



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018
Convocatoria: Junio

**EL DELITO DE *SEXTING*: UNA RESPUESTA PENAL ANTE EL MAL
USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**
**THE CRIME OF *SEXTING*: A PENAL RESPONSE AGAINST THE MISUSE
OF NEW TECHNOLOGIES**

Beatriz Perera Abad

79085478-R

Tutora: Prof. Dña. Judit García Sanz

Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de Derecho Penal

RESUMEN

En el presente trabajo de fin de grado vamos a tratar el delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales tipificado en el art. 197.7 CP, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y comúnmente conocido como *sexting*.

Así, hablaremos del bien o bienes jurídicos protegidos; del alcance de la conducta típica; de la posible responsabilidad de terceros receptores de la acción típica; de las discrepancias acerca del carácter, modo y lugar de la obtención del objeto material del delito; de la necesidad de que exista un consentimiento previo, ausencia de uno posterior, quiénes pueden prestarlo y de qué forma; y como exigencia de *ultima ratio*, el grave menoscabo de la intimidad personal y qué se tiene en cuenta para determinarlo. Además procederemos a su delimitación con otras figuras delictivas.

El análisis de estas cuestiones se hará desde una perspectiva de Derecho comparado y se planteará la conveniencia del mantenimiento de esta figura delictiva y propuestas de *lege ferenda*.

ABSTRACT

In the present work of end of college degree we are going to treat the crime of unauthorized diffusion of images or audio-visual recordings typified in the art. 197.7 CP, introduced by the LO 1/2015, of March 30, and commonly known as *sexting*.

This way, we will talk about the legal assets protected; the scope of typical action; the possible responsibility of third parties receiving the typical action; the discrepancies about the character, mode and place of obtaining the material object of the crime; the need for prior consent, absence of one posterior, who can give it and in what way; and as a requirement of *ultima ratio*, the serious impairment of the personal intimacy and what is taken into account to determine it. In addition we will proceed to its delimitation with other criminal figures.

The analysis of these issues will be done from comparative Law perspective and we will study the convenience of maintaining this criminal figure and my *lege ferenda* proposals.

Índice:

	Páginas
1. Introducción	5
1.1. Evolución legislativa e incorporación del delito de <i>sexting</i> en el CP	5
1.2. Concepto y modalidades de <i>sexting</i>	9
1.3. Situación en el Derecho comparado	10
2. Bien jurídico y naturaleza	14
3. Tipo básico.....	16
3.1. Sujetos y responsabilidad de terceros receptores de la acción típica.....	16
3.2. Objeto material del delito	19
3.3. Conducta típica	24
3.4. Requisito típico de consentimiento previo y posterior ausencia del mismo	25
3.5. Grave menoscabo de la intimidad personal como exigencia de <i>ultima ratio</i> ...	27
4. Tipo subjetivo. Dolo y error de tipo	29
5. El tipo agravado	30
6. Penalidad y perseguibilidad	33
7. Problemas concursales y delimitación con otras figuras delictivas.....	34
7.1. El <i>sexting</i> y el chantaje: la sextorsión	35
7.2. El <i>sexting</i> y la violencia de género	36
7.3. El <i>sexting</i> y el <i>ciberbullying</i> , <i>bullying</i> o acoso escolar	38
8. Conveniencia del mantenimiento del art. 197.7 CP y propuestas de <i>lege ferenda</i>	40
9. Conclusiones.....	44
Índice de jurisprudencia.....	46
Bibliografía	46

1. Introducción¹

En la actualidad vivimos en un mundo globalizado gracias a la aparición de las nuevas TIC que nos permiten una interrelación a escala mundial y en tiempo real a partir de una llamada, vídeo llamada o de un simple “enviar” a través de cualquier aplicación. Sin embargo, algo que en un primer momento solo parece tener ventajas se puede convertir en un problema.

La realidad es que con el auge de las TIC y de las redes sociales el legislador se ha encontrado con el reto de regular ciertas conductas como delictivas, antes inexistentes e impensables, que se derivan precisamente del mal uso que se está haciendo de las mismas tanto por jóvenes como por adultos, como es el caso específico objeto de análisis de este trabajo, el delito de *sexting*.

1.1. Evolución legislativa e incorporación del delito de *sexting* en el CP

El uso inadecuado de las nuevas tecnologías y de las redes sociales puede derivar en la vulneración de una serie de Derechos Fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, consagrados en el art. 18.1 CE.

Con el delito del *sexting* lo que se trata de proteger, como veremos con posterioridad, es el derecho a la intimidad de la víctima. Por ello, resulta pertinente hacer alusión a que ya con carácter preconstitucional en el art. 497 CP de 1848 se trataba de dar protección a este derecho a través de la tipificación del apoderamiento de soporte documental y su divulgación posterior.

Sin embargo, la sociedad de la información y comunicación fue evolucionando dejando desfasada dicha protección originaria y dando lugar a una nueva configuración de la norma penal. Así, en el artículo 197 CP de 1995 se daba protección al derecho a la intimidad por medio del delito de descubrimiento y revelación de secretos que establecía y continúa estableciendo en la actualidad en su apartado 1º: “El que, para descubrir los

¹ Abreviaturas más utilizadas: Tecnologías de la Información y Comunicación: TIC; art. / arts.: artículo (s); Constitución Española: CE; Código Penal: CP; Ley Orgánica: LO; Sentencia del Tribunal Constitucional: STC; Sentencia del Tribunal Supremo: STS; Sentencia de la Audiencia Provincial: SAP; Sentencia del Juzgado de Menores: SJM; Sentencia del Juzgado de Instrucción: SJI.

secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”. Por consiguiente, se requiere para que se pueda cometer este delito que las acciones se lleven a cabo cumpliendo con el elemento negativo del tipo: la falta de consentimiento previo de la víctima.

De esta tipificación podemos extraer el problema que se estaba planteando ante el legislador. Así, aquel que hubiese obtenido sin consentimiento de la víctima imágenes o grabaciones audiovisuales de la misma y las hubiere difundido, revelado o cedido de forma no consentida vulnerando su intimidad quedaba penado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos en virtud del art. 197.1 CP en relación con el 197.4 CP. Sin embargo, la misma situación pero mediando el consentimiento previo de la víctima en el momento de la obtención de las imágenes quedaba impune.

En definitiva, existía una laguna jurídica que dejaba desprotegido a quien consentía compartir un aspecto de su esfera privada solamente con otra persona y no con terceros, y es esto lo que la reforma del CP por medio de la LO 1/2015 trata de cubrir y resolver.

Este problema se materializó con un caso real que motivó la reforma, el caso de Olvido Hormigos, exconcejal del partido socialista².

² En este caso Olvido Hormigos remitió a su entonces pareja sentimental un vídeo de contenido erótico y este último a su vez lo reenvió a sus compañeros vía Whatsapp y lo publicó en un foro de Internet. La concejal, como denunciante de tales hechos, solicitaba al Tribunal de Primera Instancia de Los Yébenes (Toledo) que se imputase al autor un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP y a los terceros que obtuvieron dicho vídeo un delito de injurias del art. 208 CP. Sin embargo, mediante auto el Tribunal desestimó su pretensión, ya que concurría un elemento volitivo al ser ella la que decidió mandar a su ex pareja el vídeo de contenido erótico.

En esta misma línea, dicha laguna jurídica la vemos reflejada en la enmienda número 678 a la tipificación del art. 197.7 CP presentada por el Partido Popular y apoyada por el Partido Socialista que establecía que: “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”³.

Por todo ello, el legislador plasma en la exposición de motivos publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 4 de octubre de 2013 su voluntad de reforma debido a la necesidad de “modificar 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”, siendo los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta, “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”.

Esto no dejó indiferente a la doctrina que rápidamente se agrupó en dos grandes posicionamientos, uno a favor y otro en contra de la introducción en el CP de este nuevo apartado del art. 197 CP.

En este debate, un sector defendido por QUERALT JIMÉNEZ⁴ entendía que era discutible el carácter punible de esta conducta desde el punto de vista político-criminal, pareciendo ser más bien un “punitivismo oportunista” por las noticias cada vez más frecuentes que aparecían en los medios sobre la materia.

Frente a ellos, autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵ apoyaban la reforma al entender que el legislador del CP de 1995 no podía prever que con las TIC se iba a

³ ARNAIZ VIDELLA, Javier, *El sexting en el código penal español*, Diario La Ley, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

⁴ QUERALT JÍMENEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 337 y 338.

⁵ Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015*, Web Centro de Estudios Jurídicos, del 13 al 14 de Julio de 2017, pág. 5; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 8.

poder difundir a gran escala cualquier tipo de información y, por tanto, la reforma era necesaria en la medida en que el Derecho Penal debe actualizarse paralelamente al surgimiento de nuevas formas y conductas delictivas.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial también manifestó su apoyo a la reforma del CP y con ella a la introducción del tipo penal del art. 197.7 CP en el informe al Anteproyecto de LO de Modificación del CP⁶. Por el contrario, el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto no apoyó la reforma⁷ al considerar que los supuestos a los que se pretende dar cobertura con la introducción de ese precepto ya estaban cubiertos por el art. 173.1 del CP.

Pese a las posturas disconformes, el legislador siguió adelante con la introducción de este tipo penal en la reforma del CP efectuada por la LO 1/2015. Así, incorporó en el art. 197 CP, relativo al descubrimiento y revelación de secretos, un apartado 7º que cubriría dicha laguna jurídico penal tipificando la difusión no consentida de imágenes de contenido íntimo de la víctima captadas o grabadas con su anuencia. Este apartado dispone lo siguiente:

“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

⁶ “Ha de convenirse con el prelegislador en la existencia de esa laguna de impunidad que debe ser cubierta, otorgando una mejor tutela el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que hoy resulta insuficiente ante las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para atacar el aspecto de la intimidad personal, ante la difusión de grabaciones –subrepticias o no- en redes sociales o Internet. En el actual artículo 197 CP no encuentran protección penal los supuestos de difusión de imágenes en Internet, obtenidas con consentimiento de su titular. Sólo si la captación o grabación reúne los elementos del art. 197.1 CP (ausencia del consentimiento) podrá ser considerado delito; sin perjuicio de que en algunos casos puede constituir un delito contra el honor o, en su caso, un ilícito civil de la Ley 1/1982. Ante esta situación, la introducción de este nuevo delito ha de considerarse necesaria y afortunada”.

