

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y**  
**EN DERECHO**

**LA TIPIFICACIÓN DEL *SEXTING* TRAS LA REFORMA DEL CP DE 2015**

**Jone Pozueta García**

**DIRECTOR**

**Leticia Jericó Ojer**

**Pamplona / Iruñea**

**15 de enero de 2018**

## **RESUMEN**

El principal objetivo de este Trabajo Fin de Grado es estudiar el delito de *sexting* (art. 197.7 CP) tras su introducción en el CP español a raíz de la Reforma de 2015. Los avances tecnológicos y el uso generalizado de las redes sociales han avivado la realización de este tipo de conductas y, al mismo tiempo, los riesgos inherentes a ellas. La sensación de impunidad y el mediático Caso Hormigos impulsaron una precipitada regulación penal del *sexting*. Esta tipificación ha sido duramente criticada por parte de la doctrina que, no sólo ha criticado la redacción dada por el legislador, sino que también ha puesto en duda la utilización del Derecho Penal para su castigo. El posible incumplimiento de algunos de los principios delimitadores del *ius puniendi*, como el de intervención mínima, lleva a varios autores a optar por el castigo de estas vulneraciones de la intimidad por vía civil.

### **Palabras clave**

*Sexting*, Reforma, Delitos contra la intimidad, Consentimiento, Difusión.

## **ABSTRACT**

The main purpose of this Final Degree Project is to study the criminal offense of sexting (CC art. 197.7) after its introduction in the Spanish Criminal Code by the Reform made in 2015. Technological advances and the widespread use of social networks have intensified this type of behaviours and, at the same time, the risks inherent to them. The sense of impunity and the famous Hormigos case promoted a hasty criminal regulation of sexting. This criminal reform has been harshly criticized by the doctrine, who has not only criticized the wording given by the legislator, but has also questioned the use of criminal law for its punishment. The possible breach of some of the principles that define the *ius puniendi*, such as the minimal intervention principle, leads several scholars to defend the punishment of these privacy violations by civil means.

### **Key words**

Sexting, Reform, Crimes against privacy, Consent, Dissemination.

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

- AJPII = Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
- AP = Audiencia Provincial
- Art./Arts. = Artículo/Artículos
- CE = Constitución Española
- CGPJ = Consejo General del Poder Judicial
- Coord. = Coordinador
- CP = Código Penal
- Dir. = Director
- EM = Exposición de Motivos
- FGE = Fiscalía General del Estado
- INTECO = Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
- LO = Ley Orgánica
- Núm. = Número
- Pág./Págs. = Página/Páginas
- SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial
- SJM = Sentencia del Juzgado de Menores
- Ss. = Siguietes
- SSAP = Sentencias de la Audiencia Provincial
- STC = Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS = Sentencia del Tribunal Supremo
- TC = Tribunal Constitucional
- TS = Tribunal Supremo

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	CONCEPTO DE SEXTING .....	2
III.	SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2015.....	4
	1. El delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP) .....	5
	2. La subsunción de los hechos en el delito de injurias (art. 208 y ss. CP) .....	6
	3. La vía de la impunidad .....	7
	4. El recurso a la vía civil: LO 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen .....	8
	5. Valoración personal .....	10
IV.	CAUSAS DE LA REFORMA. CASO HORMIGOS.....	11
V.	ARTÍCULO 197.7º CP. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL .....	14
	1. El tipo objetivo.....	14
	1.1. Bien jurídico protegido .....	14
	1.2. Conducta típica .....	16
	1.2.1. La difusión, revelación o cesión a terceros sin autorización de la persona afectada .....	17
	1.2.2. Imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella.....	17
	1.2.3. Que hubiera obtenido con su anuencia.....	18
	1.2.4. En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros .....	19
	1.2.5. La divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona	20
	1.3. Sujeto activo .....	21
	1.4. Sujeto pasivo .....	22
	2. El tipo subjetivo.....	24
	2.1. Dolo.....	24
	3. La pena .....	24
VI.	VALORACIÓN DOCTRINAL ACERCA DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE SEXTING .....	25
	1. Posturas favorables a la regulación penal del sexting .....	25
	2. Posturas contrarias a la regulación penal del sexting .....	27
	2.1. El necesario respeto a los principios delimitadores del ius puniendi .....	27
	2.2. El obligado deber de sigilo .....	29
	2.3. Los cambios en las costumbres sociales .....	30
	2.4. El recurso a la vía civil para la protección de la intimidad .....	33
	3. Valoración personal .....	34
VII.	CONCLUSIONES FINALES.....	35
VIII.	BIBLIOGRAFÍA .....	36
IX.	JURISPRUDENCIA CONSULTADA .....	40

## I. INTRODUCCIÓN

Según el Estudio Anual de Redes Sociales en España<sup>1</sup> en torno al 86% de los internautas de entre 16 y 65 años utilizan las redes sociales. Aproximadamente el 81% de los españoles posee un *Smartphone*<sup>2</sup>. La combinación de estos dos factores ha potenciado la tendencia de compartir con los demás y a tiempo real lo que cada uno está haciendo en cada momento. Los avances tecnológicos ofrecen muchas posibilidades en las relaciones interpersonales pero, al mismo tiempo, se expone la intimidad a diversas modalidades de cibercrimen.

En el año 2012, el mediático caso de una concejala de Los Yébenes cuyas imágenes íntimas fueron difundidas sin consentimiento en Internet abrió el debate en la sociedad española. Como en muchas otras ocasiones, un caso mediático propició la introducción de un nuevo tipo penal en la Reforma del CP producida en 2015 (entre otras muchas novedades). El art. 197.7 CP tipificó el *sexting* en aras de cubrir una laguna de impunidad, según señalaba la EM de la LO 1/2015 por la que se modificó el CP.

De manera más o menos acertada, en los últimos años se ha observado la adaptación de nuestra legislación a nuevos fenómenos sociales y tecnológicos. El *sexting* es un ejemplo de ello, si bien su tipificación ha sido duramente criticada por parte de la doctrina. Tanto la redacción dada al precepto como el hecho de exigir responsabilidades penales ante estas situaciones han generado muchas dudas. Tal y como señala COMES RAGA, hay que reconocer “el evidente interés dogmático y político-criminal que despierta esta conducta en el ámbito de la protección penal de la intimidad”<sup>3</sup>.

El objetivo de este trabajo no es otro que realizar un estudio en torno al *sexting* y a su regulación jurídica. Para ello, se realizarán precisiones conceptuales en cuanto al fenómeno del *sexting*, se estudiará la situación anterior a la Reforma, se analizarán detalladamente los elementos del nuevo tipo penal y, finalmente, se expondrá la discusión doctrinal generada a partir de la regulación penal del *sexting*, mostrando los argumentos argüidos tanto por quienes defienden su tipificación como por quienes la critican.

---

<sup>1</sup> <https://marketing4ecommerce.net/viii-estudio-anual-de-redes-sociales-en-espana-2017/>

<sup>2</sup> [http://cadenaser.com/ser/2017/02/28/ciencia/1488281552\\_888684.html](http://cadenaser.com/ser/2017/02/28/ciencia/1488281552_888684.html)

<sup>3</sup> COMES RAGA, I., “La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida del sexting ajeno” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, pág.15.

## II. CONCEPTO DE SEXTING

A día de hoy, “la dinámica de las nuevas tecnologías ha traspasado a la dinámica legislativa”<sup>4</sup>. El desarrollo tecnológico, unido a la aparición de numerosas redes sociales y medios de mensajería instantánea, ha propiciado un cambio en las relaciones interpersonales. Se trata de una nueva realidad social con indiscutibles beneficios, pero que a su vez es un caldo de cultivo para la inventiva criminal.

El cibercrimen es un fenómeno reciente que ha crecido de manera exponencial en los últimos años. MESTRE DELGADO clasifica las claves para su crecimiento en lo que denomina “Las Tres Leyes del Cibercrimen”<sup>5</sup>: se minimizan los riesgos derivados de la relación con la víctima, se optimiza la eficacia del esfuerzo criminal (en cuanto al daño y en cuanto a la rentabilidad) y se busca la impunidad en la amplitud de internet.

El legislador, con mayor o menor fortuna, ha intentado adaptar la ley para evitar la impunidad ante estas nuevas conductas. Entre ellas, el *sexting*.

El concepto de *sexting* surge hacia el año 2005, encontrando las primeras referencias al mismo en el mundo anglosajón<sup>6</sup>. Se trata de un acrónimo formado por las palabras inglesas “sex” y “texting”. Tal y como lo define el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “el *sexting* consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico”<sup>7</sup>. Cabe señalar, a su vez, la diferencia entre lo que la doctrina ha denominado *sexting* primario y *sexting* secundario. Mientras que el *sexting* primario supone el envío consentido en el contexto de una relación privada, en el *sexting* secundario el contenido se difunde de manera in consentida a terceras personas<sup>8</sup>. A la vista de dicha distinción es importante destacar que el objeto de estudio de este trabajo es el *sexting* secundario, ya que el primario no merece ningún tipo de reproche legal.

---

<sup>4</sup> GUIASOLA LERMA, C., “Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015” en CUERDA ARNAU M.L, (Dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 269.

<sup>5</sup> MESTRE DELGADO, E., “Reformas legales contra el cibercrimen” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, pág. 3.

<sup>6</sup> El término fue empleado por primera vez por Yvonne Roberts, en el artículo “The One and Only” publicado el 31-7-2005 en el periódico Sunday Telegraph.

<sup>7</sup> INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, 2011, pág. 4.

<sup>8</sup> MENDO ESTRELLA, A., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pág. 24.

Por otro lado, es fundamental distinguir el *sexting* entre menores del *sexting* entre adultos. En palabras de GUIASOLA LERMA, los menores son “nativos tecnológicos”. Su gran dominio de las redes sociales y las nuevas tecnologías se une a su despertar sexual, lo cual provoca la práctica de conductas como el *sexting* en muchos casos. Según el “Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles”<sup>9</sup>, realizado en el año 2011 por INTECO y Orange, el 4,3% de los menores ha recibido contenidos de este tipo en sus dispositivos (normalmente de personas de su entorno), mientras que el 1,5% reconoce haberse hecho fotografías de contenido sexual. Estos son los datos obtenidos a partir de las respuestas de los adolescentes cuando hablaban de sí mismos; sin embargo, al aludir a la incidencia en personas de su entorno las cifras ascendían: el 13,8% conocía a personas que lo practicaban y el 16,5% conocía personas que recibían este tipo de contenidos en sus teléfonos.

