda consumado el delito de extorsión con que se haya realizado el acto de disposición⁵⁵. Por otra parte, entendemos que sería más una amenaza de comisión de delito, contra la

⁵²En palabras del autor MAGRO SERVET, “la práctica de la sextorsión estaría castigada con el art. 172 del C.P. como una coacción, ya que en realidad el nuevo tipo penal del art. 197.7 CP no castiga la extorsión en estos casos, lo que obliga a utilizar otros tipos penales donde tenga cabida esta coacción, que lo es, para conseguir un actuar de la víctima bajo la amenaza de la difusión de las imágenes”.

⁵³Artículo 243 del C.P. extiende que “El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”.

⁵⁴ RODRÍGUEZ DEVESA J.M, “De los delitos contra la libertad”, en RODRIGUEZ DEVESA J.M. Y SERRANO GOMEZ A. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, 2013.

⁵⁵Esto es, que la víctima haya realizado u omitido un acto o negocio jurídico porque ha sido obligada mediante violencia o intimidación por un sujeto activo con ánimo de lucro.

intimidad, bajo condición económica o de otra índole, del art 169.1º Código Penal, dado que el tipo abarcaría más los posibles “males” por los que se amenaza, no previendo únicamente el ánimo de lucro.

Al mismo tiempo, considero que la coacción⁵⁶ (o amenaza a mi parecer) conlleva que la persona realice un actuar a consecuencia de que se produzca el hecho que se amenaza, si bien el delito del 197.7 no se cometería durante la amenaza, y mientras ella no se cometa, lo que habría sería una tentativa de *sexting*. Ahora bien, desde que se difunda nos encontraríamos con un concurso real entre el delito de amenaza o coacción con el delito de difusión no consentida a terceros.

Por otra parte, se ha planteado la posibilidad de que junto al delito del 197.7 del Código Penal, se constituya un concurso real con el delito del artículo 188.1 del Código Penal, (y en relación con el agravante supuesto segundo), a quien en relación con la prostitución o producción de pornografía “...se lucre de ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines...”.

5. Conclusiones

- a. La denominación dada a este delito desde sus primeras manifestaciones, anteriores incluso a su introducción como delito en el Código Penal, es la de “*sexting*”. Sin embargo, se trata de un concepto mal empleado. Nos encontramos ante un concepto obsoleto, que anteriormente reflejaba un neologismo, *sex- and texting*, en referencia únicamente al envío de mensajes textuales. No obstante, la práctica más habitual no se reduce a las conversaciones textuales, sino que se emplea el envío de imágenes y videograbaciones.

Además de ello, debemos tener en cuenta que lo que se castiga realmente no es el *sexting* en sí considerado por la sociedad, sino el envío no autorizado de imágenes o grabaciones audiovisuales. Por ello, considero más adecuado la denominación de

⁵⁶Y en todo caso, entendemos que las amenazas han de ser consideradas como posibles por la víctima, lo que sería lógico dado que la legislación es reciente, y en anterioridad no era penada la práctica del 197.7, por lo que en consecuencia, es general que los sujetos activos desconozcan la nueva penalización, y realicen el hecho punible. Lo que en ningún caso conlleva la despenalización del tipo el desconocimiento del mismo, solo un posible error de tipo.

realizo una propuesta de concepto “*difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales de terceros de carácter sexual*”.

2. El presente trabajo ha tenido el objeto principal de determinar la amplitud de lo injusto penal. Se presentan con carácter general dos interpretaciones, una amplia, seguida por la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo, y que yo comparto, que comprende todo supuesto en el que el sujeto activo tiene a su disposición imágenes o grabaciones audiovisuales de la víctima (adquiridas previamente con su anuencia) y cedidas a continuación a terceros sin su autorización. Y una segunda, restringida, seguida por la doctrina minoritaria, que solo comprende las imágenes y grabaciones captadas por el sujeto activo.
3. Lo determinante en estos supuestos es que la víctima ha decidido mostrar una parte de su intimidad a un sujeto concreto, en un contexto de reserva y privacidad; para a continuación, el sujeto vulnera esa reserva, esa confianza, y difunda las imágenes. En este sentido, no solo vulnera gravemente la intimidad de la víctima, como así determina la mayoría de la doctrina, sino que además, en mi opinión, vulnera otros derechos fundamentales como el derecho al honor y el derecho a la imagen propia, cuyo resultado final será un grave atentado a la intimidad de la víctima.
4. A este respecto, es relevante el hecho de que el sujeto receptor de las imágenes (tercero), no presenta responsabilidad penal. No obstante, considero que en el caso de que el tercero, consciente del origen ilícito de la imagen (dado que se cede o revela sin autorización), también realiza una acción reprobable. Por este motivo planteo una propuesta de sanción a esta acción, con la redacción siguiente: artículo 197.7 párrafo tercero: “*con la misma pena será castigado el que, con conocimiento del origen ilícito de las imágenes y grabaciones audiovisuales de un tercero, continúe con su reenvío*”.

