



TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Septiembre

EL SEXTING EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

THE SEXTING IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Realizado por el alumno/a: Lara González Curbelo

Tutorizado por el Profesor/a: Judit García Sanz

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

Technological advances and the increase in crimes committed through the Internet have determined the need to introduce new figures. Among these recently introduced crimes is the so-called sexting between adults that was incorporated among the crimes against privacy in art. 197.7 penal code by Organic Law 1/2015, of March 30, which modifies the Penal Code.

In this work we will make a brief study of the evolution of this crime and of the most relevant aspects of this crime, such as the discussion on the protected legal right; the scope of the typical action, the delimitation of the subjects and the aggravated types, especially, sexting in gender violence, being very relevant, since in recent years, gender violence has increased considerably, making it possible to carry out this crime over the internet.

Likewise, we will address the bankruptcy problems of the crime, since sexting can be accompanied by other crimes, such as blackmail, called sextortion; humiliating and/or degrading treatment, and the crime of sexting in minors, which is closely related to the crime of child pornography.

After an analysis of this doctrinal and jurisprudential crime, we will propose some conclusions and proposals to give an adequate criminal response to this social conflict.

Key Words: Sexting, offences against the intimacy, gender violence, child pornography, sexual content, sextortion, images or audiovisual recordings.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Los avances tecnológicos y el aumento de los delitos cometidos a través de internet han determinado la necesidad de introducir nuevas figuras. Entre estos delitos de reciente introducción está el denominado sexting entre adultos que fue incorporado entre los delitos contra la intimidad en el art. 197.7 CP por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

En este trabajo haremos un breve estudio de la evolución de este delito y de los aspectos más relevantes de este delito, como la discusión sobre el bien jurídico protegido; el alcance de la acción típica, la delimitación de los sujetos y los tipos agravados, en especial, el *sexting* en la violencia de género, siendo muy relevante, puesto que en los últimos años, la violencia de género ha aumentado considerablemente, siendo posible realizar este delito a través de internet.

Asimismo, abordaremos los problemas concursales de este delito, pues el sexting puede venir acompañado de otras conductas penales, como puede ser el chantaje, llamado sextorsión; tratos humillantes y/o degradantes, y el delito de sexting en menores, que tiene una estrecha relación con el delito de pornografía infantil.

Tras un análisis de este delito doctrinal y jurisprudencial, plantearemos algunas conclusiones y propuestas para dar una respuesta penal adecuada a este conflicto social.

Palabras clave: Sexting, delitos contra la intimidad, violencia de género, sextorsión, pornografía infantil, imágenes o grabaciones audiovisuales.

ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. Evolución del sexting en el Código Penal Español.....	3
3. Estudio del artículo 197.7 CP.	5
3.1 Bien jurídico.....	5
3.2 Tipo objetivo.....	8
3.2.1 Sujetos.....	8
3.2.2 Acción típica.....	11
3.2.3 Objeto material.....	15
3.1. Tipo subjetivo.....	17
3.2. Tipo agravado.	17
3.3. Penalidad.	20
4. El sexting en la violencia de género.....	21
5. Concursos.....	24
5.1. Sextorsión.....	24
5.2. Tratos humillantes y/o degradantes.....	26
5.3. Sexting y menores.....	27
6. Conclusiones y propuestas de <i>lege ferenda</i>	29
7. Bibliografía.....	33

1. Introducción

En la última década la presencia de la tecnología se ha hecho más que notoria en la sociedad, cada vez pasamos más tiempo en internet y esto puede ser un arma de doble filo. Utilizado de manera adecuada es una de las herramientas más potentes de la humanidad, y por el contrario también tiene el potencial de un arma que causa mucho daño a la vida de las personas. Debido a la presencia tan notoria de internet en nuestras vidas, el Código Penal se ha visto forzado a una evolución, en respuesta a las nuevas maneras en las que se comenten los delitos en las redes. A lo largo del siglo XXI se ha visto una importante transformación de las tecnologías y del uso que se hace de ellas, en muchos casos, un uso erróneo, llevando esto a cometer delitos de índole sexual, como pueden ser el sexting, stalking, grooming, entre otras... Uno de los delitos sexuales en las redes más conocidos es el Sexting, este se encuentra regulado en el artículo 197.7 del Código Penal cuyo precepto fue introducido en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. El legislador establece que, “El código penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es objeto de una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal.¹”

El sexting se origina de la unión de los anglicismos *sex* y *texting* (Envío de SMS)². Por lo tanto, entendemos que consiste en el envío a través de internet de material sexual e íntimo. MUÑOZ CONDE nos da un concepto de sexting, consistente en difundir imágenes o vídeos obtenidos en principio con consentimiento de la persona afectada, pero dicha persona no autoriza su divulgación a terceros³.

Podemos distinguir dos tipos de sexting, el sexting primario, que es aquel que surge cuando el titular de las imágenes o grabaciones las remite a otras personas con las cuales tiene una relación privada, mientras que, el sexting secundario surge cuando ese

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

² PÉREZ CONCHILLO, E, *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 11.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 261.

sujeto en posesión de esas imágenes o grabaciones ajenas, las envía a terceros sin autorización de la persona titular de esas imágenes⁴.

Para que se dé el delito de sexting, deben llevarse a cabo determinadas características. En cuanto a las características que posee el sexting, autores como FERNÁNDEZ OLMO, nos da una guía sobre ellas; Voluntariedad inicial, al principio es el protagonista de esas imágenes o videos, quien envía la foto con su consentimiento); tenencia de un teléfono móvil, es necesaria la tenencia de dispositivos tecnológicos; universalidad; captación de imágenes de tipo sexual o eróticas, este requisito es fundamental, ya que si no fueran de este tipo, no sería un delito de sexting y por último; la edad no importa, no solo se realiza en adolescentes, sino que puede pasarle a cualquier sujeto en cualquier edad⁵.

Este delito atenta contra la intimidad personal, establecida en el artículo 18.1 de la Constitución Española, cada día es más habitual que se produzca, sobre todo entre los más jóvenes. Muchas veces ni ellos mismos son conscientes del delito que están cometiendo, es por ello que es tan importante informar sobre las consecuencias de usar internet.

En este trabajo nos vamos a centrar en la figura del *sexting*, haciendo un análisis de su artículo, además, pondremos especial atención a este delito en la violencia de género, ya que en los últimos años ha aumentado considerablemente, también, podremos ver los distintos concursos que se pueden producir, ya que el sexting puede venir acompañado tanto de chantaje, tratos humillantes y/o degradantes, por último, comentaremos el *sexting* en menores de edad.

⁴ Así lo establecen autores como MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 18-16, 2016, pág.4; GARCÍA MAGNA, D., *Nuevos conceptos de violencia: El delito de sexting como parte de otras conductas delictivas*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2019, pág.6; HERAS VIVES, L., *Protección de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español*, Depósito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, pág.572; VALENZUELA, N., *El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2020, pág. 11-12.

⁵ FERNÁNDEZ OLMO, I., *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, Ponencia de la Fiscal Delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga, pág.7.

2. Evolución del sexting en el Código Penal Español

A lo largo de los años el Código Penal ha ido evolucionando, dando lugar a diversas reformas, siendo la última la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, en la cual se introdujeron nuevos delitos, como son el Sexting y el Stalking, entre otros. Podemos observar como las leyes van adaptándose poco a poco a la sociedad. En este caso, nos vamos a centrar en el delito de sexting, regulado en el artículo 197.7 del Código Penal. Como ya comentábamos anteriormente, el sexting consiste en difundir imágenes o vídeos obtenidos en principio con consentimiento de la persona afectada, pero dicha persona no ha autorizado su divulgación⁶. Anteriormente, la conducta era típica si el contenido de dichas imágenes o videos era adquirido sin autorización del titular. Con este delito lo que se busca es proteger el derecho a la intimidad, ya que como podemos observar con el paso de los años el uso de las tecnologías ha ido aumentando, y ello conlleva que se haga un uso incorrecto de las mismas, vulnerando así bienes jurídicos protegidos, regulados en el artículo 18.1 CE.

Podemos ver como en el Código Penal de 1995 en el artículo 197 no hay apartado séptimo, y se daba protección mediante el delito de descubrimiento y revelación de secretos, establecido en el apartado 1º: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.” En este artículo destacamos la frase “sin su consentimiento”, observando que solo será castigado si consigue cualquier documento sin consentimiento de la persona afectada, en el caso de que los hubiera adquirido con consentimiento de dicha persona no estaría penado por ley. Vemos que esto no tiene sentido, ya que si una persona desea compartir con otra persona de confianza unas imágenes o vídeos de su intimidad, y esta otra persona los cedía a terceros, dicha

⁶ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte especial, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 261.

víctima quedaba desprotegida penalmente. Cabe añadir que este precepto sigue estando regulado en el Código Penal actual, concretamente en el 197.1 del Código Penal, al igual que estaba en el Código Penal de 1995.

En el preámbulo de la LO 1/2015, se expresa lo siguiente, “Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas.”, es por ello, que se llevaron a cabo ciertas modificaciones en el Código Penal, como es el artículo 197.7 del Código Penal. Tras la modificación en 2015 del Código Penal, añadió en su artículo 197 el apartado séptimo: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”

La reforma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, en la cual, establece como objetivo “aproximar las normas de Derecho Penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables...”⁷

El caso más comentado y por el que este nuevo delito surge, fue el caso de Olvido Hormigos, ex concejala socialista, desencadenando una discusión que preciso modificar el Código Penal. En este caso, Olvido Hormigos había enviado un vídeo de contenido sexual a un futbolista con el que mantenía una relación extramatrimonial, él mando el vídeo entre sus contactos y. además, lo publicó en internet. Este hecho sucedió en 2012, por lo tanto, regía el Código Penal de 1995. En este caso, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Orgaz (Toledo), no condeno al futbolista, ya que para que hubiera delito tenía que haber conseguido las imágenes de manera ilícita, y en este caso no fue así, las obtuvo con consentimiento de la afectada.⁸

⁷ DIRECTIVA 2013/40/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

⁸ DEL BARRIO, A., Así cambió el código Penal por el vídeo sexual de Olvido Hormigos, El Mundo, 2019.

El Gobierno de Mariano Rajoy, en ese entonces, el Partido Popular, estableció una reforma de ley del Código Penal, pudiéndose ver en la enmienda número 678, de redacción, a la tipificación del artículo 197.7 del Código Penal: “las nuevas tecnologías obligan a una revisión del contenido del bien jurídico intimidad ampliándolo al derecho a controlar los datos íntimos. Incriminando el atentado a la misma en una fase posterior de ataque al bien jurídico”⁹.

Otro caso muy sonado en España fue el caso de Verónica, trabajadora de IVECO, mando un vídeo a un compañero de trabajo, con el cual en ese entonces mantenía una relación, dicho vídeo llegó a los compañeros de trabajo mediante un grupo de WhatsApp. La mujer no llegó a denunciar el caso. No es solo un caso de Sexting, también es un caso de acoso laboral, contra la integridad moral, ya que la mujer recibía todo tipo de comentarios por parte de sus compañeros, debido a esto, decidió suicidarse. Pero en este caso, al no haber denuncia, no se pudo investigar.

Desde nuestro punto de vista, era necesario modificar el artículo e introducir el apartado séptimo, puesto que estos casos estaban quedando impunes, además, se deberían endurecer las penas para que este tipo de casos no volvieran a suceder, además de, concienciar e informar a la sociedad para que tengan la información necesaria y sepan qué tipo de delitos están cometiendo. Consideramos que en este tipo de delitos debería poder actuarse de oficio, ya que existe un interés general, y nadie debería quedar impune habiendo causado tanto daño y llevando a una persona a quitarse su propia vida, como es el caso de Verónica.

3. Estudio del artículo 197.7 del Código Penal

3.1. Bien jurídico

Entorno a la cuestión del estudio del artículo 197.7 del Código Penal, empezaremos con el análisis del bien jurídico protegido, en el cual encontraremos posturas diferentes entre las doctrinas.

El delito de *sexting* se encuentra regulado en el Título X del Capítulo I del Código Penal, encontrándose en los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia

⁹ ARNAIZ VIDELLA, Javier, El sexting en el código penal español, Diario La Ley, N° 8995, Sección Tribuna, 7 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

imagen y la inviolabilidad del domicilio. Con esto deducimos que el amparo que se concede es triple, siendo indudable que en el delito de *sexting* no se encuentra afectada “la inviolabilidad del domicilio”. Podemos observar que el 197.7 concretamente se encuentra en el Capítulo I, del descubrimiento y revelación de secretos.

En este apartado vamos a conocer las distintas posturas, existiendo una gran variedad de opiniones sobre si lo único que protege este delito es la intimidad, o si por el contrario, protege otros derechos, como pueden ser la propia imagen. No cabe duda que el bien jurídico protegido nuclear es la intimidad, pero veremos a continuación si existen otros bienes jurídicos vulnerados.

La mayoría de la doctrina establece que el bien jurídico protegido de este tipo delictivo es la intimidad¹⁰, concretamente ROMEO CASABONA, establece que “el eje punitivo sigue descansado en la protección de la intimidad personal”, siendo, un derecho fundamental establecido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Resulta obvio que el bien jurídico protegido es la intimidad, ya que el mismo se menciona en el artículo 197.7, “cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”

Además, como establece GARCÍA VALENZUELA, no vale con cualquier delito contra la intimidad, sino que tiene que afectar al “núcleo duro de la intimidad”, ya que si no fuese así, podría ser resuelto por otros ámbitos del derecho¹¹. Existen autores, que apuntan que el derecho a la propia imagen se encuentra dentro del derecho a la intimidad, no reconociendo a la imagen como un bien jurídico independiente, pues se encuentra incluido dentro de la intimidad, como establece VALEIJE ÁLVAREZ “la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, tanto en el plano conceptual-

¹⁰ Así lo establecen autores como MENDO ESTRELLA, A., *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016, pág. 8; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; ROMEO CASABONA, C.M., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., y BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho penal parte especial*. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo, Comares, Granada, 2016, pág. 269; GARCÍA VALENZUELA, N., *El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2020, pág. 8.

¹¹ GARCÍA VALENZUELA, N., *El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2020, pág. 8.

categorial como en el plano jurídico positivo, no reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad”¹².

Autores como SORIANO RUÍZ y MARTÍNEZ OTERO, a parte de la intimidad, mencionan otro bien jurídico protegido, siendo este, la propia imagen. Cuando una persona difunde imágenes que no son suyas sin consentimiento de la persona afectada, afecta al derecho a la propia imagen. Otro bien jurídico protegido que mencionan estos autores, es el derecho al honor, ya que muchas conductas de este tipo no se consideran de forma positiva para una parte de la sociedad, puesto que existen prácticas de índole sexual que aún no se perciben de forma correcta¹³.

A continuación, vamos a conocer el concepto de intimidad, ya que resulta de real importancia tenerlo presente en este apartado. El autor DE VERDA, nos da una definición de “intimidad” muy acertada, “la intimidad es un espacio de privacidad que la persona tiene derecho a preservar del conocimiento de los demás, por referirse a aspectos que sólo a ella atañen y entroncan con su propia dignidad (p.ej., sus convicciones religiosas, sus relaciones afectivas no exteriorizadas socialmente o la información genética)”.¹⁴ En cuanto a la intimidad como bien jurídico, existen dos vertientes; la negativa y la positiva. La negativa, es aquella que excluye a terceros de conocer ciertos aspectos de la vida privada, mientras que en la positiva el titular posee el control de esos datos¹⁵. Además, también es mencionado en la STC 70/2009, de 23 de marzo¹⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, se puede observar un progreso del concepto de ‘intimidad’. En la SAP de Asturias 96/2015, de 27 de febrero de 2015, “En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional asistimos a una clara evolución de este concepto; así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues,

¹² Citado por MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016, pág.8.

¹³ MARTÍNEZ OTERO, J. M., La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, págs. 4-5; SORIANO RUÍZ, N., *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, pág.8.

¹⁴ Citado por HERAS VIVES, L., *Protección penal de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del código penal español*. Depósito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, pág. 135.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 22º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019., pág. 256.

¹⁶ El Tribunal Constitucional, establece que “(...) el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”

como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC 134/99, de 15 de julio¹⁷, la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público”¹⁸. Así, el Tribunal Constitucional estableció que “(...) el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, implica la “existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana.”¹⁹ Mientras que la STS 357/2007, de 30 de abril, establece que “el artículo 18 del texto constitucional garantiza el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida.”²⁰

En nuestra opinión, consideramos que si es cierto que la intimidad es el bien jurídico protegido nuclear que se vulnera, pero no por ello debemos entender que sea el único, ya que al mandar imágenes o vídeos de estas características, la persona que sale en esos archivos verá afectada su propia imagen y consigo su honor, puesto que este tema en nuestra sociedad se sigue considerando como tabú. Por lo tanto, nos encontramos con un delito pluriofensivo.

3.2 Tipo objetivo

3.2.1 Sujetos

¹⁷ “El derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida...”

¹⁸ SAP Asturias 96/2015, 27 de Febrero de 2015, FJ 2º.

¹⁹ STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10º.

²⁰ STS 357/2007, de 30 de abril.

Cuando empezamos analizando un delito, es de real importancia mencionar a los sujetos que intervienen en el mismo, para saber a quién nos estaremos refiriendo en cada situación.

En el derecho nos encontramos con dos tipos de sujetos, el activo y el pasivo. El sujeto activo es aquella persona que comete un determinado acto delictivo. En este caso, el sujeto activo es la persona que difunde o cede a terceros las imágenes o vídeos que ha conseguido en un primer momento con el consentimiento del sujeto pasivo, son delitos especiales de propia mano, ya que como mencionamos anteriormente, solo podrá ser sujeto activo el que haya obtenido las imágenes con el consentimiento de la víctima²¹, así lo establece La Fiscalía General del Estado, entendiendo que “Al configurarse como un delito especial propio, incurre en responsabilidad únicamente quien, habiendo obtenido con anuencia de la víctima la imagen o grabación, inicia la cadena de difusión consciente de que carece de autorización para ello del propio afectado y por tanto de que su conducta lesiona la intimidad de la víctima”²². Pero veremos a continuación que hay doctrinas enfrentadas en cuanto a esta teoría.

Existe una doctrina que considera que el sujeto activo tendría que haber participado para obtener esas imágenes o grabaciones²³. Mientras que otra parte de la doctrina establece que se debería incluir, tanto los que participan para obtener esas imágenes o grabaciones, como a los que no participan, sino que es la víctima la que realiza las imágenes o grabaciones²⁴.

²¹ DÍAZ TORREJÓN, P., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Tratamiento Penal del sexting. Del 13 al 14 de Julio de 2017, pág. 12.

²² Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág.70.

²³ ROMEO CASABONA, C.M., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., y BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho penal parte especial*. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo, Comares, Granada, 2016, pág.269; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L., *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos”*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº35, 2014, pág.11.

²⁴ GUIASOLA LERMA, C., *Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015*, En CUERDA ARNAU, M, L., y FERNÁNDEZ HERÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016,, pág. 302; COLÁS TURÉGANO, A., *Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)*, En GONZÁLEZ CUSSAC, J, L., GÓRRIZ ROYO, E., y MATALLÍN EVANGELIO, A., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 pág. 668.

Encontramos una teoría mayoritaria defendida por autores como PÉREZ CONCHILLO, explicando que los sujetos activos solo serán aquellas personas que hayan obtenido los archivos con consentimiento de la víctima y los hayan difundido sin su consentimiento, de manera que quedarán excluidos los que hubieran obtenido esos archivos de forma indirecta mediante la difusión de terceros²⁵. Por lo tanto, aquellas personas que difundan las imágenes o vídeos posteriormente no se consideran sujetos activos, ya que no son ellos los que las han obtenido con consentimiento de la víctima.

En contraposición con esta teoría, nos encontramos otras teorías minoritarias por autores como MAGRO SERVET, considerando que el precepto castiga a toda aquella persona que difunda las imágenes o vídeos, independientemente del momento en el que se realice, es decir, se castiga tanto a quien recibió los archivos directamente, como a quien los recibió de forma indirecta²⁶.

En cuanto al sujeto pasivo no encontramos discusión doctrinal, siendo el titular del bien jurídico lesionado, es decir, es aquella persona que manda con consentimiento esas imágenes o vídeos a un primer sujeto, pero no da el consentimiento para cedérsela a terceros.

Desde nuestro punto de vista, consideramos sujeto pasivo a aquella persona que obtiene las imágenes, ya sea participando en ellas o no, además, pensamos que es culpable tanto el que la envía por primera vez, como aquella persona que la sigue difundiendo, esto se convierte en una cadena de transmisión en la cual más y más personas seguirán viendo esas imágenes o vídeos. Un claro ejemplo de esta particularidad lo encontramos en el caso anteriormente comentado, de Verónica, trabajadora de IVECO, en el cual, se produce esta cadena de transmisión entre los trabajadores de la propia empresa, a través de un grupo de WhatsApp, siendo todos sus compañeros responsables, ya que también difundieron el vídeo. Si el vídeo solo lo hubiese enviado la persona que lo obtuvo con autorización y los demás hubiesen actuado con responsabilidad, no se hubiese llegado al extremo que se llegó. Aunque aquí nos surge un problema, siendo en ocasiones imposible encontrar a todas aquellas personas que difundieron las imágenes, ya que las nuevas tecnologías permiten una

²⁵ PÉREZ CONCHILLO, E, *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 79.

²⁶ MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y Stalking (172.ter) en la reforma del Código Penal*, pág. 4.

mayor velocidad de transmisión que de rastreo, y encontrar a cada una de ellas es una tarea difícil.

3.2.2. Acción típica

La acción típica del delito de sexting es la consistente en difundir, revelar o ceder a terceros las imágenes o grabaciones sin el consentimiento de la persona afectada. Habiéndose obtenido con autorización de la persona afectada en un espacio privado.

3.2.2.1. 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

Como mencionamos anteriormente, la conducta típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros dichas imágenes. Nos vamos a centrar en estos tres conceptos, “difundir”, “revelar” y “ceder”, puesto que los tres tienen significados totalmente distintos.

En primer lugar, vamos a hablar del concepto de “difundir”, que presenta un daño mayor, al difundir esas imágenes o grabaciones sin consentimiento de la persona afectada, perdiendo el control de los mismos.

En segundo lugar, hablaremos del concepto de “revelar”, que entrañaría enseñar esas imágenes o grabaciones a terceros, pero sin llegar a difundirlas, por lo tanto, no posee la misma gravedad que conlleva difundir las imágenes y perder el control de las mismas.

Y por último, hablaremos del concepto de “ceder”, consta de la acción de transferir a otra persona dichas imágenes o grabaciones audiovisuales, por lo tanto, no es lógico castigar con la misma penalidad distintas acciones que no conllevan la misma repercusión, siendo contrario al principio de proporcionalidad²⁷.

²⁷ COLÁS TURÉGANO, A., Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2º edición, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 639; PÉREZ CONCHILLO, E., Intimidad y difusión de sexting no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág.80-81.

Aunque cabe añadir que el concepto que más se aleja de los otros es el de “revelar”, ya que al fin y al cabo en ese supuesto lo único que está haciendo el autor del delito es enseñar las imágenes o grabaciones, pero podemos deducir que el legislador entiende estos conceptos como semejantes, puesto que en dicho artículo se castigan con la misma pena.

En cuanto a la forma de difundir, revelar o ceder, encontramos otra discusión doctrinal, sobre al público al que es enviado este tipo de contenido íntimo. Existen diferentes teorías; como explica RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, se puede castigar de forma más gravosa cuando la difusión se realiza a un público más amplio, mientras que QUERALT JIMÉNEZ entiende que con difundir, ceder o revelar esos archivos solo una vez, será castigado igual que si se difunde a un público más amplio, ya que se ha vulnerado el bien jurídico protegido.²⁸

Una cuestión muy importante para saber si realmente se está dando el delito de sexting, es saber cuándo la víctima ha dado o no su consentimiento para difundir esas imágenes a terceros. En cuanto al hecho de saber si la persona afectada ha dado o no su consentimiento, la Fiscalía General del Estado establece que, “No resultará necesario acreditar una negativa expresa sino que podrá ser bastante con la no constancia de autorización, situación a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento por parte del afectado de la ulterior cesión o distribución²⁹”. Por lo tanto, desde que la persona afectada no de su consentimiento ya se estaría actuando en contra de su voluntad, y se estaría dando la conducta típica. Esto se ve reflejado en la Sentencia nº 98/2016, en la cual la magistrada expuso que “*no medió consentimiento alguno de la perjudicada para la obtención de las imágenes posteriormente difundidas (...) y que no hubo por parte de la víctima una declaración de voluntad expresa ni en sentido positivo ni en sentido negativo.*”³⁰

Desde nuestro punto de vista, las tres acciones, difundir, revelar o ceder, son completamente diferentes, por lo tanto, es ilógico que se castiguen de la misma forma, debiendo establecer una penalidad diferente para cada una de ellas, puesto que no

²⁸ Citado por DÍAZ TORREJON, P., “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015*”. Tratamiento penal del sexting, pág. 14.

²⁹ Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 13.

³⁰ SJP de Teruel, 98/2016, de 16 de junio, FJ 2º.

poseen la misma gravedad ni repercusión. En cuanto a si es más grave enviar las imágenes a un público amplio o no, consideramos que una vez que las imágenes son enviadas, no importa si es a un público amplio o no, ya que se está vulnerando el bien jurídico protegido. Cabe destacar aquí que para la persona afectada si será de gran importancia si las imágenes han llegado a bastante público, pero en cuanto al derecho, entendemos que desde que se vulnera el bien jurídico protegido ya es de bastante gravedad, y más siendo la intimidad.

3.2.2.2. En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros

En lo que concierne al lugar, el artículo 197.7 del Código Penal, establece concretamente “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros...”, esto nos lleva a pensar que en el caso de que las imágenes o las grabaciones se hubieran realizado con la presencia de más personas no sería un delito. En este sentido encontramos teorías doctrinales contrapuestas.

Existen autores como MARTÍNEZ OTERO, que entiende que la redacción del artículo es “superflua”, ya que no es preciso detallar los lugares donde pueden realizarse imágenes o grabaciones, y “alambicada”, ya que se mezclan dos conceptos, uno jurídico como es el “domicilio”, junto con otro impreciso, como es el “lugares fuera del alcance de la mirada de terceros”, siendo para él más correcto hablar de “lugares privados”. Concibe que las imágenes o grabaciones realizadas en estos sitios, no se encuentren castigados, ya que se entiende que la persona afectada renuncia a la protección de su intimidad³¹. Encontramos otra doctrina, con autores como MUÑOZ CONDE, que establece que se puede incluir en el tipo las relaciones íntimas que se mantienen frente a la mirada de terceros, como puede ser “en un lugar apartado de un parque público, o en una playa desierta.”³² El autor MAGRO SERVET entiende que “el mismo derecho tienen las víctimas que graban esas imágenes a presencia de terceros o sin ellos a que esas imágenes no se difundan, ya que la intimidad se debe proteger igual, y el hecho de que terceros

³¹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, Derecho.com, Diciembre-Febrero, 2013, pág.10.

³² MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, 22º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág.262; MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y Stalking (172.ter) en la reforma del Código Penal*, pág. 6.



estuvieran presentes en los hechos no quiere decir que con ello la víctima no tenga el mismo derecho a proteger su intimidad que si no hubiera terceros en el acto de la grabación o toma de imágenes.”³³

En cuanto a la jurisprudencia, encontramos una Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2020, expresando así que, *“Esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor (...) el domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico, restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de la persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique «...fuera del alcance de la mirada de terceros», conduciría a excluir aquellos supuestos -imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.”*³⁴

Consideramos que este precepto no está formulado de forma correcta, puesto que, nos da a entender que si las imágenes se obtienen en el domicilio puede realizarse con la mirada de terceros y si sería incluido en el artículo 197.7, mientras que si las imágenes se obtienen en lugares públicos con la mirada de terceros no se incluye dentro del tipo, esto nos parece ilógico, la persona que se saca esas imágenes o grabaciones puede decidir ante la mirada de quien hacerlo, y no por ello está dando consentimiento para que se difundan a terceros posteriormente.

3.2.2.3. Cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona

Como último elemento, el artículo 197.7 del Código Penal establece que, el hecho será delictivo “cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.”, es por ello que los jueces deberán analizar cada caso y ver como afecta en la intimidad, además, no basta con cualquier menoscabo a la intimidad, sino que deben ser graves y reprochables. Como establece ARNAIZ VIDELLA “cabe

³³ MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y Stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, pág.6.

³⁴ STS 492/2020, 24 de febrero de 2020.

destacar que la interpretación del derecho a la intimidad, y por tanto de su menoscabo grave, debe interpretarse de acuerdo con la dignidad de la persona³⁵.” Como establece la doctrina mayoritaria³⁶, será menoscabo grave cuando se difundan imágenes o grabaciones que alteren el núcleo duro de la intimidad, teniendo en cuenta, además de los casos de sexting, los que afecten gravemente a la intimidad, como son la ideología, religión, creencias o salud.

Podemos observar en la jurisprudencia, la SAP Barcelona 302/2017, de 24 de abril de 2017, en el cual, el juez falla que “*las imágenes no son denigrantes en su contenido*”, puesto que “*quien mantiene una relación sentimental con otra persona (...) no puede pretender que el derecho penal proteja una expectativa de esa naturaleza (...)*”³⁷

Desde nuestro punto de vista, difundir imágenes o grabaciones de este tipo ya resulta grave para la intimidad de la persona, puesto que se está vulnerando un bien jurídico protegido como es la intimidad y la propia imagen, siendo fundamentales para cualquier persona.

3.2.3. El objeto material

El objeto material del delito recae en las “imágenes o grabaciones audiovisuales”, por lo tanto, da a entender, que las grabaciones de audio no entran en este tipo delictivo. Existe una discusión doctrinal sobre ello, encontrando autores que defienden una teoría más restrictiva, que solo entraría en este tipo penal las imágenes o grabaciones, mientras que existe otra postura contrapuesta más extensiva, que defiende que también entraría los audios sin grabaciones y los textos escritos.

Encontramos un sector de la doctrina con una teoría más restrictiva, defendiendo que no será punible la difusión de aquellas grabaciones que sean solamente de audio, estableciendo que lo concluyente es la imagen, por lo tanto, será punible cuando se trate de imágenes, pero no cuando sea solamente sonido o textos escritos, ya

³⁵ ARNAIZ VIDELLA, J., El sexting en el código penal español, Diario La Ley, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

³⁶ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L., El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos, en Revista de derecho y proceso penal, 2014, pág. 183-220; PÉREZ CONCHILLO, P., Intimidad y difusión de sexting no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 84-86.

³⁷ SAP de Barcelona 302/2017, de 24 de abril de 2017, FJ 3º.

que no se encuentra previsto en el tipo penal.³⁸. Además, encontramos autores como COLÁS TURÉGANO, que establecen que se debe tener en cuenta la literalidad del precepto, quedando fuera de sanción penal las grabaciones de audio y las cartas o mensajes escritos, por lo tanto, debería acudir a la vía civil³⁹.

Otro sector, establece que las grabaciones de voz si deben incluirse en el tipo penal, puesto que con la voz también puede deducirse quién es la protagonista del audio, vulnerando así, su intimidad⁴⁰. De esta manera, La Fiscalía General del Estado establece que, “Por tales hay que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión inconsentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado⁴¹.”

En cuanto a la jurisprudencia, de forma mayoritaria se apoya el tenor literal del artículo 197.7 CP, pero encontramos sentencias de la Audiencia Provincial, en la cual establece que “el objeto material del delito no sólo se integra por imágenes o grabaciones audiovisuales de carácter sexual. Se extiende, por tanto, a cualquier actividad que pueda calificarse de íntima.⁴²” Es por ello, que la jurisprudencia apoya que aparte de las imágenes o grabaciones audiovisuales, también deben incluirse en este tipo penal los audios, puesto que en este tipo de acciones se vulnera también la intimidad de la persona afectada.

Bajo nuestro punto de vista, deberían incluirse las grabaciones de voz en el artículo 197.7 CP, puesto que, se está vulnerando la intimidad. Puede suceder que esas

³⁸ COLÁS TURÉGANO, A., Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., GÓRRIZ ROYO, E., y MATALLÍN EVANGELIO, A., Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.640.; CAMARENA GRAU, S., en QUINTERO OLIVARES, G., Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal, Thomson Reuters, págs.167-168; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L., El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el caso de Olvido Hormigos, pág. 202.

³⁹ COLÁS TURÉGANO, A., Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., GÓRRIZ ROYO, E., y MATALLÍN EVANGELIO, A., Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.640.

⁴⁰ LLORÍA GARCÍA, P., La difusión inconsentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013, Elderecho.com, Valencia, 2013.

⁴¹ Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 11.

⁴² SAP de Madrid 515/2018, de 19 de julio, FJ 5º.

grabaciones de voz, lleguen a su entorno más cercano, conociendo su voz, y así, sabiendo que es la persona de dicho audio, en el cual se ha vulnerado su intimidad, o directamente que junto con el audio pongan el nombre de la persona, violando así su intimidad. Por lo tanto, consideramos que el artículo 197.7 se encuentra incompleto, ya que puede llegar a crear confusión, puesto que si lo interpretamos de forma literal solo se incluiría las imágenes y grabaciones audiovisuales.

3.3 Tipo subjetivo

Como elemento del tipo subjetivo, tan solo se requiere el dolo, es decir, se debe realizar la acción con intención. También se incluye el dolo eventual, el sujeto conoce el riesgo que puede ocasionar, pero aun así, realiza la acción. Cabe señalar que cuando el sujeto realiza la acción sin conocer los riesgos, es decir, por imprudencia, quedaría excluido.

En el caso de un error de tipo, no será penado, quedará impune, cuando el sujeto proceda a difundir las imágenes o grabaciones, pensando que tiene consentimiento para ello, o puede suceder que el sujeto activo reenvíe la imagen o grabación por error, dando lugar a un error de tipo vencible, no incluyéndose en el artículo 197.7 CP, ya que no realiza la acción con intención de vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, por lo tanto, sería de aplicación el artículo 14 del Código Penal⁴³.

También nos encontramos con el supuesto, en el cual, el sujeto pasivo envía las imágenes por error, no siendo de aplicación el artículo 197.7 CP, puesto que las imágenes no han sido enviadas con anuencia de la víctima. Por lo tanto, si el sujeto activo difunde esas imágenes, no se aplicaría el delito del artículo 197.7 CP, ya que no las recibió con el consentimiento de la víctima y este es un requisito fundamental para que se de este precepto.

3.4 Tipo agravado

El tipo agravado del delito de sexting se encuentra en el artículo 197.7.2º párrafo: “La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido

⁴³ PÉREZ CONCHILLO, E, Intimidad y difusión de sexting no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 87.

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.”

- *Cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

En este caso, hace referencia tanto a la violencia de género, como a la doméstica, es decir, hace referencia al hombre que difunde imágenes o grabaciones de una mujer o de otro hombre, como a la mujer que difunde las imágenes de un hombre o de otra mujer, a diferencia de lo que establece el artículo 153, 171.4 y 172.2, que es de él a ella⁴⁴.

Este delito puede ser muy habitual entre parejas, teniendo imágenes o grabaciones íntimas, y en el momento que se separan, deciden difundir dichas imágenes como una traición. Como establece GONZÁLEZ COLLANTES, “Esta agravación responde, en términos de injusto, a las mayores posibilidades de comisión del delito por parte de aquellos sujetos, por lo fácil que les resulta o les puede resultar acceder a fotografías y videos íntimos de quien es o ha sido su pareja y que han sido realizados en común.”⁴⁵,

Además, como establece COLÁS TURÉGANO, este supuesto se aplica más que el tipo básico, puesto que es más fácil obtener imágenes de tu pareja, ya que existe esa confianza, que obtenerla de personas que no mantengan o hayan mantenido una relación de afectividad⁴⁶.

Desde nuestro punto de vista, es lógico que este acto se encuentre dentro del tipo agravado, en este tipo de relaciones es más fácil conseguir este tipo de imágenes y una vez que la relación termina, pueden usarse en contra de la otra persona para conseguir algo o simplemente por venganza. Resulta obvio que este suceso se aplique más que el

⁴⁴ MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y Stalking (172.ter) en la reforma del Código Penal*, pág. 9.

⁴⁵ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, 13, pág.71.

⁴⁶ COLÁS TURÉGANO, A., *Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts.197;197 bis; 197 ter)*, pág.670.

tipo básico, siendo más fácil conseguir estas imágenes por la pareja, ya que existe una confianza previa.

- *La víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

La necesidad de establecer este tipo específico viene dado por la vulnerabilidad de las víctimas, pudiéndose debatir si tienen la suficiente capacidad de entender lo que hacen. En este tipo de delitos surge un problema concursal con el delito de pornografía infantil del artículo 189 CP, siendo de aplicación preferente el artículo 189.1 CP, por la vía del principio de especialidad. Hay estudios que establecen que “el 19% de menores españoles, de 11 y 12 años, dicen haber recibido mensajes de contenido sexual a través de la red, porcentaje que alcanza el 34%, en la franja de 13 y 14 años, y se dispara hasta el 42% entre los jóvenes de 15 y 16 años.”⁴⁷, por lo tanto, es importante mencionar este tipo de agravante, ya que como podemos ver, sucede de forma habitual.

La autora PÉREZ CONCHILLO, establece que, se debería establecer una “cláusula de exoneración de la responsabilidad penal (...) de tal forma que cuando exista simetría de edad entre los jóvenes se otorgue validez al consentimiento de los menores de 16 años y no quepa exigir responsabilidad penal para no criminalizar relaciones sexuales entre jóvenes”⁴⁸.

Es de real importancia informar y educar a los jóvenes de los peligros que conllevan las nuevas tecnologías, puesto que debido a su corta edad no posee la madurez necesaria para pensar en las consecuencias de estas acciones. Bajo nuestro punto de vista, el legislador ha incorporado de forma correcta este tipo agravado, puesto que muchas veces los jóvenes no saben lo que hacen y no poseen los conocimientos necesarios para saber lo que está bien o mal.

- *Finalidad lucrativa.*

⁴⁷ SERRANO, L., ‘Sexting’, Antes de darle a ‘enviar’, ¡piénsatelo!, 8 de marzo, 2019.

⁴⁸ PÉREZ CONCHILLO, E, Intimidad y difusión de sexting no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 90.

Este tipo no posee discusiones doctrinales. En este caso lo que se pretende con las imágenes o grabaciones es obtener un beneficio económico. Este tipo agravado posee una especial reprochabilidad, puesto que el autor del delito, realiza estas conductas para obtener un interés económico.⁴⁹ Esta agravante, encuentra autores como GONZÁLEZ COLLANTES, que critican el tipo agravado, estableciendo que “Este tipo agravado no tiene fundamento político-criminal a menos que exista habitualidad, que el sujeto activo en cierta medida se dedique al tráfico de material íntimo de otras personas...”⁵⁰

En este caso, no nos encontramos de acuerdo con la autora anteriormente mencionada, ya que no vemos necesario que sea un acto habitual, desde el momento que te lucras con esta actividad se debe castigar con el tipo agravado, no importando si lo realiza una o diez veces, el fin en sí es lucrarse con imágenes o grabaciones íntimas de otra persona, siendo vulnerado el bien jurídico protegido.

3.5 Penalidad

En el delito de sexting la pena se encuentra en el artículo 197.7 CP, estableciendo que “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses...”. Este apartado ha recibido numerosas críticas, encontrando posiciones en contra y a favor.

Encontramos autores, que consideran que la pena no es proporcionada, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, concibe que la pena sea “liviana”⁵¹, haciendo mención a otros autores, como MARTÍNEZ OTERO entiende que resulta “desproporcionada” la pena, no siendo coherente con el principio de intervención mínima y de fragmentariedad del ordenamiento penal, sabiendo que este tipo de conductas puede resultar lesivo para la intimidad, pero establece que el afectado es el responsable directo⁵². En contraposición, encontramos autores como GONZÁLEZ COLLANTES, entiende que la pena si es

⁴⁹ *Ibíd*em, pág.93.

⁵⁰ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras*, en Revista de derecho penal y criminología, 3º Época, nº 13 de enero de 2015, pág. 71.

⁵¹ Citado por DÍAZ TORREJÓN, P., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Tratamiento Penal del sexting. Del 13 al 14 de Julio de 2017, pág.14.

⁵² MARTÍNEZ OTERO, J.M., *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, pág. 11.

proporcionada, puesto que las imágenes y grabaciones se han obtenido con el consentimiento de la persona afectada, y no es lo mismo que obtenerla sin autorización, por lo tanto, es menos reprochable, y es por ello que la pena es más baja en comparación con los preceptos anteriores⁵³.

Bajo nuestro punto de vista, la pena no nos parece proporcionada, ya que se está vulnerando bien jurídico protegido, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, por lo tanto, la pena debería ser más elevada. El artículo 197.7 del Código Penal, menciona que debe menoscabar gravemente la intimidad de la persona, por lo tanto, resulta irónico que la pena sea tan leve.

4. El sexting en la violencia de género

Debido al avance de las nuevas tecnologías, la violencia de género ha trascendido a los medios tecnológicos, esta situación ha provocado que la sociedad haga más uso de las redes sociales, lo que se traduce en un aumento de las posibilidades en cuanto a delitos informáticos se refiere. Además, es importante añadir que los casos de violencia de género son más fáciles de realizar para el agresor, ya que posee una relación íntima con la víctima, siendo posible conseguir ese material sexual. Los agresores realizan este comportamiento para lograr algo, o simplemente como una venganza o control hacia ellas.

El Instituto Europeo de la Igualdad de Género en “La ciberviolencia contra mujeres y niñas”, establece que “Los estudios indican que hasta el 90% de las víctimas de la práctica de la venganza pornográfica son mujeres, y que la cifra de casos va en aumento⁵⁴.” Es por ello que en este apartado nos vamos a centrar en la violencia de género, ya que debido a las estadísticas es más usual que se efectúe del hombre a la mujer. El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en su VI Congreso Anual, recogió el sexting en su Guía de Criterios de Actuación judicial frente la Violencia de Género⁵⁵.

⁵³ GONZÁLEZ COLLANTES, T., *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, 13, pág.70.

⁵⁴ INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO., *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, 2017, pág. 3.

⁵⁵ VI Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, celebrado en el antiguo Salón de Sesiones del Senado el día 3 de noviembre de 2016.

Como mencionamos anteriormente, se trata de un tipo agravado, regulado en el artículo 197.7 párrafo 2º: “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 única a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia...”, aunque aquí no se menciona el género del agresor ni de la víctima, nos vamos a centrar del hombre hacia la mujer.

Encontramos autores, como SORIANO RUÍZ, que realiza una diferencia entre el delito de *stalking* y el *sexting* en cuanto a violencia de género se refiere. En cuanto al delito de *stalking*, en caso de violencia de género, la pena de multa queda anulada, siendo sustituida por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, además, a diferencia del delito de *sexting*, en caso de penas de prisión, si ocurren casos de violencia de género no será la mitad superior del tipo básico, sino que posee penas concretas para este caso. En casos de violencia de género no se puede condenar al agresor con penas de multa, siempre y cuando existan relaciones económicas entre ellos. Es por ello que con la reforma del Código Penal de 2015, se introdujo el artículo 84.2 CP, estableciendo que: “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 (...), el pago de la multa a que 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.” Por lo tanto, en estos casos de violencia de género la pena de multa será anulada⁵⁶.

En cuanto a la competencia judicial, al principio, correspondía a los Juzgados de Instrucción, a diferencia del *Stalking* que corresponde al Juzgado de Violencia contra la Mujer, en caso de violencia de género. Esto es así debido al artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial “1. Los juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los Títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e

⁵⁶ SORIANO RUIZ, N., *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, pág.12.

indemnidad sexual o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiese cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia...” El autor MAGRO SERVET, establece que para poder llevar este delito al Juzgado de Violencia contra la Mujer, se debe modificar el artículo 87 ter LOPJ, ya que el delito de sexting pertenece al Título X en los delitos contra la intimidad y derecho a la propia imagen y no se incluye dentro de los establecidos en dicho artículo⁵⁷. Se llevó a cabo dicha modificación; el artículo 87 ter 1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue reformado, en la LO 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incluyendo en dicho artículo los delitos contra la intimidad, siendo así competente en los delitos de sexting en caso de violencia de género los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

Encontramos un artículo en el Código Penal, siendo de importante mención en este apartado, concretamente el artículo 22.4 CP. La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado la agravante genérica del artículo 22.4 CP, incorporándose, el género como nuevo elemento.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, establece en su Preámbulo “algunas modificaciones en materia de violencia de género y doméstica para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal a las víctimas de este tipo de delito.”. Pero hubo discusiones sobre este precepto, ya que este motivo se establecía en el de discriminación por razón de sexo, pero existe una amplia diferencia, pues el “sexo” hace mención a la biología de hombre o de mujer, no solamente a la mujer. Así lo establece la LO 1/2015, de 30 de marzo, en su Preámbulo, “se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.”

⁵⁷ MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y Stalking (172.ter) en la reforma del Código Penal*, pág. 10.

Como establece ESPINOSA CEBALLOS, la valoración de esta agravante requiere que la discriminación se haga hacia la mujer, pero no vale contra cualquier mujer, estableciendo como requisito que exista o haya existido una relación de afectividad.⁵⁸

En cuanto a jurisprudencia, podemos mencionar, la SAP 317/2019, de 4 de febrero, en el cual, el autor del delito de sexting fue condenado por un delito continuado contra la intimidad en el ámbito de violencia de género.

Desde nuestro punto de vista me parece adecuado que la violencia de género entre en el tipo agravado del artículo 197.7 CP, puesto que la persona afectada ha enviado esas imágenes o vídeos privados con la base de una confianza con el autor del crimen. Además, es mucho más fácil cometer este tipo de delitos cuando existe una relación afectiva. Aunque me encuentro en contra de que la violencia de género solo incluya a quien haya sido tu pareja, puesto que deja desprotegido a muchas mujeres, y es necesario que cuando le suceda a ellas, también se le aplique la agravante mencionada en el artículo 22.4 CP.

5. Concursos

El sexting es un delito que en muchas ocasiones viene acompañado de otro tipo de delitos, como pueden ser el chantaje, tratos humillantes y/o degradantes... por ello, es de real importante hablar sobre los concursos que posee este delito.

5.1. Sextorsión

El sexting es un delito que la mayoría de las veces se comete conjuntamente con la comisión de otros delitos, en muchas ocasiones viene acompañado de un chantaje para poder conseguir un fin.

La sextorsión consiste en chantajear a la víctima con publicar imágenes o vídeos de contenido sexual si no accede a lo que le pide, pudiendo ser reenviar otras imágenes o vídeos de contenido sexual, hasta mantener relaciones sexuales con el chantajista, u otras acciones de índole sexual⁵⁹. La sextorsión debe realizarse a través de medios

⁵⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La agravante genérica de discriminación por razones de género* (art.22.4 CP), Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2018, pág.16.

⁵⁹ ANDREY, C., ¿Qué es la sextorsión?, 18 mayo, 2020.

digitales; dicho chantaje tiene como finalidad el abuso sexual, así como la explotación pornográfica, ya sea para uso privado o público; las víctimas no tienen una edad determinada, pudiendo ser tanto adultos como menores; además, la sextorsión puede realizarse por cualquier persona, tanto conocidos como desconocidos; las imágenes se pueden adquirir a través de una relación sentimental, siendo esto lo más corriente, ya que hay una confianza previa; y por último, puede ser tanto en un momento puntual, como continuada⁶⁰.

Autores como SORIANO RUÍZ, nos dice que esta práctica se castiga mediante el artículo 172.1 CP, relativo a la coacción, no siendo posible castigarla mediante el artículo 197.7 CP. Se establece una pena de 6 meses a 3 años de prisión, o multa de 12 a 24 meses. Mientras que en el artículo 172.2 CP, se castigan las coacciones leves que se realicen sobre una mujer, siempre y cuando haya mantenido o mantenga una relación sentimental. Pero esta autora considera que la sextorsión no puede ser calificada como leve⁶¹.

Cabe mencionar que, si difundiera las imágenes y, además, coaccionará a la víctima, sería castigado con los delitos, tanto el delito de sexting establecido en el artículo 197.7 CP, como el delito de coacción previsto en el artículo 172.1 CP.

La sextorsión puede realizarse tanto en la violencia doméstica, como en la violencia de género, al tener imágenes o videos de índole sexual de la otra persona, en el caso de separación, o en el caso de una discusión, chantajea a la otra persona con difundir dichas imágenes para conseguir algo, ya sea seguir con él/ella u otra pretensión⁶².

En referente a lo mencionado, encontramos resoluciones judiciales, como la sentencia 37/2021, de 21 de enero, en la cual, el autor del crimen mantenía una relación sentimental con una menor de edad, dicha menor le había mandado imágenes y grabaciones íntimas, y en el momento de acabar la relación, la chantajeo en varias ocasiones, exigiéndole que hiciera determinadas acciones o volviera con él, y si no era

⁶⁰ LÓPEZ HERRERO, A.C., Diseño, implementación y evaluación de un programa de intervención educativa para la prevención de trastornos derivados del uso de las tecnologías en ESO, pág.90.

⁶¹ SORIANO RUÍZ, N., *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*, , Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad 18 de marzo de 2019, pág.13.

⁶² MAGRO SERVET, V., *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*, pág.11.

así, mandaría las imágenes y grabaciones íntimas que la menor le había enviado cuando se encontraban en una relación⁶³.

Como mencionábamos anteriormente, a pesar de ser un delito unido al *sexting*, no se encuentra prevista en el artículo 197.7 CP, sino que debemos acudir a otros preceptos penales, como es el artículo 172.1 CP. Desde nuestro punto de vista, debería incluirse en el artículo 197.7 CP, ya que como vemos, es una figura que se encuentra muy ligada al delito de sexting y en muchas ocasiones, el sexting va unido al chantaje.

5.2. Tratos humillantes y/o degradantes

Los tratos humillantes y/o degradantes, se definen como “crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral⁶⁴.”

El delito de sexting, aparte de lesionar la intimidad de la víctima, puede llegar a lesionar gravemente la integridad moral de la víctima, incurriendo en un delito contra la integridad moral⁶⁵, regulado en el artículo 173.1 CP, “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”. En estos casos se produce un concurso ideal entre el delito contra la intimidad regulado en el artículo 197.7, y el delito contra la integridad moral del artículo 173.1, ya que se lesionan dos bienes jurídicos diferentes⁶⁶. Además, también se puede incurrir en delito contra la integridad moral en el supuesto de que las imágenes se sigan transmitiendo a terceros, dando lugar a una cascada de las imágenes o videos íntimos, sabiendo que dicha transmisión se está realizando sin el consentimiento de la persona afectada, y que dicho contenido íntimo puede afectar gravemente su integridad moral⁶⁷.

La autora SORIANO RUÍZ, establece que este tipo de trato degradante puede darse en los casos de maltrato habitual, en el momento en que uno de los sujetos divulga las

⁶³ STS 37/2021, de 21 de enero de 2021.

⁶⁴ STS 325/2013, 2 de Abril de 2013.

⁶⁵ Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 71.

⁶⁶ Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pág. 16.

⁶⁷ Ibidem, pág. 15.

imágenes o videos de índole sexual de su pareja o ex pareja, con el único fin de humillarla, ocasionándole un daño, tanto moralmente como psicológicamente⁶⁸.

Como mencionábamos anteriormente con la sextorsión, este delito debería incluirse también en el artículo 197.7 CP, puesto que se encuentra ligado a él, ya que en la mayoría de las ocasiones cuando se realiza el sexting, también afecta a la integridad moral de la víctima.

5.3. Sexting y menores

El fenómeno de sexting entre adolescente es considerado habitual, además, es una conducta para ellos, totalmente normal. En los últimos años podemos observar cómo ha aumentado el número de menores que realizan el sexting, siendo su intimidad compartida con todo aquel que tenga acceso a internet.

Esto se puso de relieve en 2008, con un caso ocurrido en Estados Unidos, la víctima le había pasado imágenes de contenido sexual a su pareja, la cual, cuando termino la relación, difundió las imágenes. La víctima se suicidó.⁶⁹ Cabe mencionar que el instituto no hizo nada al respecto, ¿Cómo puede ser que conductas así no estén castigadas?, es por ello que se debería informar mejor sobre estos temas y no dejar impunes a quien realicen delitos de cualquier índole.

Como mencionábamos anteriormente se trata de un tipo agravado, regulado en el artículo 197.7 párrafo 2º “La pena se impondrá en su mitad superior cuando (...) la víctima fuera menor de edad...” Es importante centrarnos en esta figura ya que, los menores no poseen la madurez necesaria para entender si lo que hacen está bien o mal, y es por ello, que son más vulnerables.

Antes de la reforma de 2015 se protegía de mayor forma al menor de trece años, pero a través de esta reforma, se amplió la edad a los dieciséis años. Debiendo protegerse la indemnidad sexual, frente a delitos cometidos por adultos, hasta que tuvieran la suficiente madurez para decidir con libertad.⁷⁰ Con esto se introdujo el

⁶⁸ SORIANO RUÍZ, N., *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*, , Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad 18 de marzo de 2019, pág.14.

⁶⁹ MENDOZA CALDERON, S., *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, ciberbullying, grooming y sexting*, 1ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.169.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 22º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 224.

artículo 183 quater “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.” Podemos entender que el objeto de protección es doble, tanto impedir la realización de pornografía infantil, y que no se vea limitada la libertad de los menores por intromisión de los adultos, y se pretende salvaguardar la libertad sexual de los menores.

El sexting de menores se encuentra estrechamente unido con la pornografía infantil, es por ello que vamos a analizar ambas figuras, además, encontramos autores que entienden que el sexting y la pornografía infantil se encuentran ligados, mientras que otros creen que son figuras totalmente distintas. El concepto de pornografía infantil viene establecido en el artículo 189.1b CP⁷¹.

Como establece PÉREZ CONCHILLO, cuando el delito de *sexting* incurre sobre menores, se encuentra relacionada con el delito de pornografía infantil del artículo 189 CP, dando lugar a un concurso, en el cual será de aplicación preferente el delito de pornografía infantil. Pero esto resulta controvertido desde la perspectiva de la *última ratio* y *fragmentariedad del Derecho Penal*. Pero existe otro problema; cuando se realiza entre menores, pudiendo ser responsables de un delito de pornografía infantil con tan solo tener en su dispositivo móvil, imágenes o videos de índole sexual⁷². Se introdujo el artículo 183 quarter CP en el Capítulo II bis, de los abusos y agresiones sexuales a menores, excluyendo la responsabilidad penal, siempre y cuando, la persona sea próxima a edad y grado de madurez. Resulta lógico que si es de aplicación en relaciones sexuales, que es una conducta más grave, también lo sea en caso de difusión de imágenes de contenido sexual.

Existen autores como COLÁS TURÉGANO, que establecen que las dos figuras poseen diferencias. En el *sexting*, el menor envía las imágenes con consentimiento, pero

⁷¹ “a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesidad de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser menor, con finales principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtener las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”

⁷² PÉREZ CONCHILLO, E, Intimidad y difusión de sexting no consentido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 91.

se difunden a terceros sin la autorización del menor afectado, mientras que en la pornografía infantil encontramos conductas equivalentes, pero el menor es explotado como víctima sexual, con fines sexuales. El elemento de explotación no se encuentra en el delito de *sexting*⁷³.

La autora MENDOZA CALDERÓN, propone que antes de establecer un castigo penal, se debería tomar otras medidas, partiendo de la base de la educación. Desde educarles en casa, en la escuela, hasta advertir al menor de los riesgos que conlleva el internet⁷⁴.

En cuanto a jurisprudencia, podemos observar que el Tribunal supremo condenó a una persona por difundir imágenes íntimas de dos menores. Fue condenado también por otros delitos como exhibicionismo y provocación sexual, ya que les mostro a las menores sus partes íntimas. El fallo de la sentencia lo absolvió del delito de exhibicionismo, pero lo condeno por el delito de sexting.⁷⁵

Desde nuestro punto de vista, no podemos equiparar los delitos de sexting y pornografía infantil, ya que, aunque tengan similitudes entre sí, son delitos totalmente distintos, como vimos anteriormente, en el sexting el contenido privado se envía por primera vez de forma voluntaria, mientras que en la pornografía infantil se encuentran coaccionados. Se debe reforzar la educación, tanto en casa, como en el colegio, pues los menores al no tener un grado de madurez, no son conscientes de que enviar este tipo de contenido por internet supone un delito. Si empezamos a educar a los más jóvenes, la sociedad experimentara un cambio a mejor.

6. Conclusiones y propuesta de *lege referenda*

A lo largo de los años, las tecnologías han ido evolucionando, y esto lleva consigo que evolucione en todos los ámbitos, inclusive en el derecho. Esto dio lugar a

⁷³ COLAS TURÉGANO, A., Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU, M.L., Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 95-96.

⁷⁴ MENDOZA CALDERON, S., El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y *sexting*, 1ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.173.

⁷⁵ LA VOZ DE AVILÉS, El joven acusado de difundir imágenes sexuales de dos menores, multado con 540 euros, 27 de junio de 2019.

una nueva reforma del código penal; la reforma LO 1/2015, llevando a cabo la incorporación del artículo 197.7 CP.

Como hemos visto a lo largo del trabajo, el bien jurídico protegido nuclear es la intimidad, pero ello no quiere decir, que sea el único, también encuentra otros bienes jurídicos protegidos, como el derecho a la propia imagen del afectado, e incluso el honor.

En cuanto al análisis del delito, encontramos unanimidad en cuanto al sujeto pasivo, pero existe una discusión en cuanto al sujeto activo, surgiendo un debate sobre si debería castigarse solo al que envía las imágenes por primera vez o en cambio, a todo aquel que las haya enviado posteriormente. En el Código Penal solo se castiga a la persona que obtuvo las imágenes de dicho contenido privado con consentimiento de la víctima, y quedando impune los terceros que siguen divulgando dicho contenido, este acto lleva consigo una cadena de transmisión de las imágenes o grabaciones. Dicha transmisión podría ser paralizada de manera eficaz si los terceros que reciben este contenido no siguen divulgando y lo ponen en conocimiento de las autoridades competentes. El hecho de que se castiguen a todos los que difunden este contenido, genera una consciencia directa de los actos que realizan. Los terceros que difunden las imágenes, realizan este acto, sabiendo que no tendrán consecuencias penales, si esto cambia, se podría acabar antes con el sexting, ya que la no difusión de estas imágenes, hace que la cadena se corte y no siga transmitiéndose por internet. Tiene la culpa tanto el que envía la imagen o grabación por primera vez, como aquel que las sigue enviando, formando una cadena sin fin.

La acción típica consiste en difundir, revelar o ceder las imágenes a terceros, siendo todas esas acciones penadas de igual forma, se debería penar de forma diferente según sea difundir, revelar o ceder, ya que como mencionamos anteriormente, difundir las imágenes o grabaciones posee una mayor lesividad para el sujeto afectado, ya que el bien jurídico protegido se ve más afectado.

Nos vamos a centrar en el lugar del delito del artículo 197.7 CP, que nos dice “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella 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.”



Cada persona es libre de enviar dichas imágenes a quien considere oportuno, y no por realizar las imágenes en un lugar público, pueden ser divulgadas a terceros sin ser delito. No nos parece coherente que el hecho de que se genere material de índole privada en un sitio público, en el que, pueda estar expuesta a mirada de terceros, como pueda ser una reserva natural, sea razón para que este delito quede impune, puesto que, existen lugares que aun siendo públicos, debido a su situación geográfica se pueden encontrar aislados de la sociedad y de posibles terceros.

Surge también un debate en cuanto al objeto material, pues como hemos visto, encontramos autores que establecen que solo se debería castigar si son imágenes o grabaciones audiovisuales, mientras que otros autores mencionan que deberían castigarse incluso las grabaciones de voz sin imágenes, y hasta los textos escritos. Consideramos que el objeto material debería incluir las grabaciones de audio sin vídeo y los textos escritos, siempre y cuando sean de tipo sexual, puesto que con esta acción también se menoscaba la intimidad de la persona afectada, e interpretar el artículo de forma literal nos puede llevar a no castigar a aquellos sujetos que difundan este tipo de archivos, y quedar impunes ante tanto daño.

Al igual que la penalidad, pudimos observar como para una parte de la doctrina es una pena desproporcionada, mientras que para otra es una pena proporcionada, ya que la persona es la responsable de mandar o no esos archivos de índole sexual. Se deberían endurecer las penas de este delito, puesto que, como mencionamos anteriormente, no resulta proporcional que ante un delito en el que se atenta contra la intimidad privada de la persona, se castigue con una pena tan severa.

Hemos visto como este delito es más usual realizarlo en la violencia de género, puesto que es mucho más fácil conseguir esas imágenes o grabaciones de tu pareja, ya que han sido enviados desde una base de confianza. En este tipo, la mayoría de los casos se realiza por venganza, en este caso, para conseguir más fotos de este tipo, o simplemente por hacerle daño a tu pareja o la que haya sido tu pareja. Por lo tanto, es de gran importancia castigar este delito en el tipo agravado.

Además, hemos podido observar que el delito de sexting no viene solo, sino que puede venir acompañado de otros delitos; como son el chantaje, tratos degradantes y/o humillantes y los delitos contra menores.

Como conclusión y tras el análisis de este delito, podemos decir que las leyes no se adaptan de manera adecuada a los nuevos cambios, desde nuestro punto de vista no



existe una proporcionalidad adecuada de las medidas penales frente a las penas impuestas en el delito de *sexting*, ya que no parece lógico que un delito que puede afectar a la reputación de la persona, se castigue con penas tan leves cuando el bien jurídico protegido del que hablamos es la intimidad personal, consagrada en el artículo 18.1 de la Constitución Española, siendo un derecho fundamental.

El peligro sobre el uso de las drogas, la importancia del reciclaje, entre otros, son temas que son abordados desde la educación infantil, y nos encontramos en una época en la que es más importante que nunca educar e informar sobre los peligros que se encuentran en Internet, en concreto, sobre el *sexting*. A lo largo de este trabajo, hemos podido observar que no se está educando ni informando de manera adecuada a la sociedad, ya que en muchas ocasiones no nos damos cuenta que estamos realizando actos delictivos, esto denota dicha desinformación. Por ejemplo, es de lógica que el asesinato conlleva consecuencias penales, pero a diario, en nuestros dispositivos móviles vemos imágenes y compartimos contenido que pueden suponer actos delictivos, y no somos conscientes de ello. Por lo tanto, es de real importancia educar e informar sobre el tema y facilitar herramientas de ayuda. Una de las maneras más efectivas de evitar este delito es la información desde las bases de la educación, para que los menores que se encuentren utilizando internet ya sean conscientes del peligro que esto conlleva. Se podrían adaptar modelos de ayuda, como en otros tipos de acoso, para ofrecer herramientas que en primera instancia eviten casos de *sexting*, además de apoyo en casos en los que se haya cometido este delito, para ayudar a la persona afectada a superar esta situación tan delicada.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDREY, C., ¿Qué es la sextorsión?, en Andrey Ferreiro Abogado, 18 mayo, 2020.
Disponible en: <https://andreyferreiroabogados.com/2020/05/18/que-es-la-sextorsion/> (fecha de última consulta: 20 de junio de 2021)
- ARNAÍZ VIDELLA, J., El sexting en el código penal español, en Diario la Ley, N° 8995, Sección Tribuna, 7 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
Disponible en: <https://ecija.com/sala-de-prensa/sexting-codigo-penal-espanol/> (fecha de última consulta: 25 de marzo de 2021)
- 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.
- Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pp. 1-81.
- COLAS TURÉGANO, A., Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU, M,L (Coord.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., (Coord.), Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- COLÁS TURÉGANO, A., Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), En GONZÁLEZ CUSSAC, J, L., GÓRRIZ ROYO, E., y MATALLÍN EVANGELIO, A., Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DEL BARRIO, A., Así cambió el código Penal por el vídeo sexual de Olvido Hormigos, en El Mundo, 2019. Disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2019/05/30/5cee6365fc6c83ae2a8b45a6.html> (fecha de última consulta: 25 de marzo de 2021)
- DÍAZ TORREJÓN, P., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Tratamiento penal del sexting*, Revista del Ministerio Fiscal n°1, 2016, pp.1-19.



- FERNÁNDEZ OLMO I., *El sexting y otros delitos cometidos con teléfonos móviles*, Fiscal-Delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga, 2014, p.6.
- GARCÍA MAGNA, D., *Nuevos conceptos de violencia: el delito de sexting como parte de otras conductas delictivas*, Revista electrónica de Estudios penales y de la Seguridad, 2019, p.4.
- GARCÍA VALENZUELA, N., *El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2020, pp. 8-12.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: Luces y sombras*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3º ed., nº13, enero de 2015, pp.51-84.
- GUISASOLA LERMA, C., Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, En CUERDA ARNAU, M, L., y FERNÁNDEZ HERÁNDEZ, A., Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HERAS VIVES, L., La protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español, Depósito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2017. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/189646?ln=ca>;
- INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO., La ciberviolencia contra mujeres y niñas, 2017. Disponible en: [file:///C:/Users/Lara/Downloads/ti_pubpdf_mh0417543esn_pdfweb_20171026164000%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lara/Downloads/ti_pubpdf_mh0417543esn_pdfweb_20171026164000%20(1).pdf) (fecha de última consulta: 5 de junio de 2021)
- JIMÉNEZ SEGADO, C., “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”. En “Actualidad Jurídica Aranzadi” núm. 917/2016.
- LA VOZ DE AVILÉS, El joven acusado de difundir imágenes sexuales de dos menores, multado con 540 euros, 27 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.elcomercio.es/aviles/absuelto-joven-acusado-20190627134414-nt.html> (Fecha de última consulta: 28 de junio de 2021)

- LLORÍA GARCÍA, P., “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, Elderecho.com, 2013. Disponible en: <https://elderecho.com/la-difusion-inconsentida-de-imagenes-intimas-sexting-en-el-proyecto-de-codigo-penal-de-2013> (fecha de última consulta: 20 de abril de 2021)
- LÓPEZ HERRERO, A.C., Diseño, implementación y evaluación de un programa de intervención educativa para la prevención de trastornos derivados del uso de las tecnologías en ESO, tesis doctoral, 2015. Disponible en: <file:///C:/Users/Lara/Downloads/Andr%C3%A9s%20Carlos%20L%C3%B3pez%20Tesis%20combinada.pdf>
- MAGRO SERVET, V., *Los delitos de Sexting (197.7) y Stalking (172 ter) en la Reforma del Código Penal*, Ponencia de la formación continuada, Fiscalía General del Estado, 2015, pp.4-14.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art.22.4 CP)*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2018, p.16.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. Publicaciones del Boletín Oficial del Estado, n.32, 2016. pp.409-430.
- MARTÍNEZ OTERO, J.M., La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, El derecho.com, n.12, 2013. Disponible en: <http://www.derecom.com/component/k2/item/212-la-difusion-de-sexting-sin-consentimiento-del-protagonista-un-analisis-juridico>
- MENDOZA CALDERON, S., El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting, 1ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 18-16, 2016. pp. 1-27.
- MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte especial, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



- OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L., *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos”*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº35, 2014. pp.11-220.
- PÉREZ CONCHILLO, E., *Intimidación y difusión de sexting no consentido*, 1º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROMEO CASABONA, C.M., Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., y BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho penal parte especial, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016
- SERRANO, L., ‘Sexting’, Antes de darle a ‘enviar’, ¡piénsatelo!, 8 de marzo de 2019. Disponible en: [‘Sexting’. Antes de darle a ‘enviar’, ¡piénsatelo! \(heraldo.es\)](https://www.heraldo.es) (Fecha de última consulta: 28 de junio de 2021)
- SORIANO RUIZ, N., *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. pp.8-14.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)*, Revista de Internet, Derecho y Política, n. 27, 2018, p.36.
- VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información*, Depósito de Investigación Universidad de Sevilla, 2016. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/52298>

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STC 231/1998, de 2 de diciembre, de 1998.
- STC 134/99, de 15 de julio, de 1999.
- STC 70/2002, de 3 de abril, de 2002.
- STC 70/2009, de 23 de marzo, de 2009.
- STS 357/2007, de 30 de abril, de 2007.
- STS 325/2013, de 2 de abril de 2013.
- STS 492/2020, 24 de febrero de 2020.
- STS 37/2021, de 21 de enero de 2021.

SAP 96/2015, 27 de febrero, de 2015.

SAP 515/2018, de 19 de julio, de 2018.

SAP 317/2019, de 4 de febrero de 2019.

SJP 98/2016, de 16 de junio, de 2016.