Por lo tanto, se observa que no es una conducta infrecuente entre los menores<sup>10</sup>. Es evidente que los adultos también la practican<sup>11</sup>, pero la problemática es totalmente distinta.

El TS, según STS 409/2014, de 14 de julio de 2014 (RJ 2014/4529), establece que los menores son sujetos de protección reforzada conforme a doctrina constitucional y de la propia sala, señalando que “si bien todas las personas tienen derecho a ser respetadas en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables por tanto a los ataques a sus derechos”<sup>12</sup>. Y es que los riesgos inherentes a la práctica del *sexting* por los menores no son equiparables a los que sufren los adultos. El ya mencionado informe de INTECO enumera los riesgos a los que están sometidos los menores al enviar este tipo de contenidos. Además de la pérdida de privacidad, el *sexting* se relaciona con otros

---

<sup>9</sup> La muestra del estudio fue compuesta por 322 adolescentes españoles de entre 10 y 16 años y sus respectivos tutores legales.

<sup>10</sup> Es probable que las cifras hayan ascendido desde 2011, ya que la cantidad de menores con teléfono móvil propio ha ascendido.

<sup>11</sup> Al contrario de lo que suele pensarse, parece que la práctica del *sexting* es más común entre adultos que entre adolescentes. Según la encuesta “Relaciones y tecnología” realizada por la empresa McAfee en 2014, en torno a un 50% de los mayores de 18 años utiliza sus teléfonos móviles para enviar o recibir mensajes, imágenes y videos de contenido sexual.

<sup>12</sup> STS 409/2014, de 14 de julio (RJ 2014/4529), segundo fundamento de derecho.

problemas y formas de acoso, tales como el ciberbullying, la sextorsión, el grooming, los riesgos físicos y psicológicos (intentos de suicidio), la geolocalización, etc.

Como puede observarse, la difusión incosentida en el caso de los menores puede derivar en consecuencias nefastas como, por ejemplo, el acoso escolar, la aparición en el radar de depredadores sexuales, los problemas psicológicos o la autolesión<sup>13</sup>. En consecuencia, su regulación penal parece más lógica y necesaria que en el caso de los adultos.

El sexting entre adultos, sin embargo, no plantea estos problemas. Lo cual no significa que no tenga importancia, ya que puede relacionarse incluso con situaciones de sextorsión o violencia de género. No obstante, la difusión suele identificarse en la mayoría de los casos con un ánimo de venganza en rupturas conflictivas (lo que en Estados Unidos denominan revenge-porn<sup>14</sup>).

A diferencia que en el caso de los menores, la regulación penal de la difusión inconsentida del *sexting* entre adultos ha generado una importante discusión doctrinal. Es por ello que, tras analizar los diferentes tipos y problemáticas en función de la edad, este trabajo se centra en el análisis del *sexting* secundario entre adultos.

### **III. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2015**

Desde el año 2015, el CP tipifica expresamente el *sexting* en su artículo 197.7. No obstante, el estudio de la jurisprudencia demuestra que llevaba años siendo un fenómeno común<sup>15</sup>.

Como no podía ser de otro modo, el CP anterior a la reforma de 2015 contemplaba la regulación de los delitos contra la intimidad. En concreto, el artículo 197 recogía el delito de descubrimiento y revelación de secretos. El primer apartado del citado artículo planteaba como conducta típica el apoderamiento para descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro. El segundo apartado regulaba el apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados registrados en ficheros o soportes informáticos. Igualmente, el cuarto apartado en relación con los anteriores, tipificaba la

---

<sup>13</sup> El caso del suicidio de la joven de 15 años Amanda Todd conmocionó a medio mundo en el año 2012. Tras la difusión inconsentida de un video en el que mostraba sus pechos, fue víctima de ciberbullying. Un mes después de denunciar su situación a través de un video en Youtube Amanda Todd se suicidó.

<sup>14</sup> VILLEGAS GARCÍA, M<sup>o</sup> A., “Imágenes íntimas e internet. Cerco legislativo a la venganza privada en la red” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n<sup>o</sup> 876, 2014, pág. 1.

<sup>15</sup> No fueron pocos los casos de difusión inconsentida de videos e imágenes de naturaleza sexual, los cuales habían sido previamente obtenidos de manera consentida. Por eso, aquellas personas que vieron vulnerada su intimidad acudieron a los Tribunales en busca de una solución.



difusión de lo descubierto u obtenido a terceros. Se trata de preceptos que no han sido objeto de modificación.

El denominador común de estas conductas es la falta de consentimiento de la persona cuya intimidad se vulnera. Es decir, tanto el apoderamiento como la difusión deben producirse en contra de la voluntad del sujeto pasivo.

Es por ello que el *sexting* tenía un difícil encaje penal en la regulación anterior, dado que concurre el consentimiento de la persona afectada en la captación de los contenidos. Sin embargo, el fenómeno social crecía y se sucedían casos en los que la intimidad de la persona agraviada quedaba realmente afectada. Por ese motivo la jurisprudencia intentó buscar una solución, como sostiene GUIASOLA LERMA, “subsumiendo los supuestos de difusión no consentida del sexting ajeno en tipicidades distintas, intentando encontrar vías de punibilidad conforme al principio de ofensividad”<sup>16</sup>.

Las soluciones a las que llegaron los Tribunales fueron, cuando menos, muy variadas. A continuación se analizan cuatro soluciones distintas propuestas por diferentes Tribunales, estudiando paralelamente ejemplos jurisprudenciales. Así, la posible inclusión como delito de descubrimiento y revelación de secretos, como delito de injurias, la impunidad o la remisión a la vía civil han sido las vías propuestas. Al estudio de estas posibilidades se dedican las líneas siguientes.

## **1. El delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP)**

Como se ha observado, los tipos recogidos en el art. 197 CP<sup>17</sup> se caracterizan por la falta de consentimiento para el apoderamiento de los contenidos. La principal característica del *sexting*, al contrario, es el consentimiento en la captación de las imágenes o videos.

---

<sup>16</sup> GUIASOLA LERMA, C., “Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015” en CUERDA ARNAU M.L. (Dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 275.

<sup>17</sup> Art. 197.1 CP: El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, *sin su consentimiento*, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, 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.

Art. 197.3 CP: Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros *los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*.

A pesar de esta aparente incompatibilidad que da lugar a la inaplicación de este delito a supuestos de *sexting* en la mayoría de los casos, existían algunas resoluciones que defendían la subsunción de los hechos en el tipo.

A modo de ejemplo, la SAP de Ourense 131/2014, de 26 de marzo de 2014 (JUR/2014/215036), desestima el recurso de apelación y confirma la Sentencia impugnada<sup>18</sup> en la que se condenaba a los acusados como autores de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.2 CP<sup>19</sup>.

La AP consideró que “si bien es cierto que no hubo apoderamiento indebido de las fotos discutidas, al encontrarse las mismas lícitamente en poder del acusado exnovio de la denunciante, también lo es que el art. 197.2 CP, en su último inciso, impone la misma pena a ‘quien, sin estar autorizado, utilice dichos datos de carácter personal o familiar en perjuicio de su titular’ ”<sup>20</sup>.

Se trata de una de las pocas resoluciones que defiende esta postura. Cabe señalar que cuando el art. 197 CP alude a la falta de consentimiento o autorización, se refiere al consentimiento para apoderarse u obtener los contenidos, no para su difusión. En este caso, como en todos los casos de *sexting*, la falta de consentimiento se produce en la difusión. Sin embargo, la argumentación es algo confusa al no diferenciar claramente este extremo.

## **2. La subsunción de los hechos en el delito de injurias (art. 208 y ss. CP)**

Muchas de las resoluciones que analizan las conductas de *sexting* descartaron la aplicación del art. 197 CP precisamente por la distinción entre el consentimiento para la obtención de las imágenes y el consentimiento para su difusión<sup>21</sup>. Consideraron que para la aplicación del art. 197 CP era necesario que se hubiera producido un apoderamiento en contra de la voluntad de la víctima, lo cual no ocurría en estos casos.

---

<sup>18</sup> SJM de Ourense de 5 de noviembre de 2013. En este caso, tanto los condenados como la víctima son menores. A pesar de la diferenciación de problemáticas efectuada anteriormente, el ejemplo es adecuado para analizar la argumentación del Tribunal.

<sup>19</sup> Como hechos probados se acreditó que la víctima envió a uno de los acusados con el cual mantenía una breve relación varias fotos en las que se encontraba desnuda. Él se las mandó al otro acusado con quien mantenía una relación de amistad. Éste, a su vez, chantajearon a la víctima con la difusión de las imágenes si no le enviaba más fotos semejantes. La víctima accedió pero finalmente las imágenes, tanto las primeras como las segundas, se difundieron en el Instituto al que acudían los tres.

<sup>20</sup> SAP de Ourense 131/2014, de 26 de marzo de 2014 (JUR/2014/215036), segundo fundamento de derecho.

<sup>21</sup> A modo de ejemplo las SSAP Granada 351/2014 de 5 de junio y 486/2014 de 18 de septiembre, o la SAP Lleida 90/2004 de 25 de febrero, que serán estudiadas a continuación.

Ante la falta de encaje en los delitos contra la intimidad, algunos pronunciamientos optaron por subsumir los hechos en delitos contra el honor, en concreto, en el delito de injurias (art. 208 y ss. CP). Ejemplo de ello es la SAP de Lleida 90/2004, de 25 de febrero de 2004 (ARP/2004/636), que confirma la condena al acusado como autor de un delito de injurias con publicidad, mediando la circunstancia agravante de abuso de confianza<sup>22</sup>.

Sin embargo, la solución de la incriminación a través del delito de injuria no encuentra consenso en la jurisprudencia, pero tampoco en los estudios teóricos. Así, mientras que autores como COMES RAGA concuerdan con dicha solución al considerar que estas conductas menoscaban gravemente la dignidad de la persona<sup>23</sup>, otros como MARTINEZ OTERO se posicionan en contra. Para este autor en el *sexting* se atenta contra la intimidad y la propia imagen, sólo tangencialmente contra el honor. Por eso, “si el legislador penal no entiende merecedora de sanción penal la grave vulneración del derecho a la intimidad, resulta coherente pensar que tampoco debe ser punible la vulneración del derecho al honor, mucho menos directa y evidente que aquélla”<sup>24</sup>.

Cabe señalar, además, que el art. 208 CP exige que las injurias sean graves para ser penadas y añade que “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves”. MARTÍNEZ OTERO resalta que “difundir *sexting* ajeno es, de un modo u otro, atribuir a un tercero unos hechos determinados que ciertamente ha realizado”<sup>25</sup>.

### 3. La vía de la impunidad

---

<sup>22</sup> Los hechos que dan lugar a la condena son los siguientes: una pareja se graba en la intimidad una cinta de video mientras mantienen relaciones íntimas. Tiempo más tarde, tras la ruptura sentimental, él difunde a terceros la cinta sin el consentimiento de ella, llegando a ofrecer la cinta en bares de la pequeña localidad de la que ambos son vecinos.

El Juzgado de Primera Instancia califica los hechos como un delito de injurias, lo cual es recurrido por la víctima ante la Audiencia ya que considera que se trata de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. La AP desestima el recurso alegando que “a pesar de lo reprobable de la conducta del acusado la difusión de la cinta de video por el mismo no tienen encaje jurídico penal entre los delitos contra la intimidad, ya que para ello es preciso que las imágenes que se revelan hayan sido captados por el sujeto activo mediante una intromisión o injerencia ilícita en la intimidad ajena” (primer fundamento de derecho).

<sup>23</sup> COMES RAGA, I., “La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconsentida del *sexting* ajeno” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, pág.18.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ OTERO, J.M., “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, págs. 8 y 9.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ OTERO, J.M., “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, pág. 9.

Como tercera solución se optó, con anterioridad a la reforma de 2015, por la vía de la impunidad de estas conductas. A la luz de la regulación previa a la reforma, es posiblemente la solución que mejor encaje tiene en el CP. Si bien es cierto que conductas graves que realmente vulneran la intimidad de las personas quedan penalmente impunes es lo que deriva de la correcta aplicación de la ley vigente en aquel entonces. La dificultad de encaje en esos delitos vigentes en el momento de su comisión plantea obstáculos evidentes por lo que respecta a su incriminación.

Tal y como se ha señalado anteriormente, el consentimiento de la víctima para la captación de la imagen o video hace inaplicable el art. 197 CP. Esa es la línea de argumentación que puede observarse, por ejemplo, en las SSAP de Granada 351/2014 de 5 de junio de 2014 (JUR/2014/258699) y 486/2014 de 18 de septiembre de 2014 (ARP/2014/1462)<sup>26</sup>.

La AP desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Granada de 17 de diciembre de 2013, en la cual se absuelve al acusado del delito de descubrimiento y revelación de secretos. Como motivación afirma en el segundo fundamento jurídico que “las conductas que recoge el citado art. 197 CP exigen, con carácter general, un acceso in consentido a un secreto. Pues bien, en el supuesto de autos, ni hubo acceso por cuanto el acusado lo que hizo fue recibir, y no acceder, una imagen en movimiento, ni cabe hablar de no consentimiento”. Del mismo modo, no encuentran un encaje adecuado en ningún otro tipo penal, por lo que optan por la impunidad de la conducta.

#### **4. El recurso a la vía civil: LO 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**

Es conveniente no olvidar que, al margen de la jurisdicción penal, existe otra vía a la cual puede acudir aquella persona que haya visto vulnerada su intimidad. Posiblemente, tal y como se planteará más adelante, quizás la vía civil ofrece una solución más adecuada y conforme a los principios delimitadores del *ius puniendi*.

En este sentido, es la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen la que ofrece dicha protección. El art. 7 de la misma recoge una enumeración de conductas ilícitas

---

<sup>26</sup> Trata el caso de una pareja que se conoce a través de Internet y mantiene múltiples encuentros cibersexuales consentidos. La pareja llega a conocerse en persona, pero tras su ruptura él difunde a terceros mediante correo electrónico diversas grabaciones de los encuentros que guarda en su ordenador.

que vulneran la intimidad, el honor o la propia imagen<sup>27</sup>. Aquella persona que difunda sin consentimiento *sexting* ajeno puede incurrir en varias de ellas<sup>28</sup>. En concreto las recogidas en los apartados 3 y 5 del citado artículo. Mientras que la tercera conducta ilícita atenta contra la intimidad y el honor, la quinta vulnera el derecho a la propia imagen. Para JUANATEY DORADO y DOVAL PAIS al tratar de la difusión inconsentida del *sexting*, con anterioridad a la reforma de 2015, “estaríamos ante un ilícito civil (del art. 7.3 LO 1/1982)”<sup>29</sup>.

Por su parte, el art. 9 prevé las medidas aplicables ante la comisión de los ilícitos citados. En casos de *sexting* la medida más adecuada es la indemnización de los daños y perjuicios causados<sup>30</sup>.

Un conocido ejemplo de tratamiento civil de este tipo de conductas es el mediático caso de las fotos de Mar Flores y Alessandro Lequio en Interwú<sup>31</sup>. La STS

---

<sup>27</sup> Art. 7 LO 1/1982: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.*
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.
8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ OTERO, J.M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, págs. 6 y 7.

<sup>29</sup> JUANATEY DORADO C. y DOVAL PAIS A. “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes” en JAREÑO LEAL, A. (Coord.) y BOIX REIG, J. (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 161.

<sup>30</sup> En virtud del artículo 9.3º LO 1/1985 se entienden contemplados los daños morales (posiblemente los más comunes en estas situaciones). Se valorarán teniendo en cuenta las circunstancias y la gravedad del caso.

1102/2004 de 11 de noviembre de 2004 (RJ/2004/6660), sala de lo civil, confirmó la sentencia condenatoria de la AP de Barcelona. En ella, se establece que la publicación supuso una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y propia imagen en virtud de la LO 1/1982, y se condenó a satisfacer a la actora la indemnización que se fijase en función del ya mencionado art. 9 de la ley. El TS señaló que los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen “en modo alguno quedan a la plena disponibilidad de terceros cuando no concurre consentimiento de clase alguna y menos para su aprovechamiento en beneficio económico”<sup>32</sup>.

Igualmente, algunas resoluciones penales que declaran la impunidad remiten a la posibilidad de acudir a esta vía. Por ejemplo, la ya mencionada SAP de Granada 486/2014 de 18 de septiembre de 2014 (ARP/2014/1462) , establece lo siguiente en su segundo fundamento de derecho: “(...). Quedando a salvo las acciones, en su caso, que la acusación particular, pueda ejercitar por la intromisión ilegítima sufrida, al amparo de la LO de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen”.

## **5. Valoración personal**

El *sexting* no tenía un encaje claro en los tipos penales existentes antes de la Reforma de 2015. Especialmente en el delito de revelación de secretos, ya que contrariaba uno de los elementos fundamentales del *sexting* cual es la obtención lícita y consentida de los materiales posteriormente difundidos.

Respecto a la posibilidad de encaje en el delito de injurias, es probable que la difusión de contenidos íntimos vulnere el derecho a la intimidad, incluso a la propia imagen, pero no el honor a mi entender. No considero que se muestren conductas que deban entenderse deshonrosas, sino que se vulnera la intimidad de una persona que realizó esos actos en una situación íntima y privada, sin ninguna intención de ponerlo en conocimiento de personas ajenas.

Dicho lo cual, considero que la opción más correcta y con mayor compatibilidad con la regulación existente en ese momento es la impunidad. La inexistencia de un tipo

---

<sup>31</sup> Las fotos mostraban a ambos, dos personajes habituales en la prensa del corazón, sonrientes en la cama de una habitación de hotel. Las fotos fueron tomadas por ellos mismos de manera consentida. Años más tarde, las fotos fueron vendidas y publicadas en Interviú en contra de la voluntad de Mar Flores, quien demandó por vía civil una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y propia imagen (la publicación destapó, además, una infidelidad). Ella alegaba que fue él quien guardó y posteriormente distribuyó las imágenes.

<sup>32</sup> STS 1102/2004 de 11 de noviembre de 2004 (RJ/2004/6660), fundamento de derecho único.

penal como el introducido tras la reforma hacía que dichas conductas no pudieran recibir un castigo penal, a pesar de los intentos jurisprudenciales de encaje en alguno de los tipos existentes para que vulneraciones graves de la intimidad no quedaran impunes.

Sin embargo, la falta de reproche penal no significa que las vulneraciones de un derecho fundamental como es la intimidad queden sin ningún tipo de castigo. Existe la vía civil que, mediante la LO 1/1982, permite castigar ese tipo de vulneraciones, normalmente con una indemnización por los daños sufridos.

#### **IV. CAUSAS DE LA REFORMA. CASO HORMIGOS**

En el año 2012 se presentó el Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Entre sus múltiples y discutidas novedades<sup>33</sup> se encontraba la tipificación expresa del delito de *sexting*.

El CGPJ, tras la entrada de dicho Anteproyecto en su Registro el 22 de octubre de 2012, elaboró un extenso y pormenorizado informe al respecto. En él se muestra una postura favorable a la reforma al establecer que “la introducción de este nuevo delito ha de considerarse necesaria y afortunada<sup>34</sup>”. Igualmente, señala que “ha de convenirse con el prelegislador en la existencia de esa laguna de impunidad que debe ser cubierta, otorgando una mejor tutela al 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<sup>35</sup>”.

Finalmente, en el año 2015 se articula la reforma a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo. La mayor reforma del CP realizada hasta la fecha introdujo controvertidas novedades que fueron muy discutidas. Sin embargo, en lo relativo a la regulación del nuevo delito de *sexting* en el art. 197.7 CP hubo consenso. El Grupo Popular realizó la propuesta de su inclusión mientras que el Grupo Socialista otorgó, en términos

---

<sup>33</sup> A modo de ejemplo, entre las novedades más debatidas se encuentran la introducción de la prisión permanente revisable y el aumento de la edad de consentimiento sexual a los 16 años.

<sup>34</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013, pág. 183.

<sup>35</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013, pág. 183.

generales, su apoyo a la misma (si bien presentó una enmienda presentando una redacción del artículo más cuidada)<sup>36</sup>.

La EM de la LO 1/2015<sup>37</sup>, en su apartado XIII, hace mención expresa a este nuevo delito. Así, establece que “se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas”. Señala que, hasta ese momento, los delitos contra la intimidad exigían la falta de consentimiento de la víctima y que, mediante la reforma, se ofrece respuesta a aquellos supuestos en los que la captación es consentida pero no así la difusión.