Con la presente redacción se solventaría la posibilidad del reenvío en cadena de la imagen o video, con ello se podría facilitar la reducción del grave perjuicio a la intimidad de la víctima, pues en este tipo de delitos, son también las terceras personas que participan, y de fondo, las que favorecen ese gran atentado.

Bibliografía

- CAMARENA GRAU S., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, en Quintero Olivares G. (coord.), *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, Thomson Reuters, 2016.
- CASTIÑEIRA PALOU, M^a.T. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ, J.M^a (Coord.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, 3^a ed., Atelier, 2011.
- COLÁS TURÉGANO, A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)”, en GONZÁLES CUSSAC, J. L. (coord.), en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2^o ed., Tirant lo Blanch, 2015.
- DOVAL PAIS A. y ANARTE BORRALLO E., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen e inviolabilidad del domicilio. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”. En BOIX REIG, J. (coord.), *Derecho Penal, Parte Especial, volumen I "la protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, 2^o ed., Iustel, 2016.
- ETXEBERRIA GURIDI J. F., “Protección de datos de carácter personal en el ámbito de una investigación penal”. En *Derecho a la autodeterminación informática*, Agencia de Protección de datos, 1998.
- FERNÁNDEZ OLMO I., *El sexting y otros delitos cometidos con teléfonos móviles*, Fiscal-Delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga.
- GONZÁLEZ COLLANTES T. “Los delitos contra la intimidad tras la reforma del 2015: Luces y sombras”. *Revista de Derecho penal y criminología*, 3^aed., 2015, n.º 13.
- JORGE BARREIRO A., *El Delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995. Un análisis del artículo 197*, Revista jurídica de universidad autónoma de Madrid, 2016, nº 6703.
- JUANATEY DORADO C. y DOVAL PAIS A., «Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes», en BOIX REIG, J. (coord...), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010.
- LUZÓN CUESTA JMº. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, *Compendio de derecho penal, parte especial*, 19º ed., Dykinsons S.L, 2015.

- MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y el stalking (172 ter), en la reforma del Código Penal*: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2%20ponencia%20Sr%20Magro%20Servet.pdf.
- MUÑOZ CONDE, F. 2015, *Manuales de Derecho Penal*, 20ª ed., Tirant Lo Blanch, 2016.
- PUENTE ABA, L.Mª., “Difusión de imágenes ajenas en internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E. (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Tirant lo Blanch, 2009.
- RAMOS VÁZQUEZ J. A., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2º ed., Tirant lo Blanch, 2015.
- ROBERTS Y., “Following a string of extramarital affairs and several lurid "sexting" episodes, Warne has found himself home alone, with Simone Warne taking their three children and flying the conjugal coop.” en *The One and Only*, 31 de Julio de 2005.
- RODRÍGUEZ DEVESA J.M, “De los delitos contra la libertad”, en RODRIGUEZ DEVESA J.M. Y SERRANO GOMEZ A. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, 2013.
- ROMEO CASABONA C. Mº. “Delitos contra la intimidad el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en Romeo Casabona, Sola Reche E., Boldova Pasamar M. A. (coord.), *Derecho Penal Parte especial, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, S.L. 2016
- SÁNCHEZ MELGAR J., “Del descubrimiento y revelación de secretos, en delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio,” *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*. 4º ed., Sepin, 2016.
- VAGACE DURÁN B., *Análisis de las conductas de sexting que afectan a la convivencia en las aulas de segundo ciclo de ESO*, Universidad Internacional de La Rioja. 2013, p.16. <http://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/1547/200>.
- VALEIJE ÁLVAREZ I., “Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Coord.), *Constitución*,

derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II. Tirant lo Blanch, 2009.

Jurisprudencia

- STC 199/2006, de 8 de septiembre de 2006
- STC 146/2003, de 2 de marzo de 2003
- STC 156/2001, de 2 de julio de 2001
- STC 139/2001, de 18 de junio de 2001
- STC 81/2001, de 26 de marzo de 2001
- STC 254/1993 de 20 de julio de 1993
- STC 82/1988, de 8 de julio de 1988
- STC 64/1986, de 2 de marzo de 1986
- STC 48/1984, de 3 de octubre de 1984
- STC 22/84 de 17 de febrero de 1984
- STS 174/2017, de 21 marzo de 2017
- STS 1055/2017, de 23 de marzo del 2017
- STS 569/2013, de 26 de junio de 2013
- STS 1219/2004, de 10 de diciembre de 2004
- STS 45/1995, de 31 de enero de 1995
- STS 43/1995, de 22 de enero de 1995
- STS 364/1995, de 22 de noviembre de 1994
- STS 83/1993, de 3 de julio 1993
- STS 211/1987, de 23 de marzo de 1987
- SAP Granada, 351/2014, de 5 de junio
- SAP Lleida, 30/2004, 25 de febrero de 2004
- SAP de Pontevedra 10/2017, de 14 febrero de 2017
- SAP Pontevedra 486/2014, de 18 de septiembre
- SAP de Valencia 488/2016, de 25 noviembre de 2016
- S. Juzgado de Menores núm. 0 de Jaén, 200/2016, de 7 noviembre de 2016
- Auto del JPIEI nº1 de Orgaz, de 15 de marzo de 2013