

*TRABAJO FIN DE GRADO*

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: Julio

## **TRATAMIENTO PENAL DEL *SEXTING***

### **TERCIARIO**

#### **Criminal treatment of tertiary *sexting***

Realizado por la alumna D<sup>a</sup>. Beatriz Rodríguez Pérez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

## ABSTRACT

The advancement of technology has revolutionized our society, bringing very positive aspects. However, it has also betrayed new forms of crime by using ICT as a means. That is why the legislator has tried to typify new behaviors such as the one that will be the object of study in this work on the inconsistent dissemination of images obtained with consent and, especially, the serious consequences that are taking place in the field of minors. However, it is worth considering whether the person responsible for the behavior of sexting would only involve the person who directly obtains the images or videos of sexual content and subsequently disseminates them without the victim's authorization or whether third parties who distribute them to other people are punishable. We will therefore talk about tertiary sexting and its possible typification.

**Key Words:** *sexting*, intimacy, unauthorized dissemination, third parties, child pornography, degrading treatment, minors.

## RESUMEN

El avance de la tecnología ha revolucionado nuestra sociedad, aportando aspectos muy positivos. Sin embargo, es evidente que también ha traído consigo nuevas formas de delincuencia empleando como medio las TICs. Es por ello por lo que el legislador ha tenido que tipificar nuevas conductas como la que será objeto de estudio en este trabajo relativa a la difusión in consentida de imágenes obtenidas con consentimiento y, especialmente, las graves consecuencias que esto conlleva en el ámbito de los menores de edad. No obstante, cabe plantearse si el responsable por la conducta del sexting implicaría solo a quien obtiene directamente las imágenes o vídeos de contenido sexual y posteriormente las difunde sin autorización de la víctima o si es punible a terceros ajenos que la distribuyen a otras personas. Hablaremos por tanto del sexting terciario y de su posible tipificación.

**Palabras clave:** *sexting*, intimidad, difusión sin autorización, terceros, pornografía infantil, trato degradante, menores de edad.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEXTING .....</b>	<b>6</b>
<b>2.1. CONCEPTO DE SEXTING.....</b>	<b>6</b>
<b>2.2. CLASES DE SEXTING.....</b>	<b>8</b>
<b>3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>11</b>
<b>3.2. BIEN JURÍDICO.....</b>	<b>11</b>
<b>3.2. TIPO OBJETIVO.....</b>	<b>12</b>
<b>3.3. TIPO SUBJETIVO.....</b>	<b>17</b>
<b>3.4. TIPO AGRAVADO.....</b>	<b>18</b>
<b>4. ESPECIAL REFERENCIA AL SEXTING ENTRE MENORES.....</b>	<b>19</b>
<b>5. RESPUESTA PENAL AL DENOMINADO SEXTING TERCIARIO .....</b>	<b>23</b>
<b>5.1. ATIPICIDAD SEXTING TERCIARIO.....</b>	<b>23</b>
<b>5.2. PROPUESTAS DE LEGE LATA.....</b>	<b>26</b>
<b>5.3. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....</b>	<b>27</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>35</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>38</b>
<b>OTROS TEXTOS.....</b>	<b>41</b>
<b>ANEXO JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>42</b>



## 1. INTRODUCCIÓN

El entorno configurado por Internet y las nuevas tecnologías ha propiciado nuevos hábitos y formas de comunicación, por lo que actualmente es indudable que a consecuencia de este desarrollo generalizado de la tecnología, donde especialmente las redes sociales se han convertido en un instrumento clave e imprescindible para la comunicación entre las personas, han aparecido nuevas prácticas sexuales ejercidas a través de las mismas que en determinados casos presentan una relevancia penal al desplegar un riesgo para la sociedad. Estas prácticas relevantes para el ámbito penal se encuadran bajo el nombre de “ciberdelincuencia”<sup>1</sup> y es ahí donde encontramos la conducta que será objeto de estudio en este trabajo, es decir, la conducta del *sexting*.

El término *sexting* tiene una procedencia anglosajona que armoniza las palabras *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes de texto). Como veremos a lo largo del trabajo, esta conducta consiste en enviar a un tercero vídeos o imágenes de contenidos íntimos y de tipo sexual que son producidos y protagonizados por el emisor, utilizando como método divulgativo las nuevas tecnologías de la información y comunicación<sup>2</sup>.

Teniendo en cuenta que este comportamiento carece de relevancia penal y no debe calificarse como una práctica ilícita, es cierto que puede llegar a convertirse en un riesgo para el propio remitente en el momento en el que esos contenidos íntimos son difundidos, publicados o utilizados por un tercero que quebranta la confianza, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza (*revenge porn*)<sup>3</sup>. Es por ello por lo que se ha configurado un nuevo tipo delictivo establecido en el artículo 197.7 del Código Penal español.

---

<sup>1</sup> VALENZUELA GARCÍA, Noelia. “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*, núm. 7, 2020, pág. 3.

<sup>2</sup> GARRIDO ANTÓN, María José; GARCÍA COLLANTES, Ángel. *Violencia y ciberviolencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 51.

<sup>3</sup> PÉREZ VALLEJO, Ana María. *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 231-232.



Tras la introducción y profundizando aún más en el término que será objeto de estudio, se procede a presentar y analizar cómo algunos autores han definido diversos tipos de *sexting*, haciendo distinción tanto del *sexting* primario como del secundario y del terciario. A continuación, se hará un breve análisis acerca del delito tipificado en el artículo 197.7 del Código Penal.

Posteriormente se precisarán las manifestaciones expuestas por diversos sectores doctrinales donde afirman que el *sexting* es una de las conductas más comunes entre los menores de edad y que además presentan una importante particularidad pues no solo se atenta contra la intimidad, la dignidad y otros derechos fundamentales, sino que también está en tela de juicio el libre y normal desarrollo personal del menor. Por tanto, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos en los que se comete este delito a los menores les deja secuelas psicológicas y sociales, intervenir penalmente en esta materia está plenamente justificado<sup>4</sup>. Asimismo, otra peculiaridad cuando el protagonista de las imágenes es un menor de edad tiene que ver con la calificación jurídico-penal, pues se podría incluso entrar en conductas relacionadas con la pornografía infantil, siendo posible subsumirlo en alguno de los tipos delictivos establecidos en el artículo 189 del Código Penal<sup>5</sup>, como estudiaremos en los epígrafes siguientes.

En definitiva, el objetivo principal en las siguientes páginas es abordar el tratamiento jurídico penal que merece esta conducta a la luz de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales defendidas en los últimos años tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, comprobando especialmente si la conducta denominada *sexting* terciario puede encajar en algún tipo penal o si existen otras calificaciones alternativas que puedan servir de aplicación, fundamentalmente en el ámbito de los menores de edad al ser sujetos especialmente vulnerables. Tras todo ello, obtendremos diversas conclusiones y propuestas de *lege ferenda* como resultado

---

<sup>4</sup> PÉREZ CONCHILLO, Eloisa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 99.

<sup>5</sup> MENDO ESTRELLA, Álvaro. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pág. 4. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf> (fecha de última consulta: 6 de mayo de 2022)

concluyendo, además, con una serie de respuestas sensatas que apunten a la forma más procedente de limitar la incidencia de esta conducta previniendo su generalización.

## 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE *SEXTING*

### 2.1. CONCEPTO DE *SEXTING*

El concepto de *sexting* proviene de la unión de los anglicismos *sex* y *texting*, y hace referencia a la difusión o publicación por el propio remitente de contenidos de tipo sexual de manera totalmente voluntaria a través de un teléfono móvil o un dispositivo tecnológico, ya sean imágenes o grabaciones audiovisuales<sup>6</sup>. Hasta la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la tipicidad de conductas de revelación hacía referencia únicamente a las que tuvieran por objeto lo descubierto de un modo ilícito. Por ello, lo obtenido con consentimiento de la otra persona no encajaba en la descripción típica aun cuando la difusión a terceros no fuera consentida e independientemente del menoscabo que pudiera causar a la víctima. Es con la reforma mencionada anteriormente con la que se modifica esta situación ubicando el delito de *sexting* en el Título X del Capítulo I del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. La principal pretensión por parte del legislador con el nuevo tipo delictivo establecido en el artículo 197.7 del Código Penal es dar respuesta al vacío existente sobre los delitos contra la intimidad personal y la propia imagen, pues es un problema cada vez más frecuente que surge por la gran influencia del uso de las TIC en nuestra sociedad<sup>7</sup>.

Tal y como señala *RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ*, la concepción que se mantenía sobre la conducta de *sexting* con anterioridad a la reforma de 2015 no se ajusta a las características de nuestra sociedad actual pues a pesar de los riesgos que implica el intercambio de información o contenidos a través de las redes sociales, debe estar presente la privacidad y la intimidad cuando el mensaje se transmite a una persona concreta. Es

---

<sup>6</sup> MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 163.

<sup>7</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 27, 2018, pág. 34.



decir, dicho intercambio debe encajar en un ámbito de privacidad compartida y tener su correspondiente protección jurídica<sup>8</sup>.

La existencia de la figura delictiva conocida como *sexting secundario* puede vincularse con la realidad social que vivimos, observando en el preámbulo de la LO 1/2015 la justificación<sup>9</sup> de la reforma de esta materia que principalmente se basa en la necesidad de solucionar la falta de tipicidad de determinadas conductas que se llevan a cabo en nuestra sociedad y que en realidad son merecedoras de un reproche penal.

Es cierto que esta nueva reforma de los tipos relativos a la intimidad de las personas y a la propia imagen se consideran relevantes por la exposición social que hoy en día tenemos los ciudadanos a través de las TIC. En este sentido, *MAGRO SERVET*, Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante explica que “puede asegurarse que la grabación de las imágenes se hace bien por la víctima, o por la persona que con ella está, pero ello no conlleva de forma automática que exista una autorización implícita de que estas se pueden difundir a terceros, salvo que existiere el consentimiento de la persona que aparece en las imágenes, ya que este consentimiento no se puede presumir por el hecho de que permita que se le grabe”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “Tutela penal de la privacidad compartida. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2015, pág. 7.

<sup>9</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: **XIII**. *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. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad.*

<sup>10</sup> MAGRO SERVET, Vicente. “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, *Ponencias de la formación continuada, Fiscalía General del Estado*, 2015, pág. 3. Disponible en: <https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/LOS-DELITOS-DE-SEXTING-197.7-Y-STALKING-172-ter-EN-LA-REFORMA.pdf> (fecha de última consulta: 13 de mayo de 2022)



## 2.2. CLASES DE *SEXTING*

Como hemos adelantado, el concepto de *sexting* que hace referencia a la difusión o publicación por el propio remitente de contenidos de tipo sexual de manera totalmente voluntaria a través de un teléfono móvil o un dispositivo tecnológico, ya sean imágenes o grabaciones audiovisuales<sup>11</sup>, es el que responde al concepto de *sexting* activo o *sexting* primario y es una conducta que no plantea ningún tipo de problema ya que se desenvuelve con total libertad en el desarrollo de la vida sexual y privada de las personas.

Es fundamental resaltar que la práctica del *sexting* primario consta de cuatro elementos propios que hacen distinguirla de otras conductas. En primer lugar, destaca la voluntariedad inicial del remitente que de forma totalmente consciente produce un contenido sexual que publica o difunde libremente a un tercero. A continuación, resalta el uso de teléfonos móviles o dispositivos tecnológicos ya que la práctica del *sexting* no sería posible sin la existencia de estos medios. El tercer elemento propio de la práctica del *sexting* es el carácter sexual del contenido que se relaciona especialmente con determinados derechos tales como el derecho a la propia imagen o el derecho a la intimidad personal. Finalmente, el cuarto elemento que debe señalarse es la naturaleza privada del mismo ya que desde un primer momento se produce con una finalidad únicamente privada<sup>12</sup>.

Existe una conducta estrechamente relacionada con el *sexting* primario que hace referencia a la redifusión a terceros con falta de consentimiento del propio remitente de esas imágenes o vídeos de contenido sexual y es lo que realmente presenta una relevancia penal. Como hemos indicado con anterioridad, este último comportamiento es el que la doctrina define como *sexting* pasivo o *sexting* secundario, en el que el receptor de las imágenes o vídeos de contenido sexual las difunde o publica sin consentimiento del protagonista utilizando para ello también un teléfono móvil o dispositivo tecnológico<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> MENDOZA CALDERÓN. *Op. cit.*, pág. 163.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” *Nueva Época*, núm. 12, 2013, pág. 3.

<sup>13</sup> MENDO ESTRELLA, *Op. cit.*, pág. 4.





Las primeras referencias que se conocen acerca de la práctica del *sexting* secundario se detectaron en el año 2005 fundamentalmente en los países anglosajones. En efecto, en la actualidad esta práctica se ha expandido por todo el mundo por el uso generalizado de las nuevas tecnologías en las que la difusión voluntaria del propio remitente pasa a manos de otra u otras personas creándose un nuevo proceso de reenvío masivo sin el consentimiento del sujeto pasivo. La persona que reenvía o publica imágenes de *sexting* puede llegar a cometer otras conductas ilegales que atentan contra la intimidad, contra la libertad sexual de las personas, contra el honor o la integridad moral. También podría incurrir en delitos relacionados con la pornografía infantil<sup>14</sup>.

Partiendo de la base de que este tipo penal fue incorporado en los delitos contra la intimidad con la reforma del Código Penal en 2015, es conveniente hacer un breve análisis sobre ese derecho fundamental que establece el artículo 18.1 de la Constitución Española especialmente por el peso que despliegan hoy en día las TIC sobre él.

La sobreexposición que implica el nuevo fenómeno de las TIC ha originado que el derecho a la intimidad tanto de adultos como de menores se haya convertido en una cuestión muy preocupante en el ámbito judicial. La relevancia que tiene este derecho fundamental se considera notoria principalmente cuando se relaciona con otros derechos fundamentales ya que se configura como la garantía de protección de los mismos. Su correcta protección puede llegar a impedir otras infracciones a derechos fundamentales como la libertad sexual, la integridad física, la integridad moral, el derecho a la propia imagen, etc.

Por ende, el derecho a la intimidad que trata de protegerse en el artículo 197 del Código Penal se relaciona con el derecho a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se establece en el propio artículo 10 de la Constitución Española. Para configurar ese derecho a la intimidad, tanto la voluntad como el consentimiento del

---

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ OLMO, Isabel. “El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles”, *Web del Centro de Estudios Jurídicos*, 2014, pág. 6-9. Disponible en: <https://docplayer.es/72020324-El-sexting-y-otros-delitos-cometidos-mediante-telefonos-moviles-isabel-fernandez-olmo-fiscal-delegada-de-la-fiscalia-de-menores-de-malaga.html> (fecha de última consulta: 5 de mayo de 2022)



sujeto pasivo deben ser determinantes, pues frente a un supuesto de difusión inconsentida se entiende afectada la intimidad de éste y, en consecuencia, puede reclamarse la tutela penal. Independientemente de que el sujeto pasivo hubiera consentido su grabación o hubiera facilitado el contenido a un tercero, la relevancia penal se encuentra en la posterior difusión no consentida pues es ahí donde realmente se atenta contra la intimidad de la persona<sup>15</sup>.

En esta misma línea, *COLÁS TURÉGANO* considera que el legislador protege la tutela positiva del ciudadano de controlar aquello que se comparte con un tercero en un marco de intimidad. Es decir, controlar la información referente a su persona. Sin esa protección penal, esa faceta puede verse afectada por graves ataques propiciados por las prácticas que se llevan a cabo a través de las redes sociales, entre otras<sup>16</sup>.

No obstante, esta posición discrepa de la defendida por *RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ* al considerar que “una persona debía mirar lo que dice o lo que hace a efectos de obtener la tutela penal de la propia imagen y, sobre todo, a quien lo dice o con quien lo hace”. Defiende la protección de la intimidad por la intrusión de un tercero, pero no la ligereza de quien se ha confiado difundiendo una información íntima<sup>17</sup>.

Tras las diversas opiniones doctrinales sobre la conducta del *sexting* y especialmente sobre la protección del derecho a la intimidad, ha entrado en juego otro debate en el que parte de la doctrina ha considerado conveniente calificar un tercer tipo denominado *sexting* terciario. Esta conducta tiene que ver con la que realiza un tercero ajeno a la relación del material íntimo cuando al recibir los contenidos íntimos procede a reenviarlo a otros sujetos a través de las redes sociales<sup>18</sup>. Estos terceros intervinientes con

---

<sup>15</sup> PÉREZ CONCHILLO. *Op. cit.*, pág. 44.

<sup>16</sup> COLÁS TURÉGANO. *Op. cit.*, pág. 667.

<sup>17</sup> DÍAZ TORREJÓN, Pedro; VALVERDE MEGÍAS, Roberto. “Tratamiento penal del sexting”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2016, pág. 73.

<sup>18</sup> SCHEECHLER CORONA, Christian. “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”, *Política criminal*, núm. 27, 2019, pág. 386. Disponible en: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A11.pdf> (fecha de última consulta: 9 de mayo de 2022)



posterioridad a la primera difusión que se limitan a reenviar los contenidos íntimos están excluidos del tipo descrito en el propio artículo 197.7 del Código Penal. Sin embargo, veremos en los próximos epígrafes como una parte de la doctrina considera conveniente ofrecer una respuesta penal a este comportamiento.

### **3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CÓDIGO PENAL**

#### **3.2. BIEN JURÍDICO**

A priori y bajo la rúbrica en la que se encuadran los delitos de descubrimiento y revelación de secretos que encabeza el Título X del Libro II del Código Penal “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio” parece que son tres los bienes jurídicos que se procuran tutelar con la tipificación de la conducta de *sexting*. No obstante, es evidente que la inviolabilidad del domicilio es objeto de protección de otros delitos tipificados en el mismo título y que no son objeto de este trabajo.

Realmente, el bien jurídico que pretende tutelarse en esta conducta típica es el derecho a la intimidad que establece el artículo 18.1 CE, garantizando el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así, en la *STS, Sección 1, núm. 379/2018, de 23 de julio* “forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad”<sup>19</sup>.

A pesar de que la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos es la intimidad, pues es “el reducto

---

<sup>19</sup> Véase STS, Sección 1ª, núm. 379/2018, de 23 de julio: *Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de “riservatezza”, en Francia de “vie privéé”, en los países anglosajones de “privacy”, y en Alemania de “privarsphäre”, pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros.*



más privado de la vida íntima del individuo”, de acuerdo con la opinión de *MORILLAS FERNÁNDEZ*<sup>20</sup>, existe otro sector que considera que también lo es el derecho a la propia imagen.

*MAGRO SERVET* manifiesta que el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad en conjunción con la propia imagen, aunque lo realmente importante y lo que se exige es que la afectación sea grave, por lo que deberán ser imágenes o vídeos con unos determinados contenidos -normalmente de naturaleza sexual o similares- para poder entender afectada gravemente la intimidad<sup>21</sup>.

### **3.2. TIPO OBJETIVO**

Tal y como se ha venido señalando en los apartados anteriores, la reforma penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce un nuevo apartado en el artículo 197 del Código Penal. Particularmente, este precepto dispone en su apartado séptimo que “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 tercero, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

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

Respecto al tipo objetivo, podemos observar que la acción típica se configura en dos partes. La primera de ellas requiere que el sujeto activo del delito haya obtenido previamente imágenes o grabaciones audiovisuales con consentimiento del sujeto pasivo. Según el TS, obtiene la imagen quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún

---

<sup>20</sup> MENDO ESTRELLA, *Op. cit.*, pág. 8.

<sup>21</sup> MAGRO SERVET, *Op. cit.*, pág. 6.



aspecto de la intimidad de la víctima, pero también quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por esta. Para ello vale cualquier medio que opere por redes telemáticas. La obtención de la imagen ha de haberse realizado en cualquier domicilio o lugar fuera del alcance de terceros<sup>22</sup>. Es decir, en un lugar que se considere privado.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 considera que “habrá de entenderse cualquier lugar cerrado o también un lugar al aire libre si se acredita que reúne garantías suficientes de privacidad para asegurar que la captación de las escenas/imágenes se efectuó en un contexto de estricta intimidad sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas”<sup>23</sup>.

La segunda parte consiste en difundir, revelar o ceder a terceros lo grabado sin el correspondiente consentimiento de la persona afectada. Para ello, es necesario que la divulgación de dichos contenidos menoscabe gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo. Este elemento normativo es de difícil control y en la mayoría de los supuestos queda en manos del denunciante y de la decisión del juez<sup>24</sup>. Además, es importante precisar que el hecho de menoscabar gravemente la intimidad personal tiene que ser probada. La forma más idónea se corresponde con un informe formulado por psicólogo o

---

<sup>22</sup> Véase STS, Sección 1ª, núm. 37/2021 de 21 de enero: *Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas "...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros". Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación micro-literal de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil (LEG 1889, 27) 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 una 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.*

<sup>23</sup> Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del código penal operada por la lo 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Referencia: fis-c-2017-00003, pág. 32.

<sup>24</sup> ROMEO CASANOBA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *Derecho Penal. Parte especial*, Comares, Granada, 2022, pág 282.



psiquiatra forense, sin perjuicio de poder valerse de cualquier otro medio probatorio conveniente para la situación, como puede ser la prueba testifical de personas cercanas a la víctima<sup>25</sup>. No obstante, la expresión de “menoscabe gravemente la intimidad” es una fórmula valorativa indeterminada que proporciona inseguridad jurídica y algunos autores consideran conveniente sustituir la expresión limitando el contenido de *sexting* a los datos de carácter personal que se vinculan al núcleo duro de la privacidad.<sup>26</sup>

De acuerdo con *ROMEO CASABONA*, es en el primer párrafo donde se establece el tipo básico del delito de *sexting* en el cual se menoscaba gravemente la intimidad. Por tanto, el supuesto de hecho que se da en este artículo es el de una persona que ha dado su consentimiento para la captación o remisión de contenidos íntimos, pero no para su posterior divulgación a terceros. Es por ello por lo que la doctrina considera que se trata de un tipo mixto alternativo y de resultado debido a que se exige que el delito llevado a cabo menoscabe gravemente la intimidad de la persona afectada<sup>27</sup>.

En cuanto al objeto material, el precepto detalla que se trata de imágenes o grabaciones audiovisuales que se obtienen lícitamente por parte de la persona afectada en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros y, además, que menoscaban gravemente la intimidad de la persona. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de intervención mínima, solo se castigarán las imágenes o grabaciones que afecten gravemente la intimidad personal, aunque no necesariamente tienen que ser de contenido sexual<sup>28</sup>. Si bien es cierto que el objeto material parece no plantear problema alguno, una vez se profundiza en el tema aparecen algunas cuestiones relevantes para el derecho.

---

<sup>25</sup> RUIZ DE VELASCO PÉREZ, Marta. “Protección a la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LXXIII, Premio Susana Huerta de Derecho Penal*, núm. 73, 2020, pág. 772.

<sup>26</sup> LAMARCA PÉREZ, Carmen; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia. *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 240.

<sup>27</sup> ROMEO CASANOBA. *Op. cit.*, pág. 47.

<sup>28</sup> RUIZ DE VELASCO PÉREZ. *Op. cit.*, pág. 761.



La primera cuestión tiene que ver con las grabaciones de audio sin imágenes. *CASTELLÓ NICÁS, COLÁS TURÉGANO, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, MORALES PRATS* -entre otros- defienden que según lo expuesto en el artículo y de acuerdo con el principio de legalidad sería incorrecto interpretarlo como objeto material del delito. No obstante, la Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 sí entiende que el precepto abarca “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 in consentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado”<sup>29</sup>.

En concordancia con esta postura, algunos autores consideran que sí debería incluirse pues es evidente que la distribución de estas grabaciones puede suponer una lesión al bien jurídico protegido en los supuestos donde se afecte gravemente a la intimidad cuando a partir de la voz se identifique perfectamente a la persona. Este sector no comprende la razón de restringir la difusión únicamente a la imagen dejando fuera grabaciones sonoras<sup>30</sup>.

La segunda cuestión se refiere a las grabaciones de imágenes sin audio. En este caso la respuesta es positiva a la hora de valorarla como objeto material del delito al tratarse de una grabación donde se puede observar una sucesión de imágenes mucho más detallada<sup>31</sup>.

Tras analizar el delito, es importante mencionar quienes son los sujetos intervinientes en esta conducta. En primer lugar, sujeto pasivo es aquella persona que ha sido captada en una imagen o grabación audiovisual donde se revela una faceta de su intimidad. De acuerdo con la SAP Madrid, Sección 26<sup>a</sup>, núm. 372/2017 y la SAP Asturias,

---

<sup>29</sup> Circular 3/2017, de 21 de septiembre. *Op. cit.*, pág. 6.

<sup>30</sup> LLORIA GARCÍA, Paz. “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al *sexting*)”, *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, pág. 58.

<sup>31</sup> RUIZ DE VELASCO PÉREZ. *Op. cit.*, pág. 763.

Sección 2ª, núm. 125/2019, es necesario que en la imagen se permita identificar a la persona afectada. Además, la víctima no es “cooperadora” necesaria del delito<sup>32</sup>.

En segundo lugar, hay que destacar que el tipo del artículo 197.7 del Código Penal no establece ninguna característica de autoría al definirlo como “el que”. Sin embargo, la conducta típica limita el círculo de sujeto activo a los que, habiendo obtenido la imagen con la anuencia de la víctima, la difunde, revelen o cedan a terceros sin el consentimiento del emisor. Es decir, se requiere una vinculación directa con la víctima en la obtención de las imágenes o grabaciones de los contenidos íntimos<sup>33</sup>.

Es por ello por lo que se configura como un delito especial propio ya que solo puede ser cometido por el que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con consentimiento del sujeto pasivo<sup>34</sup>. Ahora bien, si existiera acuerdo con otras personas para la planificación o el desarrollo de la acción típica pueden darse las formas de participación que establecen los artículos 28 y 29 del Código Penal, es decir, casos de coautoría, cooperación necesaria, inducción o complicidad<sup>35</sup>.

En este punto es importante resaltar la aplicación de este delito por parte de los tribunales de justicia españoles pues se obtienen unos datos relevantes en cuanto a los sujetos se refiere. De las sentencias analizadas se observa que el sujeto activo principalmente suele ser un varón. Concretamente, en más del 70% de los casos se corresponde con hombre de edad adulta, un 10% mujer de edad adulta y lo restante en un varón menor de edad. En ningún supuesto se ha encontrado como sujeto activo a una mujer menor de edad<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase STS, Sección 1ª, núm. 37/2021 de 21 de enero: *Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo.*

<sup>33</sup> CARRASCO ANDRINO, María del Mar. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1465.

<sup>34</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág. RB-2.7.

<sup>35</sup> Circular 3/2017, de 21 de septiembre. *Op. cit.*, pág. 32.

<sup>36</sup> PAEZ MERIDA, Ana; IZCO RINCON, María; CASADO PATRICIO, Elena. *Forjando nuevos caminos: investigaciones noveles en criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 180.





En cuanto al sujeto pasivo, la mayoría de las sentencias detectan víctimas mujeres, (70% mayores de edad frente a un 20% en menores de edad). Solo un 10% se corresponde con víctimas masculinas mayores de edad<sup>37</sup>.

Otro aspecto relevante es que los principales motivos analizados en las sentencias para la difusión de los contenidos íntimos se corresponden con sujetos unidos por lazos afectivos o sexuales. En la mayoría de los supuestos el sujeto activo pretende humillar y vejear a la víctima como consecuencia de romper la relación o haber cesado los encuentros sexuales. En algunos casos, la motivación también se corresponde en supuestos de difusión inconsentida por no acceder a peticiones de carácter sexual del autor<sup>38</sup>.

### **3.3. TIPO SUBJETIVO**

El tipo subjetivo solo requiere el dolo. Basta con que el sujeto activo tenga la voluntad de querer llevar a cabo la conducta consistente en difundir, revelar o ceder a terceros sin el correspondiente consentimiento para ese envío terceros, vulnerando la intimidad ajena. El dolo puede ser en cualquiera de sus expresiones, ya sea dolo directo de primer o segundo grado, o dolo eventual.

Caso distinto es la situación en la que se difunden imágenes o vídeos de contenido sexual por error. En estos casos, podemos distinguir dos supuestos distintos. En primer lugar, un sujeto que manda la foto a un tercero por error cuando realmente quería hacer otra cosa (eliminarla, guardarla en una carpeta, etc.). Se estaría dando en este supuesto un error de tipo vencible que prevé el artículo 14 del Código Penal, dando lugar a un delito imprudente por conducta negligente. No obstante, el delito de sexting al configurarse como un delito doloso debe tenerse en cuenta que la comisión por imprudencia está excluida, pues no se prevé expresamente esa modalidad en nuestro Código Penal para el delito de que se trata<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> PAEZ MARIDA. *Op. cit.*, pág. 181.

<sup>38</sup> PAEZ MERIDA. *Op. cit.*, 182-183.

<sup>39</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág 633.



El segundo supuesto hace referencia a la víctima que envía a un tercero por error las imágenes o vídeos de contenido sexual. En este caso, si el tercero posteriormente difunde, revela o cede dicho contenido no podría exigirse responsabilidad penal conforme al artículo 197.7 del Código Penal puesto que no concurren todos los elementos del tipo, concretamente, el consentimiento de la víctima en su primera difusión. No obstante, existe la posibilidad de incluir esta conducta en otros tipos penales como pueden ser el delito contra la integridad moral, contra el honor o contra la intimidad personal, entre otros.

En último lugar cabe destacar que, al tratarse de un delito semipúblico, requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Si se trata de una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, puede ser denunciado por el Ministerio Fiscal tal y como dispone el artículo 201 del Código Penal.

### **3.4. TIPO AGRAVADO**

En el párrafo segundo del artículo 197.7 del Código Penal prevé una serie de subtipos agravados, castigados con la pena prevista en el tipo básico en su mitad superior, es decir, pena de prisión de siete meses y quince días a doce meses o una pena de multa de nueve a doce meses.

El primer subtipo agravado es el supuesto en que el sujeto activo sea el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun si convivencia. Este delito es muy frecuente entre parejas pues una vez una de las partes decide romper la relación, la otra persona que tiene imágenes o vídeos de contenido íntimo decide difundir dichas imágenes con fines de venganza.

En ese sentido, *ACALE SÁNCHEZ* considera que “las mujeres son víctimas especialmente atractivas de los atentados contra la intimidad y además son especialmente vulnerables a los mismos, por los efectos que no solo ya sobre su intimidad, sino sobre su honor y su dignidad provocan la publicidad de actos pertenecientes a su vida privada, fundamentalmente si esos actos están relacionados con sus opciones en materia sexual, y sobre todo, si la violación de su intimidad se produce a través del proceso de captación



de su imagen no consentida o consentida a unos efectos bien concisos”<sup>40</sup>. Aunque la práctica demuestra que es una figura delictiva con un modelo de género tradicional en el que la mujer suele ser en la mayoría de los supuestos el sujeto pasivo, se aplica tanto a casos de violencia de género como de violencia doméstica<sup>41</sup>.

La segunda agravación se establece cuando la víctima se trate de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En este caso, se dirige la agravación a estas personas dignas de una especial protección tras una conducta de tal dimensión.

La última de las agravaciones se refiere a aquellos hechos cometidos con finalidad lucrativa. Esta se refiere a la finalidad económica que le guía para llevar a cabo una conducta que atenta contra la intimidad.

#### **4. ESPECIAL REFERENCIA AL *SEXTING* ENTRE MENORES**

Como hemos señalado en varias ocasiones, el envío de imágenes o vídeos de contenido sexual por parte de un menor de edad que posteriormente remite con total consentimiento a otro menor para un uso privado y exclusivo es lo que conocemos por *sexting primario*. Si bien es cierto que la influencia de las TIC en nuestra sociedad actual proporciona muchos beneficios a la hora de desarrollarse, sociabilizarse, aprender, crear, participar, etc., no puede obviarse que suponen un evidente riesgo para la comisión de conductas que vulneran derechos de los menores especialmente por su vulnerabilidad<sup>42</sup>.

En la actualidad debemos reconocer que en materia de menores pasamos de que estos crecen inmersos en la tecnología digital al miedo total por los riesgos que supone una sobreexposición. En la misma línea, *RAMIRO VÁZQUEZ* explica que los menores se

---

<sup>40</sup> ACALE SÁNCHEZ, María. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus, Madrid, 2019, pág. 292.

<sup>41</sup> PÉREZ CONCHILLO. *Op. cit.*, pág. 88.

<sup>42</sup> DÍAZ CORTES, Lina Mariola. “El debate sobre la penalización o no del `sexting primario` entre menores: el contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de límites”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, 2017, nº 18, págs. 39-90.



presentan como un modelo de la actual revolución digital en la que resaltan sus determinadas competencias en el uso de las TIC pero que de igual modo se consideran sujetos especialmente vulnerables que precisan de una protección específica y de políticas, iniciativas y códigos formativos que traten de guiar y educar respecto al uso de las nuevas tecnologías<sup>43</sup>.

*LIVINGSTONE* y *HADDON* han determinado que internet puede analizarse de forma positiva como una oportunidad que resulta útil para ejercer derechos tales como la educación, el aprendizaje, la libertad de información y expresión, la creatividad, la conexión social, etc. No obstante, también se determina que puede analizarse de forma negativa en cuanto a los riesgos que conlleva un mal uso. Estos últimos están principalmente relacionados con la vulneración de determinados bienes jurídicos como son la libertad o indemnidad sexual, la intimidad o el honor, los riesgos sexuales, etc.<sup>44</sup>

En los últimos años el *sexting* entre adolescentes, al igual que los adultos, se ha puesto de moda principalmente por esta influencia de las TIC. Asimismo, implica una importante alarma social por las graves repercusiones que pueden derivarse de su práctica en las víctimas menores de edad cuando por parte del receptor el contenido se reenvíe a otros contactos eludiéndose del ámbito privado o bien cuando un tercero acceda al dispositivo sin el consentimiento oportuno.

En consecuencia, el contenido sexual que se deriva de la práctica del *sexting* lleva consigo otros riesgos importantes para la víctima, por ejemplo, por la entrada de esas fotografías o vídeos en el circuito de la pornografía infantil o ser víctima de otro tipo de circunstancias como pueden ser el *grooming* o el *ciberbullying*, dándose incluso casos de *sextorsión*<sup>45</sup>, es decir, chantaje donde un sujeto, ya sea menor o mayor de edad, utiliza dichos contenidos para obtener algo de la víctima, amenazando con la publicación de esos contenidos íntimos remitidos.

---

<sup>43</sup> RAMIRO VÁZQUEZ, JULIA. *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de internet*, Aranzadi, Navarra, 2013.

<sup>44</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág. 46.

<sup>45</sup> MENDOZA CALDERÓN. *Op. cit.*, pág. 164.



Hay que destacar también que no solo se producen riesgos para la víctima, sino que igualmente resultarían para el poseedor de las imágenes ya que podría estar cometiendo otros delitos como la posesión o la distribución de pornografía infantil. Evidentemente las consecuencias que pueden derivarse de la práctica del *sexting* entre menores son negativas y han sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Sin embargo, la principal consecuencia negativa existente en la actualidad es la peligrosidad que implica la difusión del contenido de naturaleza sexual sin el consentimiento del menor sujeto pasivo a un número indeterminado de personas. Además, dependiendo del contenido de esas imágenes o vídeos de naturaleza sexual puede verse gravemente afectada la dignidad o la intimidad de un menor<sup>46</sup>.

El *sexting* no se trata de una conducta que exclusivamente lleven a cabo los adolescentes, sino que los adultos también la realizan e incluso con mayor incidencia que en los menores. A pesar de ello, al tratarse de menores concurren una serie de circunstancias determinadas que los hacen considerar más vulnerables y que por ello requieren de un tratamiento penal más concreto. Es decir, debido a su inmadurez y a su especial vulnerabilidad los niños y adolescentes deben estar más protegidos en cuanto a la privacidad se refiere.

De acuerdo con *MENDOZA CALDERÓN* “en el contexto de los menores el *sexting* implica la suma de dos sumandos: por una parte, nos encontramos con jóvenes menores de edad en plena etapa de formación sexual, y por otra, con el uso generalizado de las nuevas tecnologías, teniendo en cuenta las amplias posibilidades de comunicación y difusión que ofrecen estos medios hoy día. Un menor puede hacerse una foto característica de *sexting*, enviársela a personas con las que tenga una relación sentimental o de amistad a través del teléfono móvil y en pocos minutos, esa foto puede ser distribuida y contemplada en forma masiva a través de las redes sociales que operan en internet”<sup>47</sup>.

Hay que tener en cuenta dos situaciones. En España el legislador ha determinado la edad en materia de consentimiento sexual a los 16 años a efectos de establecer un delito

---

<sup>46</sup> PÉREZ CONCHILLO. *Op. cit.*, pág. 13.

<sup>47</sup> MENDOZA CALDERÓN. *Op. cit.*, pág. 171.



de abuso o agresión sexuales y a los 18 años a efectos de establecer un delito de pornografía infantil. Conforme a este último se entienden abarcados todos los menores de 18 años, tal y como afirma *DE LA ROSA CORTINA* “a los efectos de los tipos relativos a pornografía infantil, deben entenderse abarcados todos los menores de 18 años, con independencia de que concurra consentimiento sexual o no. Estos tipos se emancipan, por tanto, de la edad fijada para posibilitar el consentimiento en las relaciones sexuales”<sup>48</sup>.

Sin embargo, considerarlo así a efectos del artículo 189 del Código Penal en el que un menor con edad de consentimiento sexual realiza un determinado acto privado estaría obstaculizando tanto el ejercicio de su sexualidad como de su derecho a la libertad de expresión establecido en el artículo 20.1.a) de la Constitución Española. Es por ello por lo que considerar pornografía infantil casos de *sexting* realizados por menores con edad de consentimiento sexual se considera una afirmación incierta y habría que analizar caso por caso, pues hay que tener en cuenta los derechos que ostentan las personas a la vida privada y libertad de expresión. Cuando un menor con edad de consentimiento sexual remite una imagen o vídeo de contenido privado hace uso de su libertad de expresión en materia sexual<sup>49</sup>.

A pesar de ello, algunos autores consideran que los menores, por lo general, no tienen la suficiente madurez para conocer el riesgo que supone llevar a cabo una conducta de *sexting* que puede derivar en producción de pornografía infantil. Para ello debe distinguirse caso por caso para diferenciar aquellos supuestos donde el *sexting* produzca un riesgo de esta dimensión. El hecho de producir contenido íntimo para un consumo compartido entre los protagonistas del *sexting* primario supone una puesta en peligro por la gran probabilidad de difusión de esas imágenes o vídeos íntimos.

En estos casos, la Circular 3/2017, de 21 de septiembre, establece que cuando la conducta llevada a cabo por el delito de *sexting* merezca la consideración de material

---

<sup>48</sup> DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 43.

<sup>49</sup> DÍAZ CORTES, Lina Mariola. *El sexting secundario entre menores: bien jurídico y respuesta penal*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pág. RB-2.9.

pornográfico “se plantea una situación de concurso entre la figura prevista en el artículo 197.7 y los preceptos correspondientes a los delitos de pornografía infantil”. Se produciría en estos casos un concurso ideal de los artículos mencionados pues la acción ilícita además de lesionar la intimidad de la persona afectada tras la divulgación de su contenido íntimo sin autorización pone en peligro el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil, es decir, su indemnidad sexual<sup>50</sup>.

Como hemos visto, las consecuencias que se derivan de la práctica del *sexting* son muy diversas y conviene no olvidar que estas conductas pueden originar otros comportamientos muy perjudiciales para los menores implicados. De este modo, se puede considerar el *sexting* una actividad que, como hemos mencionado con anterioridad, exhibe a los menores al *grooming* y al *cyberbullying* como un medio de explotación, chantaje o presión contra la persona que puede llegar a suponer en los peores de los casos conductas de intento de suicidio y suicidio consumado<sup>51</sup>.

Respecto a esto, en cada caso concreto debe estudiarse la conducta llevada a cabo por el sujeto activo en el que resultaría aplicable un eventual concurso del artículo 197.7 del Código Penal con otras figuras como las mencionadas anteriormente. Es decir, conductas relacionadas con pornografía infantil, como hemos visto, tipificadas en el artículo 189. También conductas de trato degradante del artículo 173.1 o, por ejemplo, la conducta de *child grooming* del artículo 183 ter apartado segundo.

## **5. RESPUESTA PENAL AL DENOMINADO *SEXTING* TERCIARIO**

### **5.1. ATIPICIDAD *SEXTING* TERCIARIO**

En lo que respecta a la gran influencia que ostentan las TICs en nuestra sociedad, cabe plantearse si el responsable por la conducta del *sexting* implicaría solo a quien obtiene directamente las imágenes o vídeos de contenido sexual y posteriormente las difunde sin autorización de la víctima o si también es punible a todos aquellos que como

---

<sup>50</sup> Circular 3/2017, de 21 de septiembre. *Op. cit.*, pág. 7.

<sup>51</sup> AGUSTINA, José R. “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pág. 6.

consecuencia de ese primer envío proceden a distribuirla a otras personas. Podría hablarse en este caso de sexting terciario donde un tercero ajeno a la relación del material íntimo lo recibe y procede a reenviarlo a otros sujetos a través de las TICs.

En mi opinión y en base a la experiencia profesional de muchos autores, en la mayoría de los casos los reenvíos posteriores al *sexting* son los que realmente producen los daños más gravosos para las víctimas<sup>52</sup>. Es decir, cuando a consecuencia del primer envío ilícito conocido como *sexting* secundario se procede por parte de terceros a otro reenvío masivo de difícil control, es cuando realmente la víctima comienza a ver gravemente dañada su intimidad. Como hemos adelantado, es aquí donde la doctrina estima conveniente hablar de *sexting* terciario pues un tercero ajeno a la relación del material íntimo lo recibe y procede a reenviarlo a otros sujetos a través de los medios tecnológicos<sup>53</sup>.

En lo que respecta al fundamento del artículo 197.7 del Código Penal, es evidente que se hace alusión únicamente al que habiendo obtenido las imágenes o vídeos comprometidos difunde a terceros sin autorización de la víctima dichos contenidos. Es decir, se configura como un delito especial propio.

Como hemos mencionado en apartados anteriores, sujeto activo es aquel al que se le remite de manera voluntaria un contenido íntimo y quien posteriormente decide difundir a terceros ese contenido sin el consentimiento del emisor quebrantando tanto el ámbito privado como la confianza, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza (*revenge porn*)<sup>54</sup>. Por tanto, los que intervienen con posterioridad a esa

---

<sup>52</sup> SÁNCHEZ, Luis Javier. “La propuesta de la directora de la AEPD para que el reenvío de imágenes y vídeos de contenido sexual sea delito divide a los expertos”, *Confilegal*, 2021. Disponible en: <https://confilegal.com/20210417-la-propuesta-de-la-acpd-sobre-que-el-reenvio-de-imagenes-y-videos-sin-consentimiento-sea-delito-divide-a-los-expertos/> (fecha de última consulta: 16 de mayo de 2022)

<sup>53</sup> SCHEECHLER CORONA. *Op. cit.*, pág. 386.

<sup>54</sup> Véase STS, Sección 1ª, núm. 37/2021 de 21 de enero: Sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017 (ARP 2017, 1680).





primera difusión limitándose a reenviar los contenidos están excluidos del tipo descrito en este artículo, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil que se prevé conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y evidentemente a salvo de que pudieran ser responsables de este delito como partícipes, bien como inductores o cooperadores necesarios, bien como cómplices o incluso llegar a integrar un delito contra el honor o integridad moral si se dieran los correspondientes requisitos para ello<sup>55</sup>.

No obstante, podría incurrir en responsabilidad penal si la posterior difusión conllevara delitos de injurias -cuando realizare comentarios deshonrosos- trato degradante o delitos vinculados con la pornografía infantil<sup>56</sup>.

Es evidente que la jurisprudencia considera indispensable excluir a los terceros extraños al ámbito privado en el que se ha generado el material íntimo obteniendo ese contenido sin una conexión personal con la persona afectada. El propio TS confirma en la *STS, Sección 1, núm. 70/2020, de 24 de febrero* que el delito debe limitarse al círculo de confianza en el que se ha creado el material gráfico o audiovisual, excluyéndose por tanto a los extraños que consiguen esas imágenes sin una conexión personal con la víctima<sup>57</sup>. Esa difusión encadenada obtenida a partir de un reenvío masivo a través de las redes sociales y que se lleva a cabo por terceros ajenos al circuito de confianza que justifica la entrega “queda extramuros del derecho penal”<sup>58</sup>. Como hemos visto, es este también el criterio seguido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, de 21 de septiembre. Así lo reitera el TS en la *STS, Sección 1ª, núm. 37/2021, de 21 de enero*<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> DÍAZ TORREJÓN. *Op. cit.*, pág. 80.

<sup>56</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág. RB-2.7.

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 280.

<sup>58</sup> Véase STS, Sección 1ª, núm. 70/2020, de 24 de febrero.

<sup>59</sup> Véase STS, Sección 1ª, núm. 37/2021, de 21 de enero: *Sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en el depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.*



Podemos observar que el objetivo del Tribunal Supremo es únicamente perseguir a quien ha roto el círculo de confianza inicial. Lo que considera importante no es en sí la foto, el desnudo, o la connotación sexual. Sino el hecho de añadir sin consentimiento a un tercero rompiendo el círculo de intimidad que se había creado entre dos personas.

## 5.2. PROPUESTAS DE LEGE LATA

A pesar del criterio que adopta el TS o de la posible responsabilidad civil que se prevé conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es cierto que la participación de un extraño no debería quedarse fuera de la protección penal.

Por ello, habría que valorar la posibilidad de apreciar la comisión de un delito contra la integridad moral que tipifica el propio artículo 173.1 del Código Penal en aquellos casos donde, siendo *extranei* a la conducta de *sexting*, se realicen difusiones posteriores conociendo que esa difusión se está llevando a cabo sin la correspondiente autorización de la persona afectada y que además, puede menoscabar gravemente la integridad moral<sup>60</sup> por la naturaleza de los contenidos íntimos y de las circunstancias concurrentes<sup>61</sup>. Así lo ha defendido la Fiscalía en la Circular 3/2017, de 21 de septiembre.

En la misma línea, varios fiscales especialistas en criminalidad informática consideran conveniente tipificar esa ulterior difusión de contenidos íntimos que es llevada

---

<sup>60</sup> SJP Pamplona, Sección núm. 310/2015, de 2 de diciembre: *Por lo expuesto en un caso como el presente se dan todos los elementos exigidos por el tipo, pues el anuncio y la fotografía tienen un inequívoco contenido vejatorio para la denunciante; la misma ha sufrido un entendible padecimiento psíquico al no poder soportar las incesantes llamadas y mensajes recibidos tras colocarse el anuncio (la misma ha referido tener que apagar el teléfono, llorar al recibir los mensajes y sufrir incluso problemas en la dentadura provocados por los nervios causados); y el comportamiento que se espera de la denunciante es degradante y humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona pues la connotación del anuncio es de clara vejación sexual para la misma. Por lo expuesto nos encontramos ante un delito contra la integridad moral pues la gravedad de los hechos hace que nos debamos alejar de la falta de vejaciones.*

<sup>61</sup> Circular 3/2017, de 21 de septiembre, *Op. cit.*: *Esta misma posibilidad podría también ser tenida en cuenta respecto del propio autor de la conducta que es objeto de examen en aquellos supuestos en que la difusión inconsentida lesione no solo la intimidad del afectado, sino que también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, produzca una grave afección en la integridad moral de la persona concernida. En estos supuestos, al resultar afectados bienes jurídicos distintos, se produciría un concurso ideal entre el delito contra la intimidad del artículo 197.7 y un delito contra la integridad moral del artículo 173.1, ambos del CP a penar de conformidad con el artículo 77.2 del mismo texto legal"*

a cabo por terceros ajenos a la obtención de las imágenes o vídeos, cuando tengan el pleno conocimiento de que esa divulgación no ha sido en ningún caso autorizada por la víctima y que, además, atente gravemente contra su intimidad. Además, la doctrina se encuentra crítica en ese sentido al considerar incluso que, a dicho fin, debería establecerse un tipo atenuado en el propio artículo 197.7 del Código Penal<sup>62</sup>.

### 5.3. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Un sector doctrinal considera conveniente buscar soluciones legislativas sencillas que permitan un cambio en esta situación, tipificando el delito de sexting terciario para aquellos casos más graves, concretamente donde se produzca un grave menoscabo de la intimidad personal y de la dignidad de la persona afectada al tratarse de derechos fundamentales y al existir una realidad social en la que se producen -y cada vez más- daños importantes a determinados colectivos vulnerables.

La primera propuesta defendida por este sector hace referencia al cambio de redacción del propio artículo que tipifica el delito de *sexting*<sup>63</sup>. SAURA ALBERDI propone cambiar el sentido del artículo, entrando a considerar autor del delito a cualquiera que obtuviera la grabación realizada de forma voluntaria que proceda a difundirla sin estar autorizado para hacerlo, siempre y cuando se menoscabe gravemente la intimidad de las personas afectadas e independientemente de que se la haya facilitado la persona afectada o un tercero<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA\\_SITE/indice.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/indice.html) (fecha de última consulta: 22 de mayo de 2022)

<sup>63</sup> En la misma línea, MAR ESPAÑA y ADRIANA DE BUERBA: *Ir un paso más allá. Castigar no solo este tipo de conducta antes citada, sino también la conducta de quien lo recibe de aquel y lo reenvía. Hay un vacío legal en estos momentos y debería castigarse para los casos mas graves donde se produzca un menoscabo importante de la intimidad personal y de la dignidad de la persona, en función del impacto que tenga o de su alcance, lo que puede hacer que te hunda la imagen del afectado. Sería conveniente valorar la posibilidad de incluir el tipo penal porque la protección al derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona son derechos fundamentales. Lo cierto es que existe una realidad social que produce daño a determinados colectivos vulnerables.*

<sup>64</sup> SÁNCHEZ, Luis Javier. “La propuesta de la directora de la AEPD para que el reenvío de imágenes y vídeos de contenido sexual sea delito divide a los expertos”, *Confilegal*, 2021. Disponible en: <https://confilegal.com/20210417-la-propuesta-de-la-aepd-sobre-que-el-reenvio-de-imagenes-y-videos-sin-consentimiento-sea-delito-divide-a-los-expertos/> (fecha de última consulta: 16 de mayo de 2022)

A mi entender, la intimidad es un derecho fundamental que debe protegerse en cualquier situación y, especialmente, por la influencia de las TICs en la sociedad actual pues abarca prácticamente todos los ámbitos de la vida. Es por ello por lo que cualquier ataque frente a ese derecho fundamental a través del uso de los dispositivos tecnológicos debe tratarse de una forma totalmente contundente por el sistema judicial<sup>65</sup>. De esta forma, la víctima no solo vería compensado su sufrimiento, sino que, además, serían disuasorias para terceros que tengan la incitación de realizar una conducta de tal importancia.

Del mismo modo, una solución defendida por otra parte de la doctrina hace referencia a la comisión del delito de pornografía infantil. Aquí se abre un gran debate, pues a pesar de que los estudios sobre la prevalencia del sexting entre menores son más tradicionales en Estados Unidos, la acentuación de los riesgos que presentan las TICs ha llevado a que en España también exista un interrogante en torno a la respuesta penal que debe darse frente al *sexting* realizado por menores que tengan edad de consentimiento sexual.

Si bien es cierto que no se castiga la conducta de *sexting* primario, una sector doctrinal estima conveniente su tipificación en el Código Penal para evitar las posteriores difusiones (y, en efecto, el *sexting* terciario) puesto que llevar a cabo dicha conducta supone un delito contra la libertad e indemnidad sexual que establece el artículo 189 del Código Penal por producción o posesión de pornografía infantil. Este sector argumenta que su penalización es totalmente necesaria para ofrecer un fin legítimo. Para ello, han seguido los mismos argumentos utilizados por la jurisprudencia de Estados Unidos donde existen varias resoluciones judiciales en las que se condena a menores por considerar que las conductas llevadas a cabo de *sexting primario* generaron el riesgo de colocar ese contenido íntimo en el circuito de pedófilos y por fomentar conductas de acoso, amenazas e incluso *online child grooming*<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> En opinión de SAURA ALBERDI: *y debería sobre todo dar lugar a elevadas indemnizaciones ejemplarizantes*.

<sup>66</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág 44-46.



En este punto conviene resaltar que el delito de pornografía infantil que se tipifica en nuestro Código Penal en el artículo 189.1 establece que *será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:*

*a) El que captare o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.*

*b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

*A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:*

*a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada 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 un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse 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.*



Por tanto, lo que viene a castigar el Código Penal es la venta, producción, distribución, exhibición, el ofrecimiento o la facilitación de actividades de pornografía infantil o, incluso la posesión de material pornográfico infantil para el tráfico. Asimismo, el material siempre tiene que mantener un factor de promocionar, invitar o provocar sexualmente, es decir, que sea explícitamente provocativo desde el punto de vista sexual.

No obstante, algunos argumentos que se han utilizado para defender la penalización de conductas de *sexting primario* tienen que ver con la existencia de la gran vulnerabilidad de un menor cuando decide transmitir una imagen o vídeo de contenido íntimo a través de las TICs, pues no es consciente de la trascendencia que esto puede conllevar. En cierto modo esto implica reducir el espacio de privacidad de los menores para así poder garantizar el ejercicio de la patria potestad, tal y como lo defiende *AGUSTINA*<sup>67</sup> pues según esta, en materia sexual, las nuevas tecnologías han facilitado “la pérdida del sentido de la privacidad”.

Esta argumentación parte de que los menores tienen limitada su capacidad de comprensión respecto a la trascendencia de una concreta decisión. Por ello, autoras como *RUEDA MARTÍN* argumentan que, frente a la gran vulnerabilidad de un menor de edad, se debe ejercer una protección reforzada incluso estableciendo límites respecto al consentimiento de estos sobre la disponibilidad de su intimidad sobre todo en el mundo de las TICs.

En los delitos de pornografía infantil existe discusión sobre cuál es el bien jurídico objeto de protección. ¿Libertad sexual, indemnidad sexual, intimidad y propia imagen, dignidad de la persona? Pues bien, la doctrina ha planteado que el delito de pornografía infantil castiga diversas conductas que tratan de proteger bienes jurídicos distintos.

Respecto al primer apartado del artículo que tipifica la pornografía infantil, la doctrina razona que se protege la libertad sexual como bien jurídico en la conducta vinculada a la utilización de menores para producir pornografía siempre que la víctima

---

<sup>67</sup> AGUSTINA. *Op. cit.*, pág 18.



sea mayor de 16 años y no consienta la conducta. No obstante, en el caso de que la víctima sea menor de 16 años o siendo mayor de esta edad prestara voluntariamente la elaboración del contenido pornográfico, el bien jurídico que se protege en este caso sería la indemnidad sexual, la propia imagen y la dignidad del menor<sup>68</sup>.

En contra de esta posición, otra gran parte de la doctrina defiende que la penalización del *sexting primario* estaría afectando directamente a derechos fundamentales, considerando que realizar esta conducta se trata de un ejercicio de su derecho a la intimidad que no debe encuadrarse dentro de las conductas tipificadas por el delito de pornografía infantil. Deben considerarse prácticas que manifiestan la total y legítima libertad sexual y llevar a cabo su penalización a través del delito de pornografía infantil supondría una intervención del ejercicio de sus derechos fundamentales.

Realmente esta es la postura que se ha seguido en países como Italia. En una de las resoluciones judiciales se sanciona a un menor que publica fotos de su expareja. Sin embargo, se le absuelve por el delito de pornografía infantil puesto que el consentimiento del menor resulta válido. Es decir, cuando un sujeto transmite a otro imágenes o vídeos de forma consciente no supone la producción de material pornográfico ya que no se da una “instrumentalización del menor” y, por tanto, no hay una utilización<sup>69</sup>. En España, hoy por hoy parece que se sigue esta postura defendida por los tribunales italianos, la cual no permite considerar pornografía infantil por no darse la instrumentalización del menor<sup>70</sup>.

En relación con lo anterior, no pueden establecerse limitaciones respecto al derecho a la libertad de expresión el ámbito de la vida privada de los menores, penalizando la conducta de *sexting primario* como pornografía infantil pues prohibir a un

---

<sup>68</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág. 35.

<sup>69</sup> MOYA FUENTES, María del Mar. “El sexting entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, 2016, pág. 281.

<sup>70</sup> Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015: *Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de estos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuricidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido.*



menor de edad con edad de consentimiento sexual que pueda tener libertad sexual en el ámbito privado estaría limitando al ejercicio de su sexualidad y al propio derecho a la libertad de expresión<sup>71</sup>.

El hecho de prohibir que un menor con edad de consentimiento sexual realice dentro de su libertad de expresión y de su libertad sexual unas imágenes o vídeos de contenido íntimo en un ámbito privado daría lugar a una identidad entre el objeto de la regulación legislativa y el del derecho afectado. Un argumento relevante sobre la no consideración de pornografía infantil a los casos de *sexting primario* en menores de edad con consentimiento sexual radica en el derecho a una vida privada, la libertad de expresión y la prohibición de formas de discriminación por razones de sexo y edad que establecen los artículos 8, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>72</sup>. El Estado no puede invadir un espacio privado que se vincula a la autonomía del menor donde reconoce su libertad sexual pero no la libre expresión dentro de un contexto privado.

Partiendo de todas estas interpretaciones, el debate existente acerca de la penalización o no del *sexting primario* tiene su eje central en el choque de derechos fundamentales, pues un sector doctrinal considera que su penalización les afecta directamente mientras que otro estima conveniente su regulación para ofrecer un fin legítimo ya que supone una “amenaza para el desarrollo psicológico y sexual de los menores”. Estas dos posiciones han dado como respuesta diversas tendencias políticas criminales.

No obstante, la opción elegida por algunos autores es la concreción de una edad en materia de consentimiento a la intimidad. De este modo se limitaría la posible aplicación de delitos de pornografía a menores pues a pesar de existir una edad concreta en materia de consentimiento sexual podrían ser responsables de un delito de pornografía infantil con la tipificación vigente<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág. 76.

<sup>72</sup> SALVADOR, Iván. “La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, n° 19, pág. 14.

<sup>73</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág.





A pesar de las distintas opiniones por parte de la doctrina sobre la posible comisión de un delito de pornografía infantil tras la conducta de *sexting primario* es cierto que no se han detectado pronunciamientos judiciales que condenen este suceso. No obstante, no se descarta su posible aplicación futura.

Llegados a este punto conviene destacar la Doctrina de la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 que aporta argumentos importantes para evitar la tipificación de la conducta de *sexting primario* por menores en el ámbito privado tales como *“Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. De nuevo aquí, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, no produciéndose lesión al bien jurídico protegido. La propia Decisión Marco 2004/68/JAI (art. 3.2 b) preveía la posibilidad de excluir la respuesta penal en supuestos en los que el protagonista de la imagen producida o poseída sea un menor que hubiera alcanzado la edad de consentimiento sexual, que hubiera consentido y que la imagen se destinara a exclusivo uso privado”*. Por tanto, supuestos como el que hemos comentado hasta ahora no serían punibles por falta de antijuridicidad material<sup>74</sup>.

Considerando que el legislador ha establecido diferentes edades para la exigencia de deberes y derechos, en materia penal la responsabilidad parte de un reconocimiento temprano. Sin embargo, en materia de reconocimiento de deberes esa edad se alarga. A pesar de ello e independientemente de los riesgos que suponen las TICs para estos sujetos, responder penalmente frente a conductas de *sexting primario* entre menores resulta una posición desmedida pues se privan derechos fundamentales de los menores.

---

<sup>74</sup> Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. Referencia: fis-c-2015-00002

Actualmente no cabe calificar de pornografía infantil las imágenes o vídeos íntimos producidos por menores con edad de consentimiento sexual en una situación privada. No obstante, debe seguirse una línea de investigación<sup>75</sup>.

Asimismo, a pesar de la postura defendida por este sector doctrinal a favor de la tipificación del *sexting* terciario, es cierto que existe una gran parte en contra de esta postura pues el derecho penal no puede obligarnos a ser confidentes de imágenes o grabaciones en las que se ha intervenido con consentimiento de la persona, ni mucho menos de aquellas enviadas de manera totalmente voluntaria<sup>76</sup>. Entiende este sector que en nuestro ordenamiento jurídico ya existen otras ramas que se encargan de tutelar estas conductas, como pueden ser la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen o la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Para autores como *MORALES PRATS* la realidad es que se están estableciendo obligaciones penales al sigilo o a ser confidentes necesarios de terceros distintos a nosotros donde realmente no existe razón ni motivo para guardar un determinado contenido que el propio titular ha decidido facilitar. En otras palabras, no puede pretenderse que un extraño actúe de forma aún más cautelosa con la intimidad de otro que el mismo interesado<sup>77</sup>. En la misma línea, *RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ* considera que una persona debe mirar lo que dice o lo que hace a efectos de obtener la correspondiente tutela penal de la propia imagen. Sobre todo, debe mirar a quien lo dice o con quien lo hace, defendiendo que “se debe dar la protección de la intimidad por la intrusión de un tercero, pero no la ligereza de quien se ha confiado difundiendo una información íntima”.<sup>78</sup>

Además, se defiende que también cabe la posibilidad de poder castigarse a través de otras figuras delictivas que protegen bienes jurídicos diferentes a la intimidad, como

---

<sup>75</sup> DÍAZ CORTES. *Op. cit.*, pág. 57.

<sup>76</sup> DURÁN SECO, Isabel. “Comentarios de jurisprudencia”, *Revista Jurídica General de Galicia*, núm. 208, 2020, pág. 221.

<sup>77</sup> PÉREZ CONCHILLO. *Op. cit.*, pág. 44.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 18.



podría ser las injurias o los tratos degradantes. De acuerdo con esto, se argumenta que ya existen sentencias en las que se condenó por injurias con publicidad a un sujeto que divulgó una grabación íntima y consentida de una relación sexual, acompañada de comentarios desagradables para la víctima<sup>79</sup>.

## **6. CONCLUSIONES.**

Tras el análisis del delito de sexting, cabe realizar una valoración final de este tipo penal a raíz de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales. Con el paso de los años es evidente que el avance de la tecnología ha supuesto una gran revolución. A pesar de sus grandes beneficios, es cierto que el legislador ha tenido que intervenir tipificando determinadas conductas que resultan alarmantes en nuestra sociedad pues trasgrede de manera importante la protección de la esfera privada de las personas, especialmente de aquellas personas más vulnerables. Si bien es cierto que internet ha universalizado determinados derechos como la libertad de la información, la libertad de expresión, etc., ha generado igualmente graves riesgos para otros derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad, la propia imagen, la protección de datos personales... es decir, aquellos que tratan de proteger el círculo de la privacidad de las personas.

En mi opinión no considero que haya que eliminar la posibilidad de acceso a los menores pues un buen uso de estos medios puede generar grandes beneficios. No obstante, desconocer las consecuencias de divulgar fotos, ideas o datos personales íntimos puede afectar gravemente el libre y normal desarrollo personal del menor, pues carecen de la madurez suficiente para comprender las consecuencias de esas acciones que son realizadas en muchos casos con su consentimiento.

Ser conscientes del gran control que ostentan las TIC sobre nuestra privacidad serviría de ayuda para no incurrir en determinadas conductas típicas. Además, en el caso de los menores de edad, es fundamental dar una correcta protección a la privacidad de estos, lo cual podría ser posible con la ayuda de la educación digital, ente otras.

---

<sup>79</sup> Véase SAP Lleida, núm. 90/2004, de 25 de febrero.



Como hemos visto, diversos autores han comenzado a dar iniciativas que pretenden aumentar el nivel de protección de los derechos fundamentales de los menores. No obstante, hay que valorar la opinión doctrinal de penalizar la conducta de *sexting primario* realizado por menores con edad de consentimiento sexual a través del delito de pornografía infantil que supone una afección a derechos como la libertad sexual, expresión e intimidad. No hay que dejar de tener en cuenta que nos encontramos frente a un grupo vulnerable por razón de la edad que requiere una especial protección no solo frente a los demás sino también frente a ellos mismos principalmente por razones de madurez. Quizás esta postura sería más conveniente reconducirla a considerar el material íntimo otorgado por un menor de edad que no tiene consentimiento en materia sexual como un material pornográfico, no castigar la conducta en sí, sino la distribución posterior de ese material íntimo que ha proporcionado el menor.

Asimismo, aún está en debate cómo enfocar las conductas realizadas por terceros. Respecto a la posibilidad de tipificar la conducta de *sexting* terciario, varias son las posturas defendidas por algunos autores para que no se deje fuera del derecho penal aquellos terceros ajenos que, conociendo el origen ilícito de las imágenes o vídeos de contenidos íntimos, proceden en masa a reenviarlo a otros sujetos. Bajo mi punto de vista, considero más apropiado tipificarlo como un supuesto atenuado, de acuerdo con la posición vista anteriormente por parte de los fiscales que consideran conveniente la tipificación atenuada en el propio artículo 197.7 del Código Penal.

Para concluir, *respecto a opiniones como las de MORALES PRATS o RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ*, y aun estando en desacuerdo, la realidad es que esas obligaciones de sigilo que estiman que se están estableciendo en la actualidad debe estar pensada para el caso de los adultos. Pero realmente un menor de edad que se encuentra en plena etapa de formación sexual y junto a ello, con el uso generalizado de las nuevas tecnologías, debido a su especial vulnerabilidad y a su inmadurez deben estar más protegidos en cuanto a la privacidad se refiere.

A pesar de no encontrar una respuesta unánime por parte de la doctrina, tenemos claro que algunos autores siguen planteándose determinadas cuestiones. ¿Qué ocurre con los menores con edad inferior que no tienen consentimiento sexual pero sí tienen edad



para responder penalmente frente a una conducta típica? Es una situación problemática que aún no tiene conclusiones claras por parte de la doctrina y aun menos por parte de la jurisprudencia.

En definitiva, es evidente que se deben seguir instaurando medidas y acciones que sean efectivas, garantizando un desarrollo adecuado en el ámbito de los menores de edad. La práctica del sexting ha llegado a considerarse hoy en día una conducta normalizada cada vez más común, de la cual se derivan riesgos importantes que acarrear graves implicaciones personales y sociales a las personas afectadas. Es por ello por lo que desde la perspectiva penal se debe seguir analizando el tipo, considerando las diversas propuestas doctrinales y especialmente las propuestas de los fiscales con el posible cambio de redacción del propio artículo 197.7 del Código Penal. Para ello la jurisprudencia deberá ir resolviendo cada caso concreto, con el fin de determinar y, sobre todo, aclarar si se debe incluir en el tipo la conducta de sexting terciario.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA, José R. “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DÍAZ CORTES, Lina Mariola. “El debate sobre la penalización o no del ‘sexting primario’ entre menores: el contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de límites”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, 2017, nº 18,

DÍAZ CORTES, Lina Mariola. *El sexting secundario entre menores: bien jurídico y respuesta penal*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

DÍAZ TORREJÓN, Pedro; VALVERDE MEGÍAS, Roberto. “Tratamiento penal del sexting”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2016.

DURÁN SECO, Isabel. “Comentarios de jurisprudencia”, *Revista Jurídica General de Galicia*, núm. 208, 2020.

GARRIDO ANTÓN, María José; GARCÍA COLLANTES, Ángel. *Violencia y ciberviolencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

LAMARCA PÉREZ, Carmen; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina; MESTRE DELGADO, Esteban; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia. *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” *Nueva Época*, núm. 12, 2013.



MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PAEZ MERIDA, Ana; IZCO RINCON, María; CASADO PATRICIO, Elena. *Forjando nuevos caminos: investigaciones noveles en criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

PÉREZ CONCHILLO, Eloisa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ VALLEJO, Ana María. *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. “Tutela penal de la `privacidad compartida` Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2015.

ROMEO CASANOBA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *Derecho Penal. Parte especial*, Comares, Granada, 2022.

SALVADOR, Iván. “La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, n° 19.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 27, 2018.

RAMIRO VÁZQUEZ, JULIA. *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de internet*, Aranzadi, Navarra, 2013.



RUIZ DE VELASCO PÉREZ, Marta. “Protección a la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LXXIII, Premio Susana Huerta de Derecho Penal*, núm. 73, 2020.



## OTROS TEXTOS

Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015. Referencia: fis-c-2015-00002.

Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del código penal operada por la lo 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Referencia: fis-c-2017-00003

FERNÁNDEZ OLMO, Isabel. “El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles”, *Web del Centro de Estudios Jurídicos*, 2014. Disponible en: <https://docplayer.es/72020324-El-sexting-y-otros-delitos-cometidos-mediante-telefonos-moviles-isabel-fernandez-olmo-fiscal-delegada-de-la-fiscalia-de-menores-de-malaga.html>

MAGRO SERVET, Vicente. “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, *Ponencias de la formación continuada, Fiscalía General del Estado*, 2015. Disponible en: <https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/LOS-DELITOS-DE-SEXTING-197.7-Y-STALKING-172-ter-EN-LA-REFORMA.pdf>

MENDO ESTRELLA, Álvaro. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>

SÁNCHEZ, Luis Javier. “La propuesta de la directora de la AEPD para que el reenvío de imágenes y vídeos de contenido sexual sea delito divide a los expertos”, *Confilegal*, 2021. Disponible en: <https://confilegal.com/20210417-la-propuesta-de-la-aepd-sobre-que-el-reenvio-de-imagenes-y-videos-sin-consentimiento-sea-delito-divide-a-los-expertos/>

SCHEECHLER CORONA, Christian. “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”, *Política criminal*, núm. 27, 2019. Disponible en: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A11.pdf>



### **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

- SAP de Alicante 63/2012, de 2 de febrero.
- SAP de Córdoba 91/2012, de 28 de marzo.
- SAP de Asturias 206/2014, de 5 de mayo.
- SAP de Granada 351/2014, de 5 de junio.
- SAP de Valladolid 227/2017, de 13 de julio.
- SAP de Barcelona 302/2017, de 24 de abril.
- SAP Madrid, Sección 26ª, núm. 372/2017.
- SAP de Madrid 462/2017, de 14 de julio.
- SAP de Barcelona 742/2017, de 7 de septiembre.
- SAP de Madrid 529/2017, de 11 de septiembre.
- SAP Asturias, Sección 2ª, núm. 125/2019.
- STS, Sección 1ª, núm. 379/2018, de 23 de julio.