En consecuencia, parece que la principal causa para la reforma alegada tanto por el legislador como por el CGPJ es la falta de tipicidad de algunas conductas. Tal y como se ha analizado en el apartado anterior, conductas graves que vulneraban la intimidad quedaban en muchos casos sin castigo penal por resultar atípicas. Al mismo tiempo, la realidad social y los avances tecnológicos evidenciaban que este tipo de conductas no estaban encontrando encaje legal. Según COLÁS TURÉGANO la difusión de los contenidos que permite la sociedad de la información actual es tan amplia que se ha producido un cambio en las necesidades de tutela del bien jurídico intimidad<sup>38</sup>.

No obstante, a pesar de la importancia de estos factores, es probable que el desencadenante de la reforma fuera el mediático Caso Hormigos<sup>39</sup>. En agosto de 2012 el video íntimo de Olvido Hormigos logró una amplia difusión en las redes sociales. Los medios de comunicación se hicieron eco del caso debido a su condición política, lo cual provocó que una gran parte del país tuviera conocimiento del mismo.

Olvido Hormigos denunció los hechos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orgaz (Toledo), calificándolos como un delito contra la intimidad del art.197 CP. Mediante AJPII de Orgaz de 15 de marzo de 2013, el Juez

---

<sup>36</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, págs. 490-491.

<sup>37</sup> Mantiene la misma redacción que la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma en cuanto a los delitos contra la intimidad.

<sup>38</sup> COLÁS TURÉGANO A., “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en CUERDA ARNAU M.L. (Dir). y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coor.), *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 84

<sup>39</sup> La concejal del municipio de Los Yébenes, Olvido Hormigos, envió de manera voluntaria dos videos de contenido sexual al acusado en el marco de una relación íntima. Poco después, tuvo conocimiento por la red social Facebook de que el video se estaba difundiendo entre multitud de usuarios.



decidió acordar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones. La decisión se motivó señalando que “la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado video a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197 del Código Penal<sup>40</sup>”.

Así pues, el archivo de las actuaciones y la impunidad de aquéllos que difundieron el video volvieron a ser noticia. El debate público sobre si estas conductas debían ser penalmente castigadas estaba abierto, ya que no se comprendía el motivo por el que vulneraciones de la intimidad de tal magnitud quedaban sin castigo.

En palabras de MARTÍNEZ OTERO “este caldo social sólo necesitaba la concurrencia de un escándalo mediático (...) para atraer la atención del Ejecutivo y propiciar la creación de un nuevo tipo delictivo<sup>41</sup>”. Efectivamente, el Anteproyecto de reforma y la ulterior reforma incluyeron un nuevo tipo delictivo para dar respuesta penal a casos similares al de Olvido Hormigos.

Al contrario, tal y como se analizará en apartados posteriores, el contenido de la reforma ha sido duramente criticado por parte de la doctrina. Asimismo, el hecho de que sucesos mediáticos propicien reformas penales también ha sido cuestionado. A modo de ejemplo, MORALES PRATS afirma que “una vez más frente a la detección de un problema se acude al Código Penal como medio de posible resolución del mismo<sup>42</sup>”. Incluso llega a calificar a esta forma de legislar como “populismo punitivo<sup>43</sup>”. Se defiende, en contraposición, un debate sosegado y un análisis previo de las herramientas legales existentes para hacer frente a dichas situaciones, sin acudir de manera automática a la excesiva ampliación del Derecho penal. De no ser así, pueden surgir tipos penales innecesarios, relaciones concursales que no se habían previsto, conflictos con otras ramas del Derecho, etc.

El nuevo delito se recoge en el artículo 197.7º CP en los siguientes términos:

---

<sup>40</sup> AJPII de Orgaz de 15 de marzo de 2013, segundo Fundamento de Derecho.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, pág. 9.

<sup>42</sup> MORALES PRATS, F. “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013, pág. 12.

<sup>43</sup> MORALES PRATS, F. “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G (Dir), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 462.

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

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

## **V. ARTÍCULO 197.7º CP. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL**

El presente apartado se dedica al estudio de los elementos del tipo penal previsto en el art. 197.7 CP. Cabe señalar, antes de comenzar con la descripción de los mismos, que el estudio se enfoca desde la perspectiva del *sexting*. Es importante aclarar que el precepto contempla la difusión de imágenes o videos que vulneran gravemente la intimidad, independientemente del contenido de los mismos. No obstante, teniendo en cuenta la principal causa de la reforma y el tema principal del trabajo, se procede a la descripción de los elementos del tipo penal teniendo en mente la difusión de contenidos de naturaleza sexual.

### **1. El tipo objetivo**

#### *1.1. Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido por el nuevo delito es la intimidad. Sin embargo, esta afirmación que en un primer momento parece clara, conlleva ciertas matizaciones que se detallan a continuación.

En primer lugar, no es fácil determinar qué se entiende por intimidad. Se trata de un derecho fundamental amparado en el art. 18 CE cuya interpretación por parte del TC ha ido evolucionando. Inicialmente, el TC reconoció una vertiente negativa del derecho en virtud de la cual su titular puede exigir a terceras personas la no injerencia en aquellos aspectos de su vida que considere privados. Así, por ejemplo, en la STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988 (RTC/1988/231) se determina que “el derecho a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la

acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. Más adelante, a partir de la STC 134/1999, de 15 de julio de 1999 (RTC/1999/134) se configuró la vertiente positiva de la intimidad. En dicha resolución el TC establece que el individuo ostenta “un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”.

Además de la doble vertiente, la doctrina y la jurisprudencia han perfilado el concepto del “núcleo duro de la intimidad”. Con ello se hace referencia a los datos más personales y comprometidos de un individuo: la ideología, la religión, las creencias, el estado de salud, la vida sexual, etc. Para MARTÍNEZ OTERO, el art. 18 CE otorga una protección escalonada de la intimidad, lo que la doctrina ha venido llamando la teoría de los círculos concéntricos, de los cuales el “más protegido es el de la intimidad personal, a la que hace referencia el nuevo apartado, y que abarca las dimensiones más personales de la intimidad: intimidad corporal y sexual, opiniones religiosas y políticas, la información referida al estado de salud, etc.”<sup>44</sup>. A ello se refiere el precepto estudiado al señalar que la difusión debe menoscabar gravemente la *intimidad personal* de esa persona.

En segundo lugar, se plantea la posible protección adicional de distintos bienes jurídicos por el nuevo precepto. Como se ha señalado, el mismo texto del precepto hace referencia a la intimidad asumiendo que ese es el bien jurídico protegido. No obstante, el artículo se encuadra en el Título X del CP, denominado “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. Se plantea, en definitiva, si se trata o no de un delito pluriofensivo.

La posible protección del derecho a la propia imagen es un tema discutido por la doctrina. Para algunos autores, como MARTÍNEZ OTERO, en el caso del *sexting* además de la intimidad se vulnera el derecho a la propia imagen “en la medida en que la persona que difunde *sexting* ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento”<sup>45</sup>. Para otros, como VALEIJE ÁLVAREZ o MORALES PRATS, el derecho a la propia imagen no constituye un bien jurídico penal autónomo sino una

---

<sup>44</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento” en *Diario La Ley*, núm. 8718, 2013, pág. 16.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “La difusión de *sexting* sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, pág. 4.

manifestación o faceta de la propia intimidad<sup>46</sup>. En este sentido el TC en la STC 117/1994, de 25 de abril de 1994 (RTC/1994/117) mantiene que “con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen”, resaltando la estrecha vinculación existente entre ambos derechos.

También hay quien defiende que el Título X del CP no contiene realmente figuras delictivas que atenten contra la propia imagen, a pesar del tenor literal del título<sup>47</sup>. En su opinión, las vulneraciones del derecho a la propia imagen obtienen respuesta en la jurisdicción civil y no en la penal.

Por otro lado, puede plantearse la vulneración del derecho al honor según el contenido de los materiales difundidos. Si bien las relaciones sexuales en sí mismas no están mal consideradas en la sociedad, determinadas prácticas sexuales que pueden ser objeto de *sexting* no gozan de tal aceptación social.

Una vez realizadas estas concreciones, lo que puede decirse de manera pacífica es que el bien jurídico protegido por el artículo estudiado es la intimidad. En concreto, tal y como establece COLÁS TURÉGANO, con la introducción del nuevo precepto el legislador acoge “la tutela de la facultad positiva del ciudadano de controlar aquello que quiere que sea conocido por terceros de su intimidad, en definitiva para controlar la información relativa a su persona”<sup>48</sup>. Es decir, se protege la anteriormente citada vertiente positiva de la intimidad.

## 1.2. Conducta típica

Tal y como se ha señalado, el presente trabajo se centra en el análisis del *sexting*. Por ello, se procede a estudiar la conducta típica recogida en el art. 197.7 CP teniendo presente este tipo de conductas<sup>49</sup>. Las siguientes líneas se dedican a intentar determinar

---

<sup>46</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento”, en CARBONELL MATEU, J.C., CUERDA ARNAU, M.L., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y ORTS BERENGUER, E. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1884.

<sup>47</sup> CASTIÑEIRA PALOU M.T. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011, pág. 141.

<sup>48</sup> COLÁS TURÉGANO, A. “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter)” en GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (Dir), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 667.

<sup>49</sup> La conducta típica recogida en el art. 197.7 CP es la siguiente: “el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera

el significado de cada uno de los elementos que conforman la conducta típica, estudiando su redacción parte por parte.

#### 1.2.1. La difusión, revelación o cesión a terceros sin autorización de la persona afectada

Se trata de un tipo mixto alternativo que puede cometerse bien difundiendo, bien revelando o bien cediendo a terceros el material en cuestión. El legislador no establece la diferencia entre las tres acciones ni señala si se trata de algún tipo de graduación. Semánticamente no parece que las tres acciones tengan el mismo alcance, ni tampoco la misma reprochabilidad.

No obstante, no se exige que el material sea enviado a un número determinado de personas, sino que basta con que llegue al conocimiento de terceros, ajenos a las partes intervinientes. Por lo tanto, la diferenciación entre “difusión”, “revelación” y “cesión” resulta irrelevante en cuanto a la comisión del delito, si bien podría tenerse en cuenta para la determinación de la pena.

Por otro lado, el nuevo precepto destaca claramente la diferenciación entre el consentimiento para la captación de las imágenes y el consentimiento para su difusión. Precisamente su introducción quiso poner fin a los problemas de impunidad de la regulación previa que, al no contemplar esta distinción, sólo castigaba la difusión de los materiales obtenidos de manera ilícita.