⁷ “En definitiva, y recapitulando, entendemos que las conductas que tratan de ser sancionadas por el nuevo tipo propuesto, pueden ya subsumirse en el tipo contra la integridad moral, por lo que no sería estrictamente necesaria su creación ex novo, creación que por lo demás puede generar nuevos problemas. Podría contra argumentarse que la tipificación expresa tiene la ventaja de clarificar la relevancia penal de la conducta, con los consiguientes efectos beneficiosos de prevención general y que permite también establecer una penalidad más ajustada. Sin embargo, debe repararse en que también trae nuevos problemas: repárese en que tal como se describe la conducta, quedaría fuera de ella la del tercero ajeno al pacto que consigue el material y lo difunde. Por ello, si se entiende imprescindible tipificar expresamente tales conductas, debe aquilatarse la redacción del tipo, para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo, conductas de idéntica gravedad. Debiera también cuidarse la descripción típica, pues en algunos casos se emplean en nuestra opinión expresiones impropias de una norma legal, por demasiado coloquiales (en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros) y en otros casos se detecta una redacción simplemente descuidada (la intimidad personal de esa persona)”.

terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

Una vez incorporado el delito de *sexting* al CP también fue objeto de opinión por parte de la doctrina. Para un sector en el que se integra COLÁS TURÉGANO⁸ esta inclusión supuso la ampliación de la tutela del bien jurídico de la intimidad, castigando el que algunos denominan como *revenge porn* (venganza pornográfica). Sin embargo, otros autores como CASTIÑEIRA PALOU Y ESTRADA I CUADRAS⁹ consideraban que el tipo no puede penar todos los atentados contra la intimidad de la persona que se producen a través de las prácticas de *sexting*, como es el caso del reenvío a terceros de las imágenes o grabaciones por el sujeto receptor de la acción típica.

1.2. Concepto y modalidades de *sexting*

El término *sexting* es un vocablo de origen anglosajón compuesto por dos palabras, *sex* (sexo) y *texting* (enviar mensajes de texto a través de un teléfono móvil), que se ha utilizado en la última década para englobar el conjunto de conductas consistentes en la autoproducción y envío de material gráfico, esencialmente fotografías y vídeos de contenido erótico o sexual a través de teléfonos móviles u otras TIC.

De la misma manera, se ha definido también como “aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio de imágenes (principalmente sonidos, fotografías o vídeos) y su posterior envío, difusión o publicación

⁸ COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter) en MATA LLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 667 y 669.

⁹ CASTIÑEIRA PALAU/ ESTRADA I CUADRAS/ SILVA SÁNCHEZ, Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 4ª ed., Editorial Atelier, Barcelona, 2015, págs. 162 y ss.

con contenidos de tipo sexual, producidos generalmente por el propio remitente, a otras personas, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico”¹⁰.

Sin embargo, frente a esta última concepción cabe destacar que en la actualidad no solamente son prácticas que se lleven a cabo por adolescentes, pues tanto menores de edad como adultos son sujetos que en recientes estadísticas aparecen como practicantes de las distintas modalidades de *sexting* que enseguida abordaremos.

Este término de *sexting* ha experimentado su propia evolución ya que con anterioridad se utilizaba tanto para referirnos al material gráfico de contenido sexual enviado o grabado como a los textos escritos mientras que actualmente el concepto ha quedado acotado únicamente al material gráfico enviado o grabado. Esto es debido en gran parte al auge de las TIC y las redes sociales.

También nos podemos encontrar con conceptos autónomos derivados del *sexting* como el denominado *sexcasting*, que consiste en “la grabación de contenidos sexuales a través de la webcam y su posterior difusión por email, redes sociales o cualquier otro canal de los que permiten actualmente las nuevas tecnologías”. Sin embargo, no contamos con ningún concepto legal de *sexting*.

En la práctica del *sexting*, podemos diferenciar dos modalidades prácticamente opuestas: por un lado, el *sexting* activo que se produce cuando el sujeto se realiza fotos a sí mismo en posturas “sexys, provocativas o inapropiadas” y las envía; por otro lado, el *sexting* pasivo, que se da cuando recibes contenidos sexuales de personas que conoces, de tu entorno o incluso de desconocidos.

1.3. Situación en el Derecho comparado.

En la actualidad no cabe duda de que el *sexting* es una práctica que se extiende cada vez más entre menores, adolescentes y adultos en nuestro país. Sin embargo, no somos el único y mucho menos el primer país en el que se ha suscitado este fenómeno y se ha planteado su relevancia jurídico penal.

¹⁰ FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, El *sexting* y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles, Web del Centro de Estudios Jurídicos, Málaga, Octubre 2014, pág. 6.

Con la aparición de los primeros casos de *sexting* se pone de manifiesto la necesidad de su regulación primero en países de common law como Estados Unidos, Reino Unido, Australia o Nueva Zelanda y, con posterioridad, en países como Alemania, Francia, Italia o España. En este trabajo nos centraremos en las regulaciones vigentes en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania e Italia.

En el caso específico de Estados Unidos hay que partir del hecho de que existe una gran división entre los Estados que lo componen, pues mientras en algunos no existe una legislación específica en materia de *sexting*, otros sí han optado por su protección penal para dar a estos supuestos un tratamiento específico e individualizado.

Así, los Estados que no tienen regulación específica en la materia suelen castigar los casos de *sexting* a través de lo que se denomina como *child pornography* (pornografía infantil) que se define ampliamente como cualquier material visible sexualmente explícito en el que esté involucrado un menor. Por lo tanto, a los menores o adultos que realicen, posean, distribuyan o cedan material pornográfico infantil, incluso el autoproducido, se les impondrán las penas previstas para este delito.

A raíz de lo anterior, podríamos deducir que la protección penal quedaría limitada exclusivamente a la práctica de *sexting* entre menores y adolescentes o entre éstos y un adulto, pero no el supuesto en que los sujetos involucrados sean dos adultos.

Frente a esto, y con la finalidad de dar protección a los peligros que el *sexting* acarrea, sobre todo entre menores y adolescentes (llegando en ciertos casos límites incluso al suicidio del sujeto pasivo) más de veinte Estados procedieron a la regulación jurídico penal específica del *sexting*. Así, lo tipificaron como el menor que mediante las TIC transmite o distribuye a terceros imágenes de pornografía infantil, variando la gravedad del hecho según el número de personas a las que se haya enviado dichas imágenes o por cómo se hayan hecho accesibles al público.

Comprobamos nuevamente, cómo no se tipifica el delito de *sexting* practicado entre adultos, aunque bien es cierto que algunos Estados reconocen el denominado *revenge porn*: “difundir o poner a disposición de terceros material sexualmente explícito en el que aparece un menor o un adulto para así injurarlo”.

No obstante, para evitar que el ámbito de este delito sea excesivamente amplio algunos Estados suelen establecer causas de exclusión de la punibilidad. Incluso el juez puede decidir que si el menor que produjo, distribuyó o poseyó material pornográfico infantil no tiene antecedentes penales, tiene la suficiente madurez para ser consciente del desvalor de su conducta y del daño grave que puede causarle la sanción penal, sea enviado a un programa de educación social o se le someta a un tratamiento psicológico.

En el caso de Reino Unido, el *sexting* es un fenómeno que, aun siendo frecuente, carece de una regulación específica. Sin embargo, puede llegar a tener encaje en las leyes vigentes en dicho país. Así, si lo consideramos como *child abuse image* sería constitutivo en la legislación de Inglaterra y Gales de un delito tipificado en la sección primera de la *Protection Children Act* de 1978 de la siguiente manera: “tomar o permitir que sea tomada una fotografía indecente de un menor, distribuir, mostrar, o tener en posesión con finalidad de distribuirlas o mostrarlas a otros o publicarlas o intentar llevarlo a cabo”¹¹.

Para el caso de la práctica de *sexting* entre adultos no podríamos aplicar las leyes anteriores. Sin embargo, el Derecho inglés nos permite acudir a la *Malicious Communication Act* de 1988 que tipifica supuestos en los que una persona envíe a otra mensajes de índole sexual que en todo o en parte sean de naturaleza gravemente ofensiva, castigándolos con una pena de prisión de 6 meses o una multa o ambas.

Pese a estas regulaciones y en la misma línea que veíamos con anterioridad en el caso de Estados Unidos, la Asociación de Jefes de Policía Británica emitió una recomendación que vino a establecer que para los supuestos en los que los jóvenes cometan por vez primera un delito de *sexting*, al ser posible que no fueren conscientes de que su conducta fuese constitutiva de delito, no se les enjuicie penalmente por su acción sino que se les lleve ante la justicia restaurativa, sometiéndoles a programas educativos de manera que, sin necesidad de tener antecedentes penales, se les haga responder de sus actos.

En el caso de Italia, cabe situarlo en la misma línea que los países anteriores, pues no tiene una tipificación penal específica del delito de *sexting* sino que los supuestos en

¹¹ Este artículo se reformó por la *Criminal Justice Act* de 1988, la *Criminal Justice Act and Public Order Act* de 1994 y por la Sección 45 de la *Sexual Offences Act* de 2003.

los que un sujeto haya captado imágenes de otro o las reciba de la persona que en ellas aparece y decida difundirlas, tendrían encaje en el art. 600-ter CP italiano como la hipótesis más grave o menos grave de difusión o de oferta de pornografía infantil.

En Alemania, aunque tampoco existe una norma específica dedicada al castigo penal del *sexting*, quien efectúe una conducta constitutiva de *sexting* podrá ser procesado por vulneración de la Sección 184b, 184c y 201a CP alemán. De estos artículos, el primero abarca la distribución de imágenes sexuales de niños menores de catorce años sin excepción; el segundo permite el hecho de que el material pornográfico de menores entre catorce y diecisiete años de edad puede haber sido producido por una persona menor de dieciocho con el consentimiento de la persona en la foto; y el tercero hace alusión a la violación al secreto de la palabra castigando a aquel que grabe sobre dispositivo de sonido la palabra no pública hablada de otro o utilice una grabación producida de tal manera, o la haga accesible a una tercera persona.

Por lo tanto, podemos concluir este punto haciendo alusión a que, aunque haya ciertos países que han realizado labores legislativas para la tipificación específica del delito del *sexting* como es el caso de algunos Estados de Estados Unidos, predomina la ausencia de una previsión legislativa específica contra este delito en el resto de países como Países Bajos, Suecia, Reino Unido, Canadá, etc. Esto no conlleva que dichas conductas queden impunes pues se suele castigar el *sexting* en exclusiva cuando el sujeto pasivo es menor a través del delito de pornografía infantil, que sí se encuentra tipificado en los distintos Códigos Penales.

En definitiva, el Código penal español resulta innovador al introducir una tipificación específica del delito *sexting*, si bien cabría cuestionarse a la vista de las regulaciones existentes en el ámbito internacional si resultaría contrario al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho Penal extender la protección penal a personas adultas. Además, en mi opinión debería tenerse en consideración integrar en nuestro sistema alguna de las soluciones educativas que se recomiendan sobre todo cuando el sujeto activo sea un menor.

2. Bien jurídico y naturaleza.

El delito de *sexting* se ubica entre los delitos contra la intimidad del Título X del CP, la cual se configura como un Derecho Fundamental consagrado en el art. 18.1 CE que establece que se garantiza el derecho a la intimidad “personal y familiar”.

En la doctrina, algunos autores como COLÁS TURÉGANO¹² entienden que al introducir el apartado séptimo del art. 197 CP el legislador pretendía configurar el derecho del titular del bien jurídico de controlar la información íntima de su persona que quiere que sea conocida por terceros porque si no esa faceta de la intimidad habría quedado desprotegida penalmente frente a ataques propiciados a través de las nuevas TIC.

Frente a esto, otros autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹³ opinan conforme a la posición del legislador del CP de 1995, que entendía que una persona que pretenda obtener la tutela penal de la intimidad debía mirar lo que dice, lo que hace y, sobre todo, a quién lo dice y con quién lo hace, de manera que no se protegía la indiscreción de alguien a quien se ha confiado información sino la intrusión de un tercero.

Con respecto a la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, podemos observar una evolución del concepto de intimidad, ya que en un primer momento se configuró el mismo en sentido negativo entendiéndolo como el derecho que ostenta el titular de exigir la no injerencia de terceros en su vida privada.

Así, sentencias como las que veremos a continuación harán evolucionar este concepto. La STC 70/2002, de 3 de abril, estipuló que “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, es necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. La STS 357/2007, de 30 de abril, por su parte vino a establecer que “el artículo 18 del texto constitucional garantiza el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan

¹² COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter) en MATELLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 667.

¹³ Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Web Centro de Estudios Jurídicos, Julio de 2017, pág. 5; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas, Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 6.

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”.

A raíz de lo anterior, el concepto evoluciona adquiriendo un sentido positivo relacionado con la libertad de acción del sujeto y su derecho a controlar la información de su persona en relación con el conocimiento que puedan tener terceros de ella.

Cabe destacar que en algunas ocasiones aparece que el bien jurídico protegido es la intimidad en conjunción con la propia imagen o el honor, algo que no resulta incoherente si tenemos en cuenta que el tipo castiga la difusión de imágenes y grabaciones íntimas en las que aparezca la víctima.

Sin embargo, en mi opinión, hay que hacer especial hincapié en el hecho de que este tipo penal pretende proteger la intimidad de la persona y, por ello, el mismo exige como resultado que con esa difusión de imagen se haya menoscabado gravemente dicha intimidad. Si este último requisito típico no se da, por mucho que se haya difundido una imagen y se haya atentado al derecho a la propia imagen o al honor con ello, la conducta no sería punible a través de este nuevo tipo penal.

En especial, debemos detenernos en el supuesto en el que sean menores los sujetos pasivos de este delito pues podríamos cuestionarnos si los mismos pueden ser portadores del bien jurídico de la intimidad personal y familiar. Así, se entiende que los menores son titulares del derecho a la intimidad aunque el ejercicio de dicha titularidad dependa de la capacidad que tengan para comprender su alcance¹⁴. Sin embargo, no solo se ve afectada la intimidad de los menores sino que también, mediante el delito de *sexting*, se puede llegar a vulnerar su indemnidad sexual ya que en algunos casos incide en el correcto proceso de formación sexual del menor.

¹⁴ GUIASOLA LERMA, Cristina, Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del *sexting*, en FAYOS GARDÓ, Antonio, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014, pág.127.

Bajo mi punto de vista, en este último supuesto en el que el menor aparece como sujeto pasivo es acertado adicionar a la intimidad la indemnidad sexual del menor como bien jurídico al que se trata de dar protección por medio del delito de *sexting*. Aunque mantengo mi criterio acerca de que este delito lo que trata de proteger de forma primordial es el bien jurídico de la intimidad, sin menoscabo de que como consecuencia de la vulneración del mismo se produzcan ataques a otros bienes jurídicos. Por ello, entiendo que la ubicación de este delito dentro del Título X del CP es la adecuada.

Respecto a la naturaleza, el legislador tipifica un delito de resultado como un tipo mixto alternativo (revelar, difundir o ceder). Es decir, no basta con que cualquier sujeto realice la acción típica prevista en el art. 197.7 CP, sino que además el tipo exige que a consecuencia de ello se produzca un determinado resultado, que en este caso concreto sería un grave menoscabo de la intimidad del sujeto pasivo. Por tanto, el legislador diferencia este apartado 7º del resto de apartados del art. 197 CP los cuales se tipifican como delitos de resultado cortado, pues sólo se exige la realización de la acción típica para su consumación.

3. El tipo básico

El tipo básico del delito de *sexting* se encuentra regulado en el art. 197.7 pfo. 1º CP que establece lo siguiente: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

3.1. Sujetos y responsabilidad de terceros receptores de la acción típica.

En lo que respecta a los sujetos, debemos entender como sujeto activo aquel que lleva a cabo la acción típica de difundir, revelar o ceder las imágenes o grabaciones audiovisuales de carácter íntimo sin consentimiento de la víctima tras haberlas obtenido con su consentimiento, bien cedidas personalmente por ella o bien captadas o grabadas por el propio sujeto activo.

Más adelante nos detendremos en la discusión doctrinal existente acerca de la manera de obtención de las imágenes o grabaciones que queda penalmente protegida. Sin embargo, con independencia de ello, debemos partir de la inexistencia de discusiones doctrinales acerca de considerar al sujeto activo como el que efectúa la acción típica de difundir, revelar o ceder imágenes y grabaciones de contenido íntimo.

El sujeto pasivo, por su parte, será aquel que vea gravemente menoscabada su intimidad personal por dicha difusión, cesión o revelación a terceros, sin su consentimiento, de imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido íntimo en las que aparece y que fueron obtenidas con su consentimiento. Frente a esto, no existen divisiones doctrinales.

En la jurisprudencia¹⁵ tampoco existe discrepancia con lo anteriormente planteado. Además, cabe destacar que en la mayoría de los casos el sujeto activo y el sujeto pasivo mantienen una relación de afectividad y es por ello que la víctima permite la captación o grabación de imágenes por parte del sujeto activo, o se las cede voluntariamente confiando en que quedarán en su círculo íntimo y en ningún momento llegarán a manos de terceros. En estos casos, la vulneración de esta confianza existente entre la pareja constituye un tipo cualificado, como analizaremos más adelante.

En relación a la responsabilidad, no cabe duda que a aquel que realiza la acción típica y se constituye como sujeto activo de un delito de *sexting*, se le impondrá la pena que corresponda dentro de la establecida en el marco penal del art. 197.7 CP.

El problema lo encontramos en el tercero que se constituye como sujeto destinatario de la acción penal que, tras recibir las imágenes o grabaciones, las difunde, cede o revela nuevamente a otros sujetos.

Frente a la responsabilidad de los terceros destinatarios de la acción penal que contribuyen a que la difusión adquiera una mayor escala a la ya provocada por el propio autor del delito y, por tanto, a una mayor lesión del bien jurídico protegido, existe una

¹⁵ SAP 488/2016 de 25 noviembre; SAP Madrid 657/2017 de 15 noviembre; SAP 372/2017 de 21 junio.

división doctrinal conformada por dos tesis contrapuestas. Una tesis mayoritaria, defendida por autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹⁶, entiende que estos terceros contribuyentes en la difusión no quedan incluidos en el tipo penal del art. 197.7 CP, pues solamente se castiga por medio del mismo al que directamente y con carácter previo haya obtenido las imágenes o grabaciones de la víctima con su consentimiento y no, por consiguiente, a quien las recibe del sujeto activo y decide continuar con su difusión. Entendiendo, por tanto, que dichos terceros siempre que no hayan participado en los hechos como inductores, cooperadores necesarios o cómplices y se les pueda imputar responsabilidad penal por ello, así como siempre que su conducta no pueda considerarse como un delito contra el honor o la integridad moral de la víctima, solamente podrían entenderse como civilmente responsables en virtud de lo dispuesto en la LO 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Frente a ello una tesis minoritaria, defendida por autores como MAGRO SERVET¹⁷, sostiene que estos terceros también tienen cabida en el tipo penal contemplado en el art. 197.7 CP, pues establece que es responsable cualquier sujeto que contribuya a la difusión de las imágenes, con independencia de que dicho sujeto fuese o no quien las captó o recibió con carácter previo y directamente de la víctima.

Los partidarios de la tesis mayoritaria critican esta concepción minoritaria entendiendo que, de ser así, se estarían “desbordando las posibilidades del proceso penal, siendo lógico limitar el radio de acción del delito a quien abre la caja de Pandora”¹⁸.

¹⁶ Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Web Centro de Estudios Jurídicos, del 13 al 14 de Julio de 2017, pág. 5: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 14.

¹⁷ 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. 4.

¹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Web Centro de Estudios Jurídicos, Julio de 2017, pág. 5: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 14.

En la jurisprudencia parece que el criterio que se suele seguir es el mayoritario, sólo penando a más de un sujeto cuando sean varios los que hayan participado en la realización de la acción típica y quedando impunes aquellos que hayan contribuido a aumentar el radio de difusión de las imágenes mediante el reenvío de las mismas pero no hayan participado en la realización de la conducta típica.

Bajo mi punto de vista, si bien es cierto que esos terceros destinatarios de la acción típica al reenviar los materiales íntimos recibidos a otros sujetos están contribuyendo a una mayor lesión de la intimidad como bien jurídico protegido, opino que este hecho debería ser ponderado por el juez a la hora de imponer la pena dentro del marco penal establecido para el delito. Sin embargo, no entiendo conveniente ni conforme a los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal que a éstos se les pueda exigir responsabilidad penal, pues lo normal en estas situaciones es que las fotografías o grabaciones sean reenviadas más de una vez creándose un indeterminado grupo de personas a las que tendríamos que exigir responsabilidad penal. Todo ello sin perjuicio de que si resultase ser un grupo de personas determinadas podría exigírseles la correspondiente responsabilidad civil.

3.2. Objeto material del delito.

El objeto material del delito está constituido por las imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido íntimo en las que aparece la víctima. En este punto, ya podemos observar una primera discusión doctrinal acerca de qué se entiende por las mismas, en función de si nos ceñimos al tenor literal del artículo o no.

Así, un sector¹⁹, como en la propia configuración del tipo se hace referencia expresa a imágenes y grabaciones audiovisuales, defiende que debemos entender que queda exenta de castigo penal la difusión no autorizada de grabaciones de audio que no vayan acompañadas de video, así como conversaciones escritas que puedan tener un contenido íntimo o sexual o capturas de pantalla de dispositivos que contengan las

¹⁹ Entre ellos MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal parte especial, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 245-246; o CAMARENA GRAU, Salvador en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal, Thomson Reuters, 2016, págs. 167 y 168.

mismas. Esto supondría que dichas conductas quedaran fuera del apartado 7º del art. 197 CP, así como también de su apartado 1º y, por tanto, exentas de castigo penal.

Frente a ello, otro sector²⁰ se opone a esta concepción entendiendo que no se está forzando el tipo penal configurado en el art. 197.7 CP si se entiende como objeto del delito todo material de audio o vídeo pues, aunque no estemos ante la transmisión no consentida de una imagen, la difusión no consentida de un audio o un texto escrito de contenido erótico o sexual puede también atentar contra la intimidad de la víctima. Así, ARNAIZ VIDELLA establece que si nos quedamos en el tenor literal del artículo estas conductas no se protegerían penalmente; solamente quedarían acogidas dentro del tipo si acudimos a la razón última que salvaguarda el precepto, la intimidad de la persona²¹.

En relación a la jurisprudencia, parece seguirse la línea establecida por el primero de los sectores doctrinales, pues en los textos escritos o grabaciones exclusivas de audio es difícil probar la identidad de la víctima y, si no se le puede identificar en ellos, se suele entender por los tribunales que no se menoscaba su intimidad personal.

En mi opinión, en este punto no cabe duda que el precepto, que literalmente habla de “imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla”, acota la comisión del tipo a éstas.

Una segunda discusión doctrinal existente es acerca de si las imágenes deben ser de contenido sexual o erótico, o quedan cubiertas dentro del tipo todas las imágenes de carácter íntimo.

²⁰ Como LLORIA GARCÍA, Paz, *La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*. El derecho.com. Octubre 2013; Rodríguez Fernández, Ignacio, Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Web Centro de Estudios Jurídicos, del 13 al 14 de Julio de 2017, pág. 5; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 14; o CASTELLÓ NICÁS, Nuria, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Editorial Dykinson, Madrid, págs.490-504.

²¹ ARNAIZ VIDELLA, Javier, *El sexting en el código penal español*, Diario La Ley, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

Un sector, en el que destacamos a ROMEO CASABONA²², opina que el contexto íntimo o reservado que tiene que concurrir en el tipo solamente hace referencia a un ámbito de carácter sexual o erótico, pues todo el contenido íntimo que carezca de dicho carácter se protegerá vía civil.

Otros autores, como CASTIÑEIRA PALAU y ESTRADA I CUADRAS²³, defienden que no queda limitado solamente al carácter sexual del contexto, pues el precepto no hace referencia expresa a ello, sino que, por el contrario, al no establecer mayor límite que el grave menoscabo de la intimidad de la víctima parece englobar todos los contextos que puedan considerarse íntimos poniendo el ejemplo de imágenes de prácticas espirituales. Aunque bien es cierto que los mismos también critican que no se haya establecido un límite en el tipo que englobe únicamente a las conductas que afecten al núcleo duro de la intimidad como es la sexualidad, las ideologías políticas, la salud, las creencias religiosas, etc. En definitiva, entienden que el ámbito de protección del art. 197.7 CP es mucho más amplio que el que solamente se circunscribe al *sexting*.

En la jurisprudencia la línea que se sigue es la mayoritaria, circunscribiendo el ámbito de aplicación del precepto a fotografías e imágenes cuyo contenido sea sexual o erótico.

A mi parecer, si vamos a hablar exclusivamente de delito de *sexting*, como su propio nombre indica, las imágenes deberían tener un contenido sexual o erótico, pero lo cierto es que en el precepto el legislador no hace alusión explícita al contenido que las mismas deban tener, pudiendo entender que caben en él imágenes de cualquier tipo cuyo contenido sea íntimo. Por ello, entiendo que siguiendo la aparente intención del legislador de ampliar la protección a la intimidad habría que acotar qué imágenes o grabaciones puedan ser consideradas íntimas.

²² En esta misma línea podemos mencionar a MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal parte especial, 21^a ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 245-246.

²³ En esta misma línea podemos mencionar a SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Miriam, El derecho a la intimidad y el nuevo delito de *sexting*, en LÓPEZ ORTEGA/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 193 y ss.; o a MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 143.

Cabe hacer referencia a un tercer aspecto controvertido a nivel doctrinal en relación a la obtención de dichas imágenes y grabaciones audiovisuales.

Una parte, representada entre otros por MUÑOZ CONDE y ROMEO CASABONA²⁴, entiende que al hacer referencia a que “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”, el tipo se está refiriendo únicamente a imágenes o grabaciones que hubiese elaborado el propio sujeto activo directamente y con el consentimiento de la víctima, quedando por tanto bajo su criterio despenalizados los supuestos en los que sea la víctima la que haya elaborado dichas imágenes y grabaciones y con posterioridad se las haya enviado al sujeto activo.

Por otro lado, autores como COLÁS TURÉGANO y MAGRO SERVET²⁵ entienden que la configuración del tipo acoge tanto a los supuestos en los que sea el autor del delito quien haya elaborado o captado las imágenes o grabaciones con consentimiento de la víctima, como aquellos en los que sea la víctima, por su propia voluntad, quien elabore dichas imágenes o grabaciones y las envíe al sujeto activo.

En atención a la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 podemos concluir que la interpretación más adecuada a seguir sería la no restrictiva que reconoce ambos supuestos como típicos. Es ésta precisamente la interpretación que, salvo alguna resolución aislada, se está siguiendo en la jurisprudencia y que personalmente me parece la más adecuada.

En lo que respecta al lugar de obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales, el tipo exige que sea en un “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. Este punto también ha sido objeto de interpretaciones doctrinales disconformes.

²⁴ En este mismo sentido nos encontramos con autores como CASTIÑEIRA PALAU/ ESTRADA I CUADRAS/ SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Editorial Atelier, Barcelona, 2015, pág. 162; o GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: Lucas y sombras*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84.

²⁵ En esta misma línea podemos mencionar a LUZÓN CUESTA, José Mª, *Compendio de derecho penal, parte especial*, 19º ed, Editorial Dykinson, noviembre 2015, págs. 134-135.

Existe un sector integrado por MARTÍNEZ OTERO²⁶ entre otros, que entiende que las imágenes y grabaciones tomadas en la vía pública o lugares abiertos al público a los que se pueda acceder libremente no quedarían integradas dentro del tipo, pues defiende que en estos supuestos el sujeto pasivo habría renunciado a la protección de la intimidad. Precisamente el mencionado autor critica la redacción del precepto estipulando que debería haberse redactado estableciendo que dichas imágenes y grabaciones se tienen que obtener en un lugar privado.

Frente al anterior nos encontramos con otro sector²⁷ que se muestra crítico a esa postura y defiende que se deberían entender también incluidas en el tipo todas aquellas imágenes o grabaciones captadas en lugares públicos fuera del alcance de terceros, pues de ello no puede deducirse la existencia de un consentimiento expreso ni tácito a que el sujeto activo pueda difundirlas, cederlas o revelarlas a otros. Así, se posiciona MUÑOZ CONDE al entender que dentro de la expresión “cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros” ya estarían incluidas relaciones íntimas mantenidas y grabadas en un lugar público al abrigo de la mirada de terceros, como por ejemplo el mantenimiento de dichas relaciones en una playa desierta.

Con respecto a la jurisprudencia, en sentencias como la SAP 302/2017, de 24 abril, se evidencia cómo sólo parece entenderse comprendidas dentro del tipo penal las imágenes que hayan sido captadas en un lugar privado, véase un domicilio, quedando por consiguiente fuera los supuestos en los que las imágenes o grabaciones se hubieren producido en un lugar público.

Bajo mi punto de vista, debería haberse configurado el tipo de la siguiente manera: “en lugares privados y en lugares públicos al resguardo de la mirada de terceros”. Con ello pretendo dar cobertura tanto a las grabaciones o captaciones de imágenes que se efectúen en lugares privados distintos del domicilio, como a las que, aunque sean efectuadas en lugares públicos, lo sean en un contexto privado. Por ejemplo, grabar las

²⁶ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecho.com, Diciembre-Febrero 2013, pág.10.

²⁷ En esta línea nos encontramos con autores como PUENTE ALBA, Luz M^a, *Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías*, Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 21, 2007, pág. 181.

relaciones sexuales mantenidas en un baño público o al aire libre, siempre que fuese al resguardo de terceras personas que pudiesen presenciárselo.

3.3. Conducta típica

La conducta típica estaría integrada por la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales por parte del sujeto activo.

En relación a ello, hay práctica unanimidad doctrinal sobre qué se entiende por difundir, revelar o ceder, pero no en sí es determinante el alcance que tiene cada una de estas acciones.

De esta manera podemos distinguir varias líneas doctrinales. Un amplio sector doctrinal, representado por COLÁS TURÉGANO y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, defiende que de estas tres conductas alternativas la que mayores lesiones puede ocasionar es la de difundir, pues el sujeto activo una vez difunde las imágenes o grabaciones audiovisuales pierde el control de las mismas, ya que al hacerlo a un número indeterminado de sujetos incrementa las lesiones al bien jurídico protegido. Por ello, estos autores entienden que a la hora de imponer la pena el juez debe valorar casuísticamente la conducta realizada así como las repercusiones que haya ocasionado, moviéndose en atención a estos factores dentro del marco penal legalmente establecido²⁸.

Frente a este posicionamiento QUERALT JIMÉNEZ²⁹ considera suficiente que un solo sujeto sea destinatario de la acción típica de difundir, revelar o ceder pues el material íntimo ya habría salido del ámbito de control de su titular vulnerando su intimidad. Por tanto, este autor no pone el acento en determinar el diferente alcance de

²⁸ COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter) en MATALLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 669; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Web Centro de Estudios Jurídicos, Julio de 2017, pág. 5; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 15; entre otros.

²⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho Penal Español. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 337 y 338.

las distintas conductas típicas sino que las equipara en el sentido de que con la comisión de cualquiera de ellas ya se estaría atentando contra la intimidad del sujeto pasivo.

La jurisprudencia por su parte se sitúa con la mayoría de la doctrina teniendo en cuenta como uno de los factores para determinar la gravedad del menoscabo de la intimidad personal el número aproximado de destinatarios de la acción típica.

Bajo mi punto de vista, aunque es cierto que con la comisión de cualquiera de las conductas típicas ya se estaría incurriendo en el tipo, es determinante para el establecimiento de la pena tener en cuenta que cuantas más personas reciban dichas imágenes o grabaciones difundidas de forma no consentida mayor menoscabo de la intimidad se producirá al extender a un círculo cada vez más amplio de personas un material que solo estaba reservado para un ámbito de “intimidad compartida”³⁰ entre sujeto activo y pasivo.

3.4. Requisito típico de consentimiento previo y posterior ausencia del mismo.

El tipo en el que se configura el delito de *sexting* exige que la víctima haya prestado un consentimiento previo para la captación o grabación de las imágenes, el cual se entiende implícito cuando es ella misma la que capta o graba imágenes que con posterioridad transmite al sujeto activo del delito. Sin embargo, para que la conducta sea típica, se requiere además que a posteriori no medie consentimiento alguno para la difusión, cesión o revelación de las imágenes a terceros, confiando la víctima en que las mismas no van a salir de ese resquicio de intimidad que decidió compartir con el sujeto activo.

En este sentido autores como JUANATEY DORADO y DOVAL PAÍS entienden que hay que “establecer una distinción entre consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas y consentir su realización para difundirla, puesto que es

³⁰ STS 1219/2004, de 10 de diciembre, y STS 569/2013, de 26 de junio: disponen que la intimidad compartida no supone la pérdida de la intimidad personal.

manifiesto que hay un aspecto importante de la intimidad para el que no hay consentimiento”³¹.

Precisamente, ese consentimiento previo para la captación o entrega de imágenes o grabaciones de contenido íntimo era lo que dejaba, con anterioridad a la reforma del CP por la LO 1/2015, como atípicas³² las conductas de *sexting*. Así, el art. 197 CP sólo protegía la difusión, cesión o revelación no consentida de imágenes o grabaciones que hubieren sido obtenidas también sin consentimiento.

De esta manera, con el nuevo tipo penal del art. 197.7 CP se da cobertura a todos estos supuestos en los que la víctima haya consentido el acceso de un sujeto a un determinado espacio privado e íntimo y éste aproveche tal ocasión para menoscabar gravemente la intimidad del primero compartiendo dicho espacio con terceros.

En este punto debemos detenernos para dilucidar si cuando el sujeto pasivo es un menor dicho consentimiento tiene la misma eficacia que en el caso de que lo emita un adulto. Algunos entienden que la edad a partir de la cual se puede empezar a tener en cuenta la posibilidad del consentimiento válido emitido por el menor son los 14 años³³, dependiendo del grado de madurez del mismo. Sin embargo, tras la elevación de la edad de consentimiento sexual efectuada por la reforma del CP otros apoyaron a los ya partidarios de entender que la edad de consentimiento válido de los menores debería ser

³¹ JUANATEY DORADO/DOVAL PAÍS, Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes, en BOIX REIG, Javier, La protección jurídica de la intimidad, Iustel, Madrid, 2010, pág. 163.

³² SAP 90/2004, de 25 de febrero: “Lo que no consintió la querellante es que se difundiera a terceros la cinta con la grabación de sus imágenes, pero tal falta de consentimiento respecto de la difusión de las imágenes tampoco puede fundamentar la aplicación del subtipo penal previsto en el art. 197.3º del Código penal en que se castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores del mismo precepto; por tanto, el presupuesto de la aplicación de dicho subtipo agravado es la comisión de los delitos cometidos en los tipos penales básicos del pfo. 1º o del pfo. 2º del citado precepto, es decir, en cuanto a lo que aquí concierne, sería preciso que las imágenes difundidas a terceros a través de la cinta de vídeo hubieran sido grabadas sin el consentimiento de la querellante, a diferencia de lo sucedido, y por el mismo motivo tampoco procede la aplicación del subtipo previsto en el pfo. 5º del citado precepto. En consecuencia, a pesar de lo reprochable de la conducta del acusado la difusión de la cinta de vídeo por el mismo no tiene encaje jurídico penal entre los delitos contra la intimidad, ya que para ello es preciso que los datos o las imágenes que se revelan hayan sido descubiertos o captados por el sujeto activo mediante una intromisión o injerencia ilícita en la intimidad ajena, que no concurre cuando, como es el caso, el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para la grabación de las imágenes”.

³³ En esta línea podemos mencionar a RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen (especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)*, Indret, octubre 2013, págs. 19 y ss.

los 16 años, pues su “proceso de formación está más avanzado y es mayor su capacidad de discernimiento y de comprensión de los riesgos inherentes a su conducta”³⁴.

Este elemento del tipo no presenta ninguna división doctrinal, pues hay unanimidad en la necesidad de consentimiento previo en la captación y falta del mismo en la posterior difusión. Sin embargo, la redacción del precepto ha sido objeto de crítica por algunos autores que entienden que dicha “anuencia previa” a la que se refiere el precepto es vaga e imprecisa pues no determina si se requiere que dicha anuencia sea expresa o si también cabría una anuencia tácita.

En este sentido, SJI 98/2016, de 16 de junio, parece entender que el precepto integra también supuestos de consentimiento tácito, al determinar que hay anuencia cuando “la perjudicada viera saltar la luz del flash de la cámara de fotos del móvil y no manifestase su oposición a la realización de las fotos”.

En mi opinión, se precisa de un previo consentimiento seguido de una falta del mismo. Además, me considero partidaria de dar cabida en el tipo a que ambos consentimientos puedan ser prestados de forma tácita.

3.5. Grave menoscabo de la intimidad personal como exigencia de *ultima ratio*

Este requisito del tipo es de gran importancia pues, aun cuando concurren todas las exigencias típicas a las que nos hemos referido anteriormente, si con ello no se menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima no se entenderá la conducta como típica. Por tanto, estamos ante un delito de resultado en el que para que la conducta sea típica se requiere el menoscabo de la intimidad de la víctima, no cabiendo cualquier lesión de la intimidad, sino únicamente las que tengan consideración de graves.

Sin embargo, el problema que se nos plantea es qué debe entenderse por grave menoscabo de la intimidad personal. Así, algunos autores como GUIASOLA LERMA³⁵

³⁴ GUIASOLA LERMA, Cristina, Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del *sexting*, en FAYOS GARDÓ, Antonio, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014, págs.121 y 122.

³⁵ GUIASOLA LERMA, Cristina, Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del *sexting*, en FAYOS GARDÓ, Antonio, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014, pág. 127.

entienden que el grave menoscabo de la intimidad se refiere a los ataques más intolerables que afecten al núcleo duro de la intimidad (ideología, salud, religión y vida sexual).

En esta línea parece obvio entender que si la imagen tiene un contenido sexual de tal magnitud como lo es la muestra de genitales o se trata de la grabación de una masturbación, se estaría menoscabando gravemente la intimidad del sujeto. En cambio, para otros supuestos como fotos en topless, en bikini o bañador, o, incluso, en ropa interior, cabe la duda acerca de si el presunto menoscabo de la intimidad se puede considerar como grave.

Ante esto, doctrina³⁶ y jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que para determinar si se menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima hay que atender de manera casuística a varios factores como su edad, la posibilidad de identificarla y la manera en que le haya afectado dicha difusión en su vida³⁷.

Otro aspecto relevante a tener en cuenta es la existencia de fotografías de la misma índole que las difundidas sin consentimiento de la víctima publicadas en las redes sociales por ella misma. La falta de educación en el uso dichas redes y en la autoprotección de la intimidad hace que cada vez resulte más frecuente ver perfiles abiertos al público en los que nos podemos encontrar fotografías de sujetos en ropa interior, o incluso semidesnudos, facilitando así la obtención de las mismas por terceros y su difusión o su utilización indebida por ejemplo para la elaboración de material pornográfico. Por todo ello, en mi opinión, me parece adecuado que el juez valore cada caso particular atendiendo a todas las circunstancias que lo rodean.

³⁶ En esta línea nos encontramos por ejemplo a MORALES PRATS, Fermín en SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Miriam, El derecho a la intimidad y el nuevo delito de *sexting*, en LÓPEZ ORTEGA/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 206.

³⁷ Al tenor de ello, podemos mencionar a modo de ejemplificación la SAP 372/2017, de 21 junio, donde se estima el recurso presentado por el condenado a un delito de *sexting*, pues se le acusó de colocar en su perfil de whatsapp una fotografía de unos pechos al descubierto, que su ex pareja y denunciante alegaba ser suyos, sin embargo la AP estima el recurso por ausencia de relación entre la fotografía y la persona de la denunciante, ya que no se le podía reconocer, al no vérselo la cara, y, por ello, entenderse que no se menoscaba gravemente su intimidad personal.

Por su parte ARNAIZ VIDELLA³⁸ para determinar si se ha producido un menoscabo grave del derecho a la intimidad propone atender a la dignidad de la persona pues, como el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones, ésta constituye el mínimo invulnerable de todos los Derechos Fundamentales.

4. Tipo subjetivo. Dolo y error de tipo.

Para la concurrencia de este tipo penal también es preciso que haya mediado dolo en cualquiera de sus expresiones en la acción típica ejecutada por el sujeto activo de este delito de difusión no consentida de imágenes.

Este aspecto no genera ningún tipo de discrepancia ni a nivel jurisprudencial ni doctrinal, estando ambos de acuerdo en que cuando en la conducta del sujeto activo no medie dolo en alguna de sus formas, ésta es atípica.

En esta línea, resulta de especial interés hacer mención a otro supuesto problemático que puede plantearse en la actualidad con la presencia de las TIC y las redes sociales. Se trata del envío de imágenes íntimas por error. En estos casos, lo primero que debemos tener presente es que nos encontramos ante una conducta o acción negligente, pudiendo distinguir un supuesto de error de tipo propiamente dicho si quien las envió por error fue el tercero que las captó o las recibió directamente de la víctima y otro supuesto no constitutivo de error de tipo si fue la propia víctima quien las envió a un tercero por error y éste las difunde.

Si estamos ante el primero de los supuestos planteados debemos tener en cuenta que el tipo subjetivo de este delito de *sexting* requiere dolo en cualquiera de sus expresiones. Por tanto, al faltar conciencia y voluntad de enviar las fotos íntimas que hubiese captado o recibido de la víctima el sujeto activo determina un error de tipo del art. 14 CP que impediría el castigo de esta conducta no pudiendo penarse aunque fuera un error vencible dado que no se prevé la modalidad imprudente para la comisión del delito de *sexting*³⁹. En este sentido, existe unanimidad tanto doctrinal como

³⁸ ARNAIZ VIDELLA, Javier, *El sexting en el código penal español*, Diario La Ley, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

³⁹ Sin perjuicio de la posible existencia de responsabilidad civil en virtud de la LO 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

jurisprudencial de recurrir a esta opción, considerándome también personalmente partidaria de ella.

Por otra parte, si estamos ante el segundo supuesto en el que es la propia víctima la que por error envía sus fotografías a un tercero, no constituiría el tipo penal del art. 197.7 CP. Sin embargo, se nos plantea aquí un supuesto no constitutivo de error de tipo en el que el tercero que ha recibido las imágenes por negligencia decide difundirlas de forma dolosa a otros.

Un sector de la doctrina entiende que esa difusión realizada por el tercero tendrá cobertura o no en el tipo penal dependiendo de si el consentimiento de la víctima abarcara la recepción de dichas fotografías por ese tercero o no, de manera que el error resultare irrelevante en caso afirmativo. Sin embargo, otros optan por hacer caso omiso a esta diferenciación y directamente acudir a la inaplicabilidad del tipo penal, porque la voluntad de la víctima adolece de un error que impide que se dé el consentimiento que requiere el tipo para penar dicha conducta.

En la jurisprudencia, no existe ningún criterio asentado al respecto que se haya visto reflejado en varias sentencias, por lo que entiendo que casuísticamente el juez decidirá lo pertinente según su criterio.

En mi opinión, la segunda posición doctrinal sería en este punto la más acertada ya que, de lo contrario, se estaría efectuando una interpretación extensiva del artículo y nos encontraríamos con la problemática de determinar a qué sujetos abarca el presunto consentimiento de la víctima y a qué sujetos no. Por ello, optaría por no aplicar el tipo penal, sin perjuicio de poder exigir la correspondiente responsabilidad civil en el caso de que se vulnera la intimidad de la víctima.

5. El tipo agravado.

El tipo agravado del delito de *sexting* se encuentra regulado en el art. 197.7 pfo. 2º CP estableciendo lo siguiente: “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”.

Cabe hacer alusión a que el supuesto de cualificación en el que el autor de los hechos sea cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, se introdujo como consecuencia de una sugerencia efectuada en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de reforma del CP que establecía lo siguiente: “Se echa de menos que no se haya previsto una agravación cuando la víctima sea el cónyuge o ex cónyuge del sujeto pasivo o persona que conviva o haya convivido con él o mantenga o haya mantenido una relación análoga; excluyendo en este caso la pena de multa por las razones que ya se han expuesto en ese informe”.

Sin embargo, a nivel doctrinal la configuración de este tipo agravado en relación con este supuesto concreto ha sido objeto de crítica. Algunos autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁴⁰ alegan que se olvida de la figura del ex cónyuge, así como de las parejas de hecho que conviven juntas, solamente haciendo referencia al cónyuge actual y a las parejas y exparejas análogas a la conyugal, pero sin convivencia. Pese a esto, la doctrina y jurisprudencia parecen optar por aplicar una interpretación extensiva del precepto incluyendo también los delitos de difusión no autorizada de imágenes cuando el autor sea el ex cónyuge de la víctima o simplemente la pareja con la que conviva o convivía en análoga relación de afectividad.

Otros autores como COLÁS TURÉGANO⁴¹ critican que en la práctica este tipo agravado se aplicará con mayor frecuencia que el básico, pues difícilmente la captación de las imágenes íntimas se da entre personas que no han mantenido una relación afectiva aunque sea de corta duración.

⁴⁰ Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015, Web Centro de Estudios Jurídicos, del 13 al 14 de Julio de 2017, pág. 5: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, pág. 16.

⁴¹ COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter) en MATA LLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 668.

En cuanto al tipo cualificado relativo a la vulnerabilidad de la víctima por ser menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial atención, también trae consigo el hecho problemático y consiguiente crítica doctrinal de que el tipo penal de este delito requiere el consentimiento de la víctima para la captación de imágenes o grabaciones, y estos sujetos es cuestionable que muchas veces tengan capacidad suficiente para poder prestar un consentimiento válido.

Además, se une a lo anterior el hecho de que el contenido de dichas grabaciones o imágenes suelen ser de índole sexual afectando a veces, más que a la intimidad, a la indemnidad sexual de los menores. Por lo que, si concurren los requisitos típicos exigidos dicha conducta podría llegar a constituir elaboración de material pornográfico incurriendo el autor en un delito de pornografía infantil del art. 189 CP, siendo irrelevante el consentimiento del menor. O incluso en el caso de que el menor tuviera dieciséis años, el hecho de convencerlo para que participe en una conducta de *sexting* conllevaría la comisión de un delito de embaucamiento de menores del art. 183.ter.2º CP.

Pese a esto, doctrina y jurisprudencia han optado por interpretar el consentimiento desde un punto de vista material y no estrictamente formal para poder aplicar este supuesto agravado, sin perjuicio de que pueda concurrir en alguna de las modalidades concursales con alguno de los delitos anteriormente nombrados, como veremos más adelante.

La finalidad lucrativa en la comisión del hecho, por su parte, no conlleva problemas interpretativos ni tampoco discusiones doctrinales al respecto. Aunque autores como GONZÁLEZ COLLANTES consideran que “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”⁴².

Bajo mi punto de vista, estos tres supuestos cualificados, tal y como se tipifica el delito actualmente en el CP, son absolutamente necesarios pues recogen tres situaciones en las que es muy frecuente que se cometa el tipo.

⁴² GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: Luces y sombras*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84.

6. Penalidad y perseguibilidad

En relación a la penalidad, el delito de *sexting* está castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o una multa de seis a doce meses. En referencia a esta penalidad también se han vertido distintas opiniones.

Autores como QUERALT JIMÉNEZ⁴³ la califican de liviana, alegando que demuestra una huida al Derecho Penal, cuando la sanción de esta conducta, si es impropia, correspondería a la jurisdicción civil.

Otros autores, como MARTÍNEZ OTERO, entienden que dicha penalidad resulta desproporcionada, contraria al principio de intervención mínima y de fragmentariedad del Derecho Penal, al entender que la víctima es responsable directa del daño que se le ha causado pues, aunque esa difusión de imágenes sí haya menoscabado su intimidad, ella fue la que permitió que sucediera al compartir con un tercero un aspecto íntimo. Este autor afirma que “acudir al Derecho Penal para que proteja a un sujeto de las consecuencias de sus propios actos no es la mejor solución, máxime cuando las consecuencias a las que nos referimos son tan indeseadas como previsibles”, avalando con este delito la irresponsabilidad del sujeto, “ofreciendo una solución “paternalista” que da carta de naturaleza a conductas inconscientes”⁴⁴.

GUISASOLA LERMA⁴⁵ por su parte la considera también contraria al principio de proporcionalidad pero por resultar escasa en comparación con el resto de tipos penales que integran los delitos contra la intimidad.

Frente a las opiniones anteriores autores como GONZÁLEZ COLLANTES⁴⁶ consideran que la pena cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y resulta acertada al ser superior a la que se venía imponiendo por los tribunales en los casos

⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 338.

⁴⁴ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecho.com, Diciembre-Febrero 2013, pág.11.

⁴⁵ GUISASOLA LERMA, Cristina, *Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del sexting*, en FAYOS GARDÓ, Antonio, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2014, págs.113-130.

⁴⁶ GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: Luces y sombras*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84.

en que optasen por condenar por la vía de los delitos de injurias los delitos de *sexting* aún no tipificados, pues en éstos además de verse comprometido el honor se produce una injerencia directa a la intimidad y a la propia imagen.

En mi opinión, para los supuestos que actualmente están previstos en la configuración del tipo no me parece una penalidad ni liviana ni desproporcionada en exceso, me parece simplemente adecuada.

Cuando hablamos de la perseguibilidad de los delitos contemplados en el Capítulo I, rotulado “Del descubrimiento y revelación de secretos”, del Título X del CP, tenemos que remitirnos al art. 201 CP que nos establece que para proceder por el delito tipificado en el art. 197.7 CP se requiere previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, pudiendo denunciar el propio Ministerio Fiscal cuando la persona agraviada fuere menor de edad, persona discapacitada necesitada de especial protección o una persona desvalida, y reconociendo que el perdón del ofendido extingue la acción penal.

7. Problemas concursales y delimitación con otras figuras delictivas.

Como hemos visto a lo largo de la exposición de los requisitos típicos y veremos más adelante, el delito de *sexting* o difusión no autorizada de imágenes puede a su vez derivar o concurrir con otros delitos ante la inexistencia de la previsión de una modalidad agravada que pueda castigar ciertos supuestos, teniendo en su defecto que acudir a modalidades concursales.

En primer lugar, en el supuesto en que el sujeto pasivo del delito de *sexting* sea un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección podría apreciarse un concurso ideal, dado la diversidad de bienes jurídicos implicados, entre dicho delito y un delito de difusión de material pornográfico del art. 189.1.b) CP. En el caso de que ese menor ostentare 16 años y concurrieren los demás requisitos típicos exigidos, podríamos aplicar en lugar del delito de *sexting* del art. 197.7 CP la modalidad específica del mismo que se prevé para estos sujetos en el artículo 183.ter.2º CP como delito de embaucamiento de menores en concurso ideal al con un delito de difusión de material pornográfico del art. 189.1.b) CP.

En segundo lugar, en los supuestos en los que el delito de *sexting* por las circunstancias concurrentes en el caso concreto como por ejemplo la entidad del material difundido, el alcance de dicha difusión y su repercusión en la víctima constituya también la comisión de un delito contra la integridad moral de la misma, vulnerándose por consiguiente tanto su intimidad como su integridad moral, podría castigarse a través de un concurso ideal entre el delito del 197.7 CP y del 173.1 CP.

Por último, nos referiremos a posibles relaciones concursales y haremos especial alusión a algunos supuestos específicos de *sexting* como son: la posible relación concursal del delito de *sexting* con el delito de coacciones o el delito de chantaje cuando estemos ante un supuesto de sextorsión; el supuesto específico del delito de *sexting* en su modalidad agravada como delito de violencia de género en supuestos de violencia de género o violencia doméstica; o el supuesto específico del delito de *sexting* cuando estemos ante un supuesto de acoso escolar o *bullying*.

7.1. El *sexting* y el chantaje: la sextorsión.

La sextorsión es un concepto que procede del anglicismo *sex* (sexo) y extorsión (chantaje económico), aunque es cierto que no lo solemos utilizar para los casos en los que el chantaje se realiza con ánimo de lucro causando un perjuicio económico a la víctima como estipula el art. 243 CP.

Consiste en chantajear a una persona con difundir una imagen de la misma desnuda que ésta ha compartido con el chantajista a través de Internet, mediante lo que conocemos como *sexting*, si no realiza la acción que exige el chantajista, que puede abarcar desde producir material pornográfico, tomarse fotos de contenido erótico o grabarse vídeos de carácter íntimo, hasta tener relaciones sexuales con el propio chantajista.

Esta conducta es habitual en los supuestos de violencia de género o violencia doméstica y concretamente en el momento puntual en el que uno de los integrantes de la pareja decide poner fin a la relación, ya sea conyugal o análoga a la misma. Es entonces cuando la otra parte decide proceder al chantaje de su compañero sentimental, amenazándole con difundir las imágenes de contenido íntimo que ostente con razón de su relación si decide terminar con la misma o si hace caso omiso a sus pretensiones.

En este punto, existe práctica unanimidad en la doctrina y jurisprudencia de que estas conductas que pretenden chantajear a la víctima bajo la amenaza de difundir imágenes de contenido erótico se castiguen por medio del delito de coacciones previsto en el art. 172 CP, ya que no tienen cabida en el art. 197.7 CP por no haberse producido aún la difusión de imágenes.

De esta manera, entienden que solamente acudiríamos al art. 197.7 CP si finalmente, pese a la amenaza, la víctima se negare a cumplir con lo que le exige el chantajista, o aun cumpliéndolo, éste difundiere las imágenes, imputándole al sujeto chantajista la comisión de un delito de coacciones del art. 172 CP y de un delito de *sexting* del 197.7 CP.

Considero que, con el fin de dotar de autonomía al delito de *sexting*, resultaría oportuno para no dejar de resolver de forma específica modalidades de comisión de este delito a través de amenazas, coacciones o extorsiones se incluyese en su precepto regulador un apartado que en específico se dedicara a la sextorsión.

7.2. El *sexting* y la violencia de género.

El *sexting* y la violencia de género son dos delitos autónomos que tienen sus respectivas tipificaciones como tales en el CP. Sin embargo, puede suceder que cuando el hombre de la pareja ostente imágenes de carácter erótico o íntimo de la mujer con la que mantenía una relación, en el momento en que ella decide terminarla, difunda a terceros estas imágenes cometiendo así un delito de *sexting* del art. 197.7 CP que se considera constitutivo, a su vez, de un delito de violencia de género.

Precisamente, la mayoría de la doctrina opina que la posibilidad de contemplar este delito como un delito de violencia de género la encontramos en el art. 197.7 pfo. 2º CP, donde se establece un tipo agravado para los supuestos en los que “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”.

En esta línea, autores como COLÁS TURÉGANO⁴⁷ entienden que el mismo encaje en dicho tipo agravado tendrían los supuestos de delitos de *sexting* cometidos entre menores en el ámbito de relaciones que, aunque suelen caracterizarse por la inestabilidad, quedarían cubiertos en el mismo como análoga relación de afectividad a la conyugal aun sin convivencia, dándole así la necesaria protección a estos supuestos donde la mayoría de las víctimas son niñas menores.

Otros como MAGRO SERVET⁴⁸ defienden además que la configuración de este tipo agravado nos permite hacer una matización importante y es que se refiere tanto a la violencia de género como a la violencia doméstica, esto es, se aplica la agravación y conlleva la misma penalidad si es el hombre quien difunde las imágenes o la mujer.

Frente a esto, autores como SÁNCHEZ SÁNCHEZ⁴⁹ se cuestionan la necesidad de reforzar la protección hacia la mujer como sujeto pasivo mayoritario de este delito y en especial en los casos de violencia de género.

Cabe destacar que existía un problema para que los casos de violencia de género en los delitos de *sexting* fueran conocidos por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya que el Título X sobre delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, no estaba comprendido en el art. 87 ter de la LO del Poder Judicial entre los que son competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por lo que se hizo necesaria una reforma de este último artículo.

Esta reforma, la llevó a cabo la LO 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incluyéndose este delito como uno de los competentes que se atribuyen a dicho Juzgado al introducir en el catálogo del art. 87 ter los delitos contra la intimidad, la propia imagen y el honor, que son los bienes jurídicos sobre los que incide el delito de *sexting*.

⁴⁷ COLÁS TURÉGANO, Asunción, Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, *sexting*, radicalización y otras formas de violencia en la red, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 77 y ss.

⁴⁸ 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, págs. 4-14.

⁴⁹ En este mismo sentido, MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 144.

A modo de ejemplificación de lo anteriormente establecido, encontramos a nivel jurisprudencial la SAP 488/2016, de 25 noviembre⁵⁰, que sigue el criterio doctrinal al que se acaba de hacer mención y cuyo fallo condena al autor de los hechos a un delito de *sexting* en su modalidad agravada⁵¹.

En mi opinión, se debería hacer una distinción en este tipo cualificado y contemplar un supuesto específico que se refiera a la realización de la conducta típica en un ámbito de violencia de género o doméstica, pues considero este caso mucho más grave que la comisión del delito de *sexting* entre una pareja donde el único agravante sea la traición de la confianza mutua.

7.3. El *sexting* y el *ciberbullying*, *bullying* o acoso escolar.

El *bullying* es el fenómeno con el que se ha denominado a nivel mundial el acoso escolar proviniendo del anglicismo *bully* cuyo significado es “matón”. Existen diversas definiciones de dicho fenómeno entre las que destacamos la aportada por AVILÉS MARTÍNEZ quien lo describe como “la intimidación o el maltrato entre escolares de forma repetida y mantenida en el tiempo, siempre lejos de la mirada de los adultos, con la intención de humillar y someter abusivamente a una víctima indefensa por parte de un abusón o grupo de matones a través de agresiones físicas, verbales y sociales con resultados de victimización psicológica y rechazo grupal”⁵².

Por su parte, el *ciberbullying* o ciberacoso lo podríamos definir como el acoso entre iguales incluyendo chantaje, insultos, vejaciones, etc. a través de las nuevas tecnologías y las redes sociales, es decir, la práctica del *bullying* vía Internet.

Tanto el *bullying* como sobre todo el *ciberbullying* pueden derivar en la comisión de un delito de *sexting*, ya que es habitual que una de las formas en las que se manifieste

⁵⁰ En ella se plasma un caso en el cual una menor de edad mantenía una relación sentimental con un mayor de edad, el cual la trataba despectivamente y la llegó a empujar y a coger del cuello con ánimo de menoscabar su integridad física, aunque finalmente no le ocasionara lesión, y, una vez la menor decidió cortar la relación, envió una foto de la misma desnuda a su madre, foto que obtuvo en la intimidad en el transcurso de dicha relación.

⁵¹ En esta misma línea, SAP 351103/2010, de 3 de marzo.

⁵² AVILÉS-MARTÍNEZ, José M^a, *Bullying, maltrato entre iguales. Agresores, víctimas y testigos en la escuela*, Amarú Ediciones, Salamanca, 2006, págs. 79-82.

dicho acoso escolar o ciberacoso sea mediante la difusión de una imagen íntima del menor sobre el que recae el abuso.

Un sector amplio de la doctrina entiende que en estos supuestos se estaría cometiendo un delito de acoso escolar, subsumiéndolo en el tipo correspondiente, y un delito de *sexting*.

Sin embargo, algunos autores entienden que en estos supuestos la conducta podría acogerse al el tipo agravado por razón a la minoría de edad de la víctima que se prevé en el art. 197.7 pfo. 2 CP. Esta interpretación ha sido criticada por autores como COLÁS TURÉGANO⁵³, quien entiende que no resulta apropiado extender a estos supuestos dicho tipo agravado ya que la conducta se realiza entre menores y la razón del tipo cualificado es la mayor vulnerabilidad de la víctima por su minoría, no dándose este presupuesto en estos casos en que agresor y víctima son menores de edad.

En la jurisprudencia lo que es habitual en estos supuestos es entender que se debe penar por un lado la comisión de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP y por otro la comisión de un delito de *sexting* del art. 197.7 CP, tal y como podemos comprobar a modo de ejemplificación en la SJM 200/2016, de 7 noviembre⁵⁴.

En mi opinión, resulta pertinente volver a destacar la inexistencia de regulación en el tipo penal del delito de *sexting* de un supuesto en el que se haga referencia expresa al *bullying* y *ciberbullying*. Todo ello pese a que exista un tipo agravado para el caso en el que la víctima fuere menor de edad, pues a mi parecer esta cualificación va dirigida a los supuestos en los que un mayor de edad cometa este delito contra un menor de edad por el abuso de superioridad que lleva implícita la ejecución de dicha conducta. Por lo que, aunque bien es cierto que se podría aplicar efectuando una interpretación extensiva

⁵³ COLÁS TURÉGANO, Asunción, Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, *sexting*, radicalización y otras formas de violencia en la red, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 77 y ss.

⁵⁴ En ella se imputa a varios menores la comisión de dichos delitos por haber difundido una imagen de los genitales de uno de sus compañeros, haberlo grabado en el servicio mientras hacia sus necesidades sin su consentimiento, y, haberlo metido en un contenedor de basura, y hecho lamer una defecación de animal.

de este tipo cualificado, veo necesaria una regulación expresa para dicho fenómeno tan habitual.

8. Conveniencia del mantenimiento del art. 197.7 CP y propuestas de *lege ferenda*

En lo que respecta a la conveniencia del mantenimiento de esta figura delictiva no hay unanimidad doctrinal sino que se produce una división en dos grandes líneas contrapuestas pudiendo detectarse a su vez una tercera que se presenta como intermedia de aquéllas o subsector de la primera.

Un sector apoyado por SÁNCHEZ SÁNCHEZ⁵⁵ es partidario del mantenimiento del tipo al entender que es necesario que el Derecho Penal se adapte a la realidad social de cada momento. A su juicio, resulta conveniente que se mantenga tipificado en el CP el delito de *sexting* o difusión no autorizada de imágenes íntimas pues regula una nueva realidad que no tiene encaje en ningún otro precepto del CP y que no se puede dejar desprovista de la adecuada protección penal, poniendo el acento en que es fundamental la sensibilización del daño que pueden causar estas conductas al sujeto pasivo.

En otra línea, autores como CASTELLÓ NICÁS⁵⁶ o MORALES PRATS⁵⁷ entienden que la tipificación de esta conducta, a su parecer “irresponsable”, es desproporcionada, contraria al principio de intervención mínima y de fragmentariedad del derecho penal. Defienden que es la víctima la que debería asumir las consecuencias previsibles que tienen sus propios actos, no pudiendo obligar penalmente a todos los ciudadanos al sigilo de las imágenes íntimas que otros les envíen voluntariamente. Así, admiten que aunque con la conducta del sujeto activo se vulnere la intimidad de la víctima, ésta es quien lo ha hecho posible al dejarse captar en una fotografía de contenido íntimo o al captarla ella misma y enviarla al sujeto activo.

⁵⁵ En esta misma línea nos encontramos a CARRASCO ANDRINO, María del Mar; MOYA FUENTES, María del Mar; y OTERO GONZÁLEZ, María Pilar en SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Miriam, El derecho a la intimidad y el nuevo delito de *sexting*, en LÓPEZ ORTEGA/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 193 y ss.

⁵⁶ CASTELLÓ NICÁS, Nuria, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs.490-504.

⁵⁷ MORALES PRATS, Fermín, *La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 31, 2013, pág. 12.

Por ello, este segundo sector entiende que no resulta conveniente el mantenimiento de esta tipificación del *sexting* como conducta delictiva, pudiendo en los casos en los que se vulnere la intimidad con este tipo de supuestos acudir a la exigencia de responsabilidad civil en virtud de la LO 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por esta vía ya podríamos otorgarle la protección que merece sin necesidad de acudir al Derecho Penal.

Frente a estos posicionamientos doctrinales que se inclinan por extremos contrarios, también nos encontramos algunos autores como GUIASOLA LERMA⁵⁸ o ARNAIZ VIDELLA⁵⁹ que optan por una posición intermedia, mostrándose partidarios del mantenimiento de este delito en el CP pero con algunas modificaciones. Así, algunos subsectores entienden que es necesaria una reforma del apartado 7º del precepto, mientras que otros defienden que lo que debe efectuarse es una reformulación del apartado primero del art. 197 CP incluyendo en él este delito y consiguiendo así un catálogo de protección más adecuado y adaptable a la evolución tecnológica que siga sobreviniendo.

Sin embargo, ninguno considera como opción su supresión absoluta del CP, por lo que más que una tercera línea podríamos llegar a considerarlos como subsectores de la parte de la doctrina que opta por el mantenimiento de esta figura aunque no en su redacción actual.

Bajo mi punto de vista, el delito del *sexting* no debe desaparecer de nuestro CP al estar tipificando una nueva práctica surgida en todo el mundo por la aparición y uso de las TIC y las redes sociales que no se puede ignorar y precisa de regulación penal. Eso sí, a mi parecer no se debería mantener el precepto en su actual regulación, por ello me considero partidaria del subsector que postula el mantenimiento del delito pero con una nueva configuración del tipo.

En mi opinión, sobre todo tras el estudio de Derecho comparado, lo primero que habría que hacer en estos casos en los que aparecen nuevas formas de relación entre las

⁵⁸ GUIASOLA LERMA, Cristina, Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del *sexting*, en FAYOS GARDÓ, Antonio, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014, págs.113-130.

⁵⁹ ARNAIZ VIDELLA, Javier, *El sexting en el código penal español*, Diario La Ley, Nº 8995, Sección Tribuna, 7 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

personas que podrían dar lugar a posibles vulneraciones de bienes jurídicos penalmente protegidos, es dar a conocer a la sociedad los peligros que traen consigo dichas prácticas y más aún si se opta por tipificar penalmente las conductas que efectivamente se considere que los vulneran.

Así, en relación con los menores que pueden verse envueltos en este delito, mantendría su tipificación, pero además propondría que en los colegios e institutos se instaurase alguna asignatura o se estableciesen cursos obligatorios en los cuales se advierta a los alumnos de los peligros que conlleva muchas veces el uso de las nuevas tecnologías, como es el hecho de que se decida hacer *sexting* a través de los teléfonos móviles vía whatsapp por ejemplo.

La finalidad de esta educación sería que, tanto quien decida difundir, revelar o ceder imágenes íntimas de otra persona que haya obtenido él mismo o que le hayan sido enviadas en exclusiva tenga conocimiento de que haciéndolo comete un ilícito penal, como que quien decida practicar *sexting*, bien dejándose fotografiar o grabar en un momento de intimidad o bien decida por sí mismo hacerlo y enviárselo a otra persona, sepa que, aunque no esté castigado penalmente, puede con ello llegar a ver menoscabada su intimidad de forma grave y que esta situación va a ser difícilmente reparable.

En relación con la práctica de *sexting* sólo entre adultos, propondría la despenalización de esta conducta para la generalidad de casos y dejaría exclusivamente tipificado un supuesto concreto que está siendo por desgracia bastante usual, como es el caso de difundir, revelar y ceder estas imágenes como resultado de haber tratado de extorsionar o chantajear a una persona con ellas.

Además, propondría un tipo agravado para el caso en el que los hechos se produjeran entre personas que sean o hubieren sido cónyuges o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, con o sin convivencia y otro para los casos en los que los hechos sean subsumibles en un contexto de violencia física o psíquica, tratando con esto último de dar cobertura a los supuestos en los que se pueda manifestar el delito en un ámbito de violencia de género, violencia doméstica o *bullying*.

Decido mantener la citada tipificación porque, con respecto a delitos de *sexting* cometidos entre menores, aunque esta conducta pueda ser muchas veces manifestación de una notoria falta de madurez por el que difunde, revela o cede las imágenes, estos sujetos por razón de su edad dan mucha importancia a lo que piensen los demás y suelen convertirse en objeto de burlas, lo que en la práctica puede desembocar en acontecimientos tan atroces como los suicidios. Estas consecuencias se podrían llegar a evitar si además de tipificar este delito partiéramos de una base de educación en los menores, tanto social como tecnológica, que los haga, a la vista de casos ya acontecidos, sensibilizarse con respecto al dolor ajeno.

Con respecto a delitos de *sexting* en los que el menor es la víctima y el mayor de edad se presenta como sujeto activo, a pesar de su difícil delimitación con otros preceptos que tipifican el delito de pornografía infantil o el embaucamiento de menores, mantengo la tipificación porque los menores son sujetos de especial vulnerabilidad que tienen necesariamente que ser protegidos frente a supuestos que escapen del tipo establecido para los delitos citados con anterioridad.

En los casos en que son menores los sujetos pasivos del delito hay que recordar el matiz de que podemos entender que, además de la intimidad, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. A mi parecer, esto no cambiaría la ubicación del precepto puesto que no se deja de vulnerar la intimidad del menor y, precisamente, es como consecuencia de ese grave menoscabo de la intimidad que se vulnera la indemnidad sexual del mismo.

Con respecto a los adultos sólo mantendría la penalización para los casos subsumibles en la sextorsión, pues a mi parecer son conductas que merecen un reproche penal individualizado al poder llegar a vulnerarse con ellas otros bienes jurídicos penalmente protegidos como por ejemplo la libertad sexual. Despenalizaría el resto de supuestos entre adultos porque opino que protegiendo lo anterior ya se estaría cumpliendo con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues solamente protegeríamos los ataques más relevantes a la intimidad. Además, considero que un adulto tiene capacidad suficiente como para conocer las consecuencias de sus actos y para soportarlas, pudiendo acudir a otras vías de protección distintas de la penal cuando se vulnere gravemente su intimidad.

Así, mi propuesta de *lege ferenda* quedaría redactada del siguiente modo:

“7. Será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada menor de edad o necesitada de especial protección, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla realizadas por ella o con su anuencia, siempre que hayan sido producidas o autoproducidas en un lugar privado o en un lugar público al resguardo de la mirada de terceros, cuando menoscabe gravemente su intimidad personal.

Será castigado con una pena de prisión de uno a cinco años el que cometiere los hechos descritos en el apartado anterior contra una persona mayor o menor de edad, habiendo mediado previamente chantaje, coacción, o extorsión.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el que sea o hubiere sido cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, con o sin convivencia, o los hechos sean subsumibles en un contexto de la violencia física o psicológica”.

9. Conclusiones

1. El bien jurídico al que trata de dar protección este tipo penal es la intimidad de las personas aunque se suele adicionar al mismo otros como el honor o la propia imagen. Sin embargo, ¿qué sucede cuando los sujetos pasivos de este delito son menores? ¿también se menoscaba su intimidad? En los menores no sólo se vulnera su intimidad sino que además la comisión del tipo por un tercero afecta a su indemnidad sexual.

2. ¿Se puede exigir responsabilidad penal al tercero que recibe las imágenes o grabaciones audiovisuales del propio sujeto activo y decide reenviarlas a su vez a otros sujetos? No se suele exigir responsabilidad penal a estos terceros, salvo que los mismos hayan participado en la comisión de la conducta típica como inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

3. La obtención de las imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido íntimo es objeto en la actualidad de una interpretación extensiva que permite que el tipo dé cobertura tanto a los supuestos en los que las mismas hayan sido captadas directamente

por el autor de los hechos como a los supuestos en que éstas le hubieren sido enviadas por la propia víctima.

4. El delito de *sexting* requiere la concurrencia de consentimiento previo en la obtención de las imágenes por parte del sujeto pasivo y de dolo en la comisión de la conducta típica por parte del sujeto activo. Por ello, ¿qué sucede en los supuestos en los que medie error en el envío de las imágenes o grabaciones de contenido íntimo? Si el que incurre en el error es el sujeto que aparece en las imágenes no constituiría error de tipo, pero si es el que las tenía en su poder con consentimiento de la persona que aparece en las mismas constituiría un error de tipo al faltar conciencia y voluntad en la difusión de las imágenes íntimas impidiendo la aplicación del tipo porque no podría castigarse aunque fuera un error vencible dado que no se prevé la modalidad imprudente para este delito.

5. Es preciso recordar que el *sexting* como figura delictiva puede concurrir con la comisión de otros delitos como es el caso de la sextorsión, el *ciberbullying* o la violencia de género o doméstica. Así, creo conveniente una reforma del precepto 197.7 CP en la que se tengan aquéllas en consideración otorgándoles una protección adecuada al reproche penal que merecen.

6. Con independencia de la necesidad de intervención penal en los casos más graves de delitos de *sexting* y tras el estudio de Derecho comparado propongo la instauración de programas educativos que alerten y conciencien a los menores de los peligros que trae consigo el uso de las redes sociales, incluso a los adultos, para evitar la hipertrofia del Derecho Penal y cumplir con el principio de *ultima ratio*.

Índice de jurisprudencia

- STC 70/2002, de 3 de abril.
- STS 1219/2004, de 10 de diciembre.
- STS 357/2007, de 30 de abril.
- STS 569/2013, de 26 de junio.
- SAP 90/2004, de 25 de febrero.
- SAP 151103/2010, de 3 de marzo.
- SAP 488/2016, de 25 noviembre.
- SAP 302/2017, de 24 abril.
- SAP 657/2017, de 15 noviembre.
- SAP 372/2017, de 21 junio.
- SJM 200/2016, de 7 noviembre.
- SJI 98/2016, de 16 de junio.

Bibliografía

- 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.
- AVILÉS-MARTÍNEZ, José M^a, *Bullying, maltrato entre iguales. Agresores, víctimas y testigos en la escuela*, Amarú Ediciones, Salamanca, 2006, págs. 79-82.
- CAMARENA GRAU, Salvador en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Compendio de la Parte Especial de Derecho Penal*, Thomson Reuters, 2016, págs. 167 y 168.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs.490-504.
- CASTIÑEIRA PALAU/ ESTRADA I CUADRAS/ SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4^a ed., Editorial Atelier, Barcelona, 2015, pág. 162.
- Cit. por DÍAZ TORREJÓN, Pedro, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015*, Web Centro de Estudios Jurídicos, del 13 al 14 de Julio de 2017, pág. 5: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas.*

Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15, págs. 6-16.

- COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter) en MALLÍN EVANGELIO/GÓRRIZ ROYO/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 667 y 669.

- COLÁS TURÉGANO, Asunción, Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales, en CUERDA ARNAU/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 77 y ss.

- FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles, Web del Centro de Estudios Jurídicos, Málaga, Octubre 2014, pág. 6.

- GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: Luces y sombras*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 13, enero de 2015, págs. 51-84

- GUIASOLA LERMA, Cristina, Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del sexting, en FAYOS GARDÓ, Antonio, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014, págs.113-130.

- JUANATEY DORADO/DOVAL PAÍS, Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes, en BOIX REIG, Javier, La protección jurídica de la intimidad, Iustel, Madrid, 2010, pág. 163.

- LLORIA GARCÍA, Paz, *La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*, El derecho.com, Octubre 2013.

- LUZÓN CUESTA, José Mª, Compendio de derecho penal, parte especial, 19º ed, Editorial Dykinson, noviembre 2015, págs. 134-135.

- 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, págs. 4-14.

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

- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho Penal Frente a las Formas de Acoso a Menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 163 y ss.
- MORALES PRATS, Fermín, *La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 31, 2013, pág. 12.
- MORALES PRATS, Fermín, *La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 459-465.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal parte especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 245-246.
- MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 144.
- PUENTE ALBA, Luz Mª, *Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías*, Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 21, 2007, pág. 181.
- QUERALT JÍMENEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 337 y 338.
- ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR, *El Derecho Penal parte especial, conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/ 2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, Granada, 2016, págs. 268 y 269.
- RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen (especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)*, *Indret*, octubre 2013, págs. 19 y ss.
- SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, págs. 14 y ss.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Miriam, *El derecho a la intimidad y el nuevo delito de sexting*, en LÓPEZ ORTEGA/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, *El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 193 y ss.