Así, la difusión de las imágenes o videos debe ser incontestada, sin mediar la autorización de aquélla persona que ha consentido su captación. De tal manera que queda claro que la autorización para la captación de las imágenes no se extiende de manera automática a su difusión.

Respecto a quién corresponde probar la falta de consentimiento para la difusión, MAGRO SERVET entiende que la carga es del acusado por considerar que sostener lo contrario sería una “prueba diabólica” para la víctima<sup>50</sup>.

#### 1.2.2. Imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla

---

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”

<sup>50</sup> MAGRO SERVET, V., “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal” en *Ponencias formación continuada (Fiscal.es)*, 16 de marzo 2015, pág. 5.

El objeto del delito debe ser imágenes o grabaciones audiovisuales. Su contenido puede ser muy diverso siempre que menoscabe gravemente la intimidad de la persona implicada. Sin embargo, en el caso del *sexting* se trata de grabaciones o imágenes de naturaleza sexual.

La redacción plantea ciertas dudas respecto a la tipicidad de la difusión de algunos contenidos. Tal y como señala ARNAIZ VIDELLA<sup>51</sup>, la tecnología actual permite diversos medios de captación cuya inclusión en el tipo es discutible, por ejemplo, las grabaciones de audio, las capturas de pantalla o las grabaciones de video sin sonido. En este sentido, CASTELLÓ NICÁS<sup>52</sup> señala que “la grabación sin audio, puede comprenderse perfectamente en la dicción del término imágenes”, mientras que las grabaciones de audio “no están comprendidas en la dicción del precepto (...), por lo que quedan fuera de su ámbito de protección”. No obstante, la FGE en su Circular 3/2017 entiende comprendidos en el precepto los contenidos que “aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo<sup>53</sup>” por considerar que el legislador no excluye esta posibilidad. Teniendo en cuenta que el audio no es tan identificativo y que no vulnera de tal manera la intimidad, coincidiendo con COLÁS TURÉGANO, debería acudir a la vía civil<sup>54</sup>. En cuanto a las capturas de pantalla, puede decirse que encajan en el precepto al igual que las imágenes puesto que no son más que reproducciones de las imágenes o videos originales.

### 1.2.3. Que hubiera obtenido con su anuencia

Si bien la difusión debe ser in consentida, las imágenes o videos deben tomarse con el consentimiento o anuencia del sujeto pasivo. De no ser así, la obtención se calificaría como ilícita y serían de aplicación los primeros apartados del art. 197 CP.

Nuevamente la redacción genera dudas; en este caso en torno a quién debe haber obtenido las imágenes o videos. Actualmente, es habitual la toma de los denominados *selfies* (autofotos) o autograbaciones. Se plantea la duda de si los contenidos que

---

<sup>51</sup> ARNAIZ VIDELLA, J., “El sexting en el código penal español” en *Diario La Ley*, núm. 8995, 2017, pág. 3.

<sup>52</sup> CASTELLÓ NICÁS, N. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 501-502.

<sup>53</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*, 2017, pág. 11.

<sup>54</sup> COLÁS TURÉGANO A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 669.

posteriormente se difunden deben haber sido obtenidos por el propio sujeto activo con el consentimiento del sujeto pasivo, o bien se incluye también la difusión de autofotos o autograbaciones tomadas por éste último y enviadas al sujeto activo. Es decir si por obtención se entiende únicamente la captura directa de las imágenes o también la recepción de *selfies* o autograbaciones.

Existen opiniones contrapuestas en este sentido. La posición mayoritaria, mantenida entre otros por VILLEGAS GARCÍA<sup>55</sup>, MAGRO SERVET<sup>56</sup>, CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA I CUADRAS<sup>57</sup> es entender incluidos ambos casos. Sin embargo, hay quien no comparte esta postura; así por ejemplo, MUÑOZ CONDE afirma que “de la actual redacción del apartado 7 no se deduce de un modo claro que este hecho entre dentro de su ámbito, pues parece referirse sólo a casos en los que el que difunde la grabación ha participado también en la misma”<sup>58</sup>.

Teniendo en cuenta que el objetivo del artículo es salvaguardar la intimidad quizá sería más adecuado, a pesar de la redacción literal del precepto, considerar igualmente incluidos los casos en los que quien difunde las imágenes las ha recibido de la víctima a través de cualquier medio tecnológico. En este sentido, el Grupo Socialista propuso una enmienda con otra redacción para el artículo que contemplaba esta posibilidad: (...) imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla *realizadas por ella o con su anuencia* (...).

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

El precepto señala que el lugar de la captación de las imágenes o videos debe ser un domicilio u otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. En este caso, la redacción genera dos problemas que se exponen a continuación.

En primer lugar, se mezcla un concepto claro como es el “domicilio”, con uno que genera muchas dudas en cuanto a su determinación. El “lugar fuera del alcance de la mirada de terceros” es realmente indeterminado, por lo que su redacción ha sido

---

<sup>55</sup> VILLEGAS GARCÍA, M.A., “Imágenes íntimas en internet. Cerco legislativo a la venganza privada en la red” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 876, 2014, pág. 2.

<sup>56</sup> MAGRO SERVET, V., “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal” en *Ponencias formación continuada (Fiscal.es)*, 16 de marzo 2015, pág. 5.

<sup>57</sup> CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y ESTRADA I CUADRAS, A. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 162-163.

<sup>58</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 246.

interpretada por muchos autores. Para MUÑOZ CONDE en dicha expresión “se pueden incluir las relaciones íntimas mantenidas en un lugar público, aunque al abrigo de la mirada de terceros, por ejemplo, en un lugar apartado de un parque público, o en una playa desierta”<sup>59</sup>. TOMÁS-VALIENTE<sup>60</sup> realiza la misma interpretación que, teniendo en cuenta la vocación de salvaguarda de la intimidad del artículo, parece la más adecuada. En definitiva, el lugar de la captación no debería ser relevante siempre y cuando las partes intervinientes considerasen que se trata de una situación íntima y privada. En este sentido, la ya mencionada LO 1/1982, de 5 de mayo, utiliza una terminología más acorde cuando habla de “lugares privados” (como antónimo de los lugares públicos).

En segundo lugar, la referencia a “la mirada de terceros” puede resultar confusa. Imagínese una situación en la que las imágenes o los videos muestran una relación sexual en la que participan varias personas. Según MAGRO SERVET entender incluidas a estas personas en la palabra “terceros” supondría que la persona cuya intimidad se vulnera no podría encontrar protección en el art.197.7 CP, ni tampoco en los otros apartados del citado artículo por haber sido captadas con su consentimiento. Entiende dicho autor que esta conclusión resultaría absurda<sup>61</sup>.

Quizá es más adecuada la redacción propuesta por el Grupo Socialista, que sustituía la confusa expresión por “otro lugar al resguardo de la *observación ajena*”. Tal propuesta pone de manifiesto que debe estar al resguardo de personas ajenas o no intervinientes en los hechos grabados o fotografiados.

#### 1.2.5. La divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona

Tal y como se ha señalado al concretar el concepto de intimidad, la divulgación debe vulnerar el denominado “núcleo duro de la intimidad”. Es decir, aquellas esferas más íntimas o comprometidas de la vida de una persona entre las cuales se entiende incluida la vida sexual.

En todo caso, corresponderá al juez determinar caso por caso si la vulneración de la intimidad ostenta la gravedad exigida. No obstante, es probable que en los casos

---

<sup>59</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 246.

<sup>60</sup> TOMÁS-VALIENTE, C. “Artículo 197” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 671.

<sup>61</sup> MAGRO SERVET, V., “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal” en *Ponencias formación continuada (Fiscal.es)*, 16 de marzo 2015, pág. 6.



de *sexting*, en los que se difunden contenidos captados con la anuencia del afectado, éstos sean de carácter muy explícito y la vulneración de la intimidad sea más lesiva<sup>62</sup>.

A modo de resumen, tal y como concreta GONZÁLEZ CUSSAC con gran claridad, la comisión del delito exige los siguientes requisitos: “primero, obtener imágenes o grabaciones de la víctima con su anuencia; segundo, difundir, revelar o ceder a terceros esas imágenes o grabaciones sin su consentimiento; tercero, que se hayan filmado o grabado en lugares privados; y, cuarto, que menoscaben gravemente la intimidad del afectado”<sup>63</sup>.

### 1.3. Sujeto activo

El sujeto activo del delito de *sexting* puede ser cualquier persona que difunda, revele o ceda de manera in consentida las imágenes o grabaciones audiovisuales que ha obtenido con el consentimiento de la víctima.

Tal y como señala el CGPJ “se configura como un delito especial de propia mano, por cuanto que sólo podrá ser cometido por aquél que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas con el consentimiento de la víctima”<sup>64</sup>. Esta afirmación y el tenor literal del artículo excluyen la responsabilidad penal de todas aquellas personas que, tras la primera difusión, actúen reenviando las imágenes o grabaciones (sin perjuicio de la posible responsabilidad civil)<sup>65</sup>. En ese sentido, CASTELLÓ NICÁS afirma que “lo contrario no parece estar en consonancia con el tenor literal de la redacción y supondría una criminalización excesiva y generalizada, a pesar de que esa era la intención inicial puesta de manifiesto desde fuentes del Ministerio de Justicia”<sup>66</sup>. Además, su persecución resultaría muy compleja teniendo en cuenta las posibilidades de rápida difusión que permiten las tecnologías actuales.

---

<sup>62</sup> MENDO ESTRELLA, A., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pág. 23.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en VIVES ANTÓN T.S., BUJÁN PÉREZ C.M., ORTS BERENGUER E., CUERDA ARNAU M.L., CARBONELL MATEU J.C., BORJA JIMÉNEZ E. Y GONZÁLEZ CUSSAC J.L., *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 253.

<sup>64</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013, pág. 183.

<sup>65</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*, 2017, pág. 15.

<sup>66</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA, L. (Dir), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 503.

En consecuencia, parece que el legislador limita los posibles sujetos activos del delito, en contra de la voluntad inicial del Ministerio de Justicia de que “la pena se aplique a todos los eslabones de la cadena”<sup>67</sup>.

Por otro lado, COLÁS TURÉGANO señala que quienes sí tendrán responsabilidad penal son quienes participen en el hecho del autor como inductores, cooperadores o cómplices<sup>68</sup>. De manera que son merecedoras de reproche penal aquellas personas que participen en la difusión de los contenidos por parte del autor.

Por último, cabe señalar que cuando el sujeto activo del delito sea el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, el art. 197.7 CP prevé un tipo agravado que será estudiado posteriormente.

#### *1.4. Sujeto pasivo*

Tiene la condición de sujeto pasivo del delito de *sexting* toda persona que consiente la captación de imágenes o videos de su persona al sujeto activo pero que no autoriza su difusión.

Es habitual que los contenidos se tomen o se envíen en un contexto de intimidad, sin ninguna intención de que sean visualizados por personas ajenas a la relación sentimental. No obstante, es igualmente habitual que tras la ruptura las imágenes o videos se difundan por una de las partes con fines de venganza y humillación. COLÁS TURÉGANO señala que el sujeto pasivo de este delito suele ser mujer y que “aunque en puridad no podemos hablar de derecho penal de género sí que encontraremos en muchos supuestos un cierto contenido sexista, por lo que cabría cuestionarse la posible aplicación de la nueva agravante de género además del tipo cualificado aplicable al cónyuge”<sup>69</sup>.

Por otro lado, el tipo cualificado que se analizará más adelante, contempla una pena superior para los supuestos en los que el sujeto pasivo sea menor de edad. Sin embargo, la regulación actual genera dudas sobre la posibilidad de que los menores de edad sean sujetos pasivos del delito de *sexting*.

---

<sup>67</sup> Tal y como se señalaba en la nota de prensa presentada el 11 de octubre de 2012.

<sup>68</sup> COLÁS TURÉGANO A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 669.

<sup>69</sup> COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en CUERDA ARNAU M.L. (Dir). y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 275.

Uno de los principales objetivos de la regulación del *sexting* cuando hay menores implicados es proteger su deficiente autodeterminación sexual<sup>70</sup>. En este sentido, la reforma del CP de 2015 elevó la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años. La ausencia de capacidad para el consentimiento sexual puede llevar a considerar que la anuencia de los menores de 16 años para la captación de imágenes o videos de contenido sexual de los cuales son protagonistas también es irrelevante. De ser así, no existiría tal consentimiento y cabría plantearse la aplicación del art. 197.3 en relación con el 197.5 CP. En cuanto a las víctimas que tienen entre 16 y 18 años, se les aplicaría claramente el art. 197.7 CP.

No obstante, la consideración del menor como víctima en el tipo agravado abre la puerta a que un menor de 16 años pueda ser víctima de *sexting*. En ese caso, cuando el menor facilita imágenes propias puede producirse un concurso real de delitos con el art. 183 ter CP<sup>71</sup>.

Ante las dudas que genera la nueva regulación, DOVAL PAÍS y ANARTE BORRALLO<sup>72</sup> consideran que en los casos más extremos de incapacidad absoluta para consentir habrá falta de anuencia de la víctima. Pero en los demás casos, la solución razonable pasa por valorar el grado de madurez y la comprensión del menor. Dependiendo de la edad de la víctima (si es menor de 16 años), puede producirse el mencionado concurso de delitos.

Por último, cabe señalar que el delito de *sexting*, en virtud del art. 201 CP, es uno de los llamados delitos semipúblicos. Ello conlleva que para que intervenga la Administración de Justicia es necesario que la persona agraviada o su representante legal denuncien los hechos. A excepción de los casos en los que la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad o persona desvalida<sup>73</sup>, el perdón del agraviado conlleva la extinción de la acción penal.

---

<sup>70</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “Menores infractores o víctimas de pornografía infantil: respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 12, 2010, pág. 4.

<sup>71</sup> Igualmente introducido por la reforma de 2015, art. 183 ter CP, apartado segundo: El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

<sup>72</sup> DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E. “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad” en *Diario La Ley*, núm. 8744, 2016.

<sup>73</sup> En estos casos también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

## 2. El tipo subjetivo

### 2.1. Dolo

Respecto a la parte subjetiva del delito de *sexting* parece evidente que se trata de una conducta dolosa. Para la aplicación del tipo es necesario que quien ceda, descubra o difunda los contenidos audiovisuales lo haga conscientemente, queriendo revelar los contenidos.

En consecuencia, no cabe la comisión imprudente de este delito. Quien difunda videos o imágenes de forma negligente no responderá penalmente, si bien quedará la posibilidad de acudir a la vía civil<sup>74</sup>.

## 3. La pena

El art. 197.7 CP prevé las siguientes penas alternativas: pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. En comparación con el resto de tipos penales recogidos en el art. 197 CP la pena establecida es ostensiblemente inferior. El motivo no es otro que la presencia de consentimiento de la víctima en la captación de las imágenes, lo cual señala que la obtención ilícita de los materiales difundidos merece mayor reproche penal para el legislador. Así, por ejemplo, el art. 197.3 CP<sup>75</sup> establece una pena única de prisión de dos a cinco años para la difusión de materiales obtenidos ilícitamente.

El propio art. 197.7 CP se encarga, por otro lado, de establecer un tipo cualificado de *sexting*. Éste recoge la agravación de la pena imponiéndola en su mitad superior ante la concurrencia de una serie de supuestos.

En primer lugar, se impone la pena en su mitad superior cuando la difusión de las imágenes la realiza el cónyuge o la persona que está o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Esta agravación fue propuesta por el CGPJ en el ya mencionado Informe sobre el Anteproyecto de Reforma. En él señalaba que “se echa de menos que no se haya previsto una agravación cuando la

---

<sup>74</sup> COLÁS TURÉGANO A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 670.

<sup>75</sup> Art. 197.3 CP: Se impondrá la pena de *prisión de dos a cinco años* si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

víctima sea el cónyuge o ex cónyuge del sujeto activo o persona que conviva o haya convivido con él o mantenga o haya mantenido una relación análoga”<sup>76</sup>.

Tal y como afirma COLÁS TURÉGAÑO al respecto, esta cualificación es reflejo de la realidad social que “en la práctica provocará la mayor aplicación del supuesto cualificado que el básico, difícilmente la captación de estas imágenes de manera voluntaria se dará entre personas sin una relación afectiva”<sup>77</sup>. En definitiva, el quebranto de la confianza por una de estas personas parece merecer mayor desvalor. Se relaciona con el denominado *revenge-porn* que suele producirse con ánimo de venganza ante rupturas conflictivas.

En segundo lugar, se agrava la pena cuando la víctima del *sexting* es menor de edad. La posibilidad de que el menor de edad sea víctima del delito de *sexting* ha sido estudiada anteriormente al analizar el sujeto pasivo del delito (si bien la aplicación es segura cuando el menor esté entre 16 y 18 años).

Por último, la pena se verá aplicada en su mitad superior cuando la víctima sea una persona con discapacidad o los hechos se cometan con finalidad lucrativa.

## **VI. VALORACIÓN DOCTRINAL ACERCA DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE SEXTING**

La regulación penal del *sexting* ha sido ampliamente discutida por la doctrina. Tanto su introducción en el CP como la redacción elegida por el legislador han provocado opiniones contrapuestas. En este apartado se recogen los factores y argumentos que han sido argüidos por distintos autores para defender ambas posturas.

### **1. Posturas favorables a la regulación penal del *sexting***

Son varios los argumentos expuestos para defender la introducción del *sexting* en el CP.

En primer lugar, tal y como se ha mencionado en varias ocasiones, el primero de ellos es el relativo a la creencia de sensación de impunidad de estas conductas. Tal y como señala JIMÉNEZ SEGADO la nueva regulación “pretende evitar la impunidad de una

---

<sup>76</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013, pág. 184.

<sup>77</sup> COLÁS TURÉGAÑO A., “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir), GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coor.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 670.

conducta cuando menos vejatoria y que no siempre encontraba acomodo en los genéricos delitos y/o faltas de trato degradante, amenazas, coacciones o injurias”<sup>78</sup>. Por eso, algunos autores encuentran positiva la reforma al cubrir ésta una laguna de punibilidad.

En segundo lugar, como argumento se sostiene la necesidad de diferenciar el consentimiento para la grabación y el consentimiento para la difusión del material. Ciertamente, el hecho de consentir la grabación en un ámbito privado no debe suponer una extensión automática del consentimiento para su difusión. Para VILLEGAS GARCÍA ese consentimiento inicial “no debe implicar ningún obstáculo para exigir protección frente a una posterior difusión”<sup>79</sup>. De la misma opinión son autores como GUIASOLA LERMA<sup>80</sup>, JIMENEZ SEGADO<sup>81</sup> o MENDO ESTRELLA<sup>82</sup>. En definitiva, defienden el derecho a la intimidad según el cual cada individuo puede limitar el ámbito de su intimidad que quiere mantener al margen del conocimiento ajeno, pudiendo exigir que no se difunda de manera in consentida.

En tercer lugar, no cabe duda que la difusión de imágenes o videos de naturaleza sexual puede tener consecuencias graves para la persona que los protagoniza. La probable explicitud de contenidos que han sido tomados en entornos íntimos y privados, junto a las amplias posibilidades de difusión que ofrecen las tecnologías actuales, hacen que su envío menoscabe la intimidad de manera importante. No hay que olvidar, además, que habitualmente la difusión se realiza con fines de venganza personal, con ánimo discriminatorio e incluso sexista en algunos casos. Esa motivación para la difusión y los daños psicológicos que puede acarrear la misma hacen que autores como VILLEGAS GARCÍA vean justificado el castigo penal de estas conductas<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C. “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 917, 2016, pág. 3.

<sup>79</sup> VILLEGAS GARCÍA, M<sup>o</sup> A. “Imágenes íntimas e internet. Cerco legislativo a la venganza privada en la red” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 876, 2014, pág. 2.

<sup>80</sup> GUIASOLA LERMA, C., “Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015” en CUERDA ARNAU M.L, (Dir). y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 281.

<sup>81</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C. “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 917, 2016, pág. 3.

<sup>82</sup> MENDO ESTRELLA, A., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pág. 26.

<sup>83</sup> VILLEGAS GARCÍA, M<sup>o</sup> A. “Imágenes íntimas e internet. Cerco legislativo a la venganza privada en la red” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 876, 2014, pág. 3.

Por último, como argumento favorable de incriminación se aduce que la prevención general negativa del Derecho Penal puede contribuir a minorar la difusión in consentida de contenidos de naturaleza sexual. Se trata sin duda de una consecuencia deseable ya que, en estas situaciones, tal y como señala PUENTE ABA “al margen sobre este posible debate sobre el significado de la intimidad en la era del rápido desarrollo de las nuevas tecnologías, no olvidemos que en todo caso la dignidad, el honor y en ocasiones la integridad moral de las personas resultan afectados”<sup>84</sup>.

Cabe señalar, antes de estudiar las posturas contrarias a la regulación penal del *sexting*, que independientemente de que algunos autores como los arriba citados se muestren a favor de su inclusión en el CP, no todos están plenamente conformes con la redacción dada al tipo.

## **2. Posturas contrarias a la regulación penal del *sexting***

A pesar de los aspectos favorables expuestos, probablemente sean más las voces que se han mostrado críticas con la introducción del *sexting* en el CP. Los motivos más argüidos por la doctrina para criticar su tipificación son expuestos a continuación.

### *2.1. El necesario respeto a los principios delimitadores del ius puniendi*

Uno de los argumentos más utilizados en contra de la tipificación del *sexting* ha sido el incumplimiento de algunos de los principios delimitadores del *ius puniendi*.

A) En primer lugar, y principalmente, la transgresión del denominado principio de intervención mínima. El Derecho penal debe ser la *ultima ratio*, acudiendo a él únicamente cuando no existen vías menos lesivas para la resolución del problema o para la protección de la sociedad. En palabras de LUZÓN PEÑA “incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención – con la dureza de sus medios – sería innecesaria y, por tanto, injustificable”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> PUENTE ABA, L.M. “Difusión de imágenes ajenas en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?”, en CARBONELL MATEU, J.C., CUERDA ARNAU, M.L., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y ORTS BERENGUER, E. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1555-1556.

<sup>85</sup> LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 26.

Es por ello que autores como CASTELLÓ NICÁS consideran que los tipos penales que protegen la intimidad deben limitarse a casos en los que la obtención del material ha sido ilícita. De lo contrario podría transgredirse el principio de intervención mínima del Derecho penal<sup>86</sup>. Comparten la misma opinión respecto a la vulneración de este principio por la reforma otros autores como MARTÍNEZ OTERO<sup>87</sup> y COLÁS TURÉGANO<sup>88</sup>.

B) En estrecha relación con el principio de intervención mínima, también se alega la vulneración del principio de fragmentariedad, según el cual el Derecho penal ha de proteger sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes<sup>89</sup>. Para autores como MARTÍNEZ OTERO<sup>90</sup> y MORALES PRATS<sup>91</sup>, ambos muy críticos con la reforma, el reproche penal otorgado a estas conductas, en las que la captación de las imágenes ha sido consentida, resulta excesivo y contrario al carácter fragmentario del Derecho penal.

El incumplimiento de estos principios al intentar dar una respuesta precipitada a problemas que generan cierta alarma social, podría conllevar la expansión del Derecho penal, o el denominado Derecho penal de la seguridad basado en una constante prevención.

C) Además, tal y como se ha observado al estudiar los elementos del tipo, éste ofrece ciertos problemas de redacción e interpretación. Por ese motivo, algunos autores han señalado que el precepto no cumple con el principio de taxatividad. Se trata de una dimensión del principio de legalidad, uno de los límites más importantes del *ius puniendi*, según la cual las normas deben precisar claramente cuáles son las conductas prohibidas.

Para MORALES PRATS, por ejemplo, la exigencia del tipo de un menoscabo grave de la intimidad es “una cláusula normativa indeterminada que no colma las exigencias

---

<sup>86</sup> CASTELLÓ NICÁS, N. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 499.

<sup>87</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, pág. 11.

<sup>88</sup> COLÁS TURÉGANO, A. “La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen. A propósito de la propuesta de modificación del art. 197 CP anteproyecto de octubre de 2012” en *Revista boliviana de Derecho*, núm. 15, 2013, pág. 165.

<sup>89</sup> LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 26

<sup>90</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, pág. 11.

<sup>91</sup> MORALES PRATS, F. “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 459.



de la taxatividad penal”<sup>92</sup>. En definitiva señala que, como todas las indeterminaciones, queda sometida a las interpretaciones, prejuicios y concepción de la vida que tenga cada individuo. Comparten su opinión autores como MESTRE DELGADO que considera que “exige una valoración de la que no siempre puede ser consciente el responsable de la acción”<sup>93</sup>, o COLÁS TURÉGANO que entiende que la tipificación “abre nuevos interrogantes”<sup>94</sup>. Esta ambigüedad o falta de precisión contribuyen a que exista cierta inseguridad jurídica.

A modo de ejemplo la SAP de Barcelona 302/2017, de 24 de abril de 2017 (ARP/2017/700) estima el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona. El motivo no es otro que la diferente interpretación de los hechos en cuanto a si suponen un “grave menoscabo de la intimidad” o no. En el mismo sentido, la SAP de Madrid 372/2017, de 21 de junio de 2017 (JUR/2017/205513) en la cual se discute si se ha vulnerado o no la intimidad, ya que la imagen revelada no parece identificar de manera clara a la víctima.

## 2.2. *El obligado deber de sigilo*

Resulta evidente que con la introducción del nuevo precepto en el CP se crea una determinada obligación para todas aquellas personas que tienen en su poder imágenes o grabaciones de contenido sexual captadas con el consentimiento de su protagonista. Desde la tipificación del *sexting* surge para ellas un obligado deber de sigilo que deberán cumplir si no quieren asumir la responsabilidad penal correspondiente.

El deber se amplía considerablemente si se consideran también incluidos en el precepto los supuestos de *selfies* o autograbaciones. Hay que tener en cuenta, tal y como señala MARTÍNEZ OTERO, que “no es infrecuente que el *sexting* se produzca sin ningún tipo de solicitud o incitación del receptor, que en ningún momento manifiesta su

---

<sup>92</sup> MORALES PRATS, F. “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 464.

<sup>93</sup> MESTRE DELGADO, E., “Reformas legales contra el cibercrimen” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, pág. 4.

<sup>94</sup> COLÁS TURÉGANO, A, “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en CUERDA ARNAU M.L, (Dir). y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 85.

voluntad o compromiso de mantener dichos mensajes en la esfera privada”<sup>95</sup>. Es por eso que, para él, la creación de la obligación incluso para personas que no asumen ese compromiso resulta desproporcionada.

Este autor realiza una comparativa entre el secreto profesional exigido a determinados profesionales con el deber de sigilo creado por este precepto para intentar comprender esa obligación. Expone la siguiente premisa: “debido a que posees imágenes íntimas-léase sexting- en virtud de una relación amorosa o de confianza con el tercero, ya sea una relación real, ficticia, supuesta o potencial, quedas obligado a mantener dicho material dentro del ámbito de vuestra relación”<sup>96</sup>. Sin embargo, llega a la conclusión de que no son situaciones equiparables. Mientras que el secreto profesional surge en una relación profesional protegida por normas deontológicas y generada por una necesidad (consejo, ayuda, etc.), el deber de sigilo en el *sexting* se produce de manera voluntaria en el ámbito de una relación subjetiva sin necesidad alguna por parte de quien comparte el material.

Por otro lado, para MORALES PRATS la conversión de todas esas personas en confidentes necesarios obligados al sigilo no es aceptable y supone “la generalización de una obligación penal de amplísimo espectro”<sup>97</sup>. Al recibir una imagen o video de naturaleza sexual el receptor queda obligado a seleccionarlo y no difundirlo si considera que puede menoscabar la intimidad del emisor<sup>98</sup>, lo cual depende también de valoraciones subjetivas.

### 2.3. *Los cambios en las costumbres sociales*

Es evidente que las costumbres sociales han cambiado mucho y muy rápido en los últimos años debido, en gran medida, a los avances tecnológicos. El psicoanalista LACAN acuñó el siglo pasado el término *extimidad* para referirse a la tendencia de las personas a hacer pública su intimidad<sup>99</sup>. Actualmente, la popularización de las redes sociales hace que el citado término tenga más sentido que nunca.

---

<sup>95</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento” en *Diario La Ley*, núm. 8718, 2013, pág. 16

<sup>96</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, pág. 11.

<sup>97</sup> MORALES PRATS, F. “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013, pág. 13.

<sup>98</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (Dir) *Manual de Derecho Penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 292.

<sup>99</sup> Citado por TELLO DÍAZ, L. “Intimidad y extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook” en *Revista Científica de Educomunicación*, núm. 41, 2013, pág. 208.

El hecho de que aproximadamente el 81% de los españoles posean *smartphones*<sup>100</sup> y la existencia de redes sociales y medios de mensajería instantánea como *Facebook*, *Instagram* o *Whatsapp* han facilitado la tendencia de compartir públicamente lo que se está haciendo en cada momento en tiempo real. En palabras de MORALES PRATS “imperla la compulsión dirigida a que los demás compartan los actos propios”<sup>101</sup>.

La generalización de estas conductas conlleva ciertos riesgos que, aunque son mucho más peligrosos para los menores de edad, afectan a personas de todas las edades. Especialmente si lo que se comparte son contenidos íntimos, en cuyo caso los riesgos inherentes son importantes ya que la persona queda totalmente expuesta.

MORALES PRATS califica la época actual como “un momento cultural de clara relajación de costumbres en materia de intimidad o, si se prefiere, de una pérdida de las normas de autovigilancia de las personas respecto de imágenes íntimas”<sup>102</sup>. En definitiva, supone ponerse en peligro al compartir libremente una parcela de la intimidad. Y es que, la amplitud y dificultad de Internet hacen casi imposible la eliminación completa de un contenido. Si bien el caso de Amanda Todd fue algo totalmente distinto y en absoluto comparable con el *sexting* entre adultos, sus palabras respecto a las fotos que fueron difundidas por la red son muy ilustrativas: “Nunca podré recuperar esa foto. Está ahí para siempre”<sup>103</sup>.

En este contexto, algunos autores se preguntan si el Derecho penal debe encargarse de proteger situaciones en las que es la propia víctima la que acepta voluntariamente la captación de las imágenes o grabación de los videos.

Las palabras de CASTELLÓ NICÁS resumen perfectamente la dificultad y subjetividad de esta cuestión: “teniendo en cuenta que es cada cual quien decide hasta dónde o en dónde se sitúan los límites de lo que entiende dentro del marco de su propia intimidad, no resultará fácil precisar si una conducta debe ser objeto de sanción dentro del ámbito punitivo penal, debe quedarse en el contexto de otra esfera jurídica o debe, en su defecto, resultar excluida de cualquier tipo de responsabilidad jurídica, pues la

---

<sup>100</sup> [http://cadenaser.com/ser/2017/02/28/ciencia/1488281552\\_888684.html](http://cadenaser.com/ser/2017/02/28/ciencia/1488281552_888684.html)

<sup>101</sup> MORALES PRATS, F. “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013, pág. 13.

<sup>102</sup> MORALES PRATS, F. “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 462.

<sup>103</sup> [https://elpais.com/sociedad/2012/10/17/actualidad/1350506605\\_509352.html](https://elpais.com/sociedad/2012/10/17/actualidad/1350506605_509352.html)

protección de la intimidad adolece de patrones fijos, dependiendo del deseo personal lo que se quiera o no exhibir a terceros o a la propia opinión pública”<sup>104</sup>.

En definitiva, resulta muy complicado establecer límites objetivos que determinen el contenido de la intimidad. Por ello, según el criterio de la “expectativa razonable de privacidad o confidencialidad”, establecido por la jurisprudencia del TEDH, es cada individuo quien acota el contenido de su intimidad mediante su conducta y su voluntad, permitiendo el acceso a zonas objetivamente reservables<sup>105</sup>.

Aquellos autores que se muestran a favor de la tipificación del *sexting* consideran que, a pesar de la voluntariedad en la captación de las imágenes, el Derecho penal debe proteger dichas vulneraciones a la intimidad. Al contrario, los autores que están en contra, como MARTÍNEZ OTERO, lo critican duramente.

Para él, la introducción del *sexting* en el CP supone “proteger la inconsciencia o la irresponsabilidad”, ya que son supuestos que conllevan unas “consecuencias tan indeseadas como previsibles”<sup>106</sup>. Una persona de edad adulta, que conoce los riesgos inherentes a Internet y a las nuevas tecnologías, y que actúa de manera totalmente libre es conocedora de las posibles consecuencias de sus actos. Por eso, este autor encuentra en la reforma cierto tinte paternalista, y considera que la “probidad y bonhomía en las relaciones de amistad o sentimentales, la lealtad, la fidelidad a la palabra dada, no son bienes jurídicos que corresponda al Derecho penal tutelar”<sup>107</sup>.

Si algo es claro es que, a pesar de las perjudiciales consecuencias que puede generar la difusión de este tipo de contenidos, se siguen mandando y captando imágenes o videos de naturaleza sexual. Quizá deberían impulsarse medidas educativas y fomentar un uso responsable de las nuevas tecnologías, haciendo hincapié en que no se trata de un riesgo abstracto que nunca se materializa sino que puede suceder con facilidad. En este sentido, MARTÍNEZ OTERO mantiene que “para evitar la difusión de

---

<sup>104</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 493.

<sup>105</sup> GUIASOLA LERMA, C., “Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015” en CUERDA ARNAU M.L. (Dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 272.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, págs. 10-11.

<sup>107</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento” en *Diario La Ley*, núm. 8718, 2013, págs. 16-17.

imágenes íntimas hay que fomentar conductas responsables en las personas, no proteger - ¡penalmente!- su inconsciencia cuando realizan de modo tan voluntario como irresponsable exhibiciones de su intimidad que posteriormente escapan de su control”<sup>108</sup>.

#### 2.4. *El recurso a la vía civil para la protección de la intimidad*

Los autores que critican la regulación penal del *sexting* consideran, generalmente, que las vulneraciones de la intimidad corresponden al ámbito civil. En concreto, a la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Al estudiar la situación anterior a la reforma de 2015 se observó que una de las posibilidades a las que se acudía ante estas situaciones era la vía civil.

La nueva regulación, en palabras de MORALES PRATS, “viene a alterar el lógico reparto de funciones entre Código Penal y Derecho civil en la materia”, ya que “la defraudación de la confianza como un abuso de consentimiento es un problema jurídico privado en el que no debe inmiscuirse el derecho penal”<sup>109</sup>.

MARTINEZ OTERO, tras criticar la regulación penal, deja claro que no se trata de dejar impune la difusión de imágenes íntimas sin consentimiento, como si la víctima “se lo hubiera buscado”; sino que son conductas que deben perseguirse desde el ámbito civil o administrativo<sup>110</sup>.

También se decantan por la regulación civil CASTELLÓ NICÁS<sup>111</sup> o MESTRE DELGADO. Este último considera que “es indudable que la conducta que se pretende penalizar de este modo es susceptible de generar graves daños de imagen a una persona, pero lo que no termino de entender es la necesidad de criminalizarla, cuando su ámbito natural de reproche es el de la responsabilidad civil”<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento” en *Diario La Ley*, núm. 8718, 2013, pág. 17.

<sup>109</sup> MORALES PRATS, F. “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 463-464.

<sup>110</sup> MARTÍNEZ OTERO J.M. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento” en *Diario La Ley*, núm. 8718, 2013, pág. 17.

<sup>111</sup> CASTELLÓ NICÁS, N. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 499

<sup>112</sup> MESTRE DELGADO, E., “Reformas legales contra el cibercrimen” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, pág. 4

### 3. Valoración personal

Una vez vistas tanto las posturas favorables como las contrarias a la regulación penal, considero que la tipificación del delito de *sexting* fue precipitada. La reforma extendió los límites del Derecho Penal, vulnerando el principio de intervención mínima. Teniendo en cuenta que se trata de una disciplina del Derecho que se limita a las vulneraciones más graves, en caso de que no haya una medida menos lesiva que permita alcanzar los mismos fines, entiendo que no procedía su reproche penal.

Por otro lado, considero que actualmente tenemos, en general, una tendencia a compartir con el resto del mundo nuestros actos, incluso aquellos relativos a ámbitos muy privados de nuestra intimidad. La popularización de las redes sociales ha “normalizado” esta tendencia que, aunque a menudo parece que se nos olvida, conlleva muchísimos riesgos. Especialmente si los contenidos que se comparten son de naturaleza íntima.

Sin embargo, somos conscientes de los riesgos inherentes a nuestros propios actos. Aquella persona que practica el *sexting*, a pesar de confiar en la otra persona y no contemplar la difusión de esos contenidos, conoce los riesgos que ello conlleva. Por ello, considero que el Derecho Penal no es la herramienta adecuada para hacer frente a este tipo de situaciones. Lo cual no quiere decir que deban quedar sin reproche ya que es evidente que se producen vulneraciones claras de la intimidad de las personas. Estas conductas encuentran su castigo en la LO 1/1982, la cual permite castigar civilmente la difusión in consentida y adoptar las medidas oportunas, que en estos casos suelen limitarse a una indemnización por daños y perjuicios. Cabe señalar que en todo caso hago referencia a los mayores de edad, encontrando adecuada y necesaria la protección penal de la intimidad de los menores e incapaces en estos casos.

Es importante señalar, por último, la necesidad fundamental de impulsar medidas educativas que fomenten el uso responsable de Internet. A menudo consideramos que la red únicamente entraña riesgos para los menores de edad. Si bien es evidente que su mayor vulnerabilidad intensifica los mismos, el riesgo a la difusión de los contenidos compartidos afecta a todos los internautas, independientemente de su edad.

## VII. CONCLUSIONES FINALES

A lo largo del trabajo se han ido tratando distintas cuestiones relativas al *sexting* y su tipificación, de las cuales pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- I. La tecnología y las costumbres sociales avanzan a gran velocidad, al mismo tiempo que se generan nuevas modalidades de cibercrimen a las que nuestra legislación tiene dificultades para adaptarse.
- II. Con anterioridad a la reforma de 2015, el *sexting* no encontraba un claro encaje en los delitos previstos por el CP. A pesar de los intentos jurisprudenciales por encajarlo y dar respuesta penal a graves vulneraciones de la intimidad, la solución más correcta según la regulación existente era la impunidad. Una solución, a la que prácticamente no se acudía, era y sigue siendo la protección otorgada por la LO 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- III. La generalización de conductas como el *sexting*, junto a la sensación de impunidad ante ellas provocada por el mediático Caso Hormigos, precipitan la tipificación del *sexting* en la Reforma del CP de 2015.
- IV. La regulación penal del *sexting* no encuentra consenso en la doctrina. Las posturas favorables a su tipificación alegan la cobertura de una laguna de tipicidad que estaba generando impunidad ante graves vulneraciones de la intimidad. Las posturas críticas con la reforma, insisten en la posible vulneración de alguno de los principios delimitadores del *ius puniendi* como, por ejemplo, el de intervención mínima. Asimismo ponen de relieve las dudas generadas por la redacción otorgada por el legislador.
- V. La solución más compatible con los principios delimitadores del *ius puniendi* es el castigo de estas conductas por la vía civil, a través de la LO 1/1982. En todo caso haciendo referencia al *sexting* entre adultos, considerando correcta y necesaria la regulación penal del *sexting* cuando intervienen menores o incapaces.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. “Menores infractores o víctimas de pornografía infantil: respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 12, 2010, págs. 11:1-11:44.
- ARNAIZ VIDELLA, J. “El sexting en el código penal español” en *Diario La Ley*, núm. 8995, 2017, págs. 1-5.
- CASTELLÓ NICÁS, N. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 490-504.
- CASTIÑEIRA PALOU M.T. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 141-161.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y ESTRADA I CUADRAS, A. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 153-179.
- COLÁS TURÉGANO A. “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica” en CUERDA ARNAU M.L. (Dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coor.), *Menores y redes sociales: cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 53-103.
- COLÁS TURÉGANO A. “Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)” en GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (Dir), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 663-685.
- COLÁS TURÉGANO, A. “La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen. A propósito de la propuesta de modificación del art. 197 CP anteproyecto de octubre de 2012” en *Revista boliviana de Derecho*, núm. 15, 2013, págs. 160-179.



- COMES RAGA, I. “La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida del sexting ajeno” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, págs. 14-23.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS E INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2013, págs. 182-184.
- CORCOY BIDASOLO, M. (Dir) *Manual de Derecho Penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E. “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad” en *Diario La Ley*, núm. 8744, 2016.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*, 2017, págs. 10-17.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en VIVES ANTÓN T.S., BUJÁN PÉREZ C.M., ORTS BERENGUER E., CUERDA ARNAU M.L., CARBONELL MATEU J.C., BORJA JIMÉNEZ E. y GONZÁLEZ CUSSAC J.L. *Derecho Penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 241-265.
- GUISASOLA LERMA, C. “Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015” en CUERDA ARNAU M.L, (Dir). y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A (Coor.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 268-289.
- INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, 2011.
- JIMÉNEZ SEGADO, C. “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 917, 2016, págs. 1-3.

- JUANATEY DORADO C. y DOVAL PAIS A. “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes” en JAREÑO LEAL, A. (Coord.) y BOIX REIG, J. (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 127-164.
- LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MAGRO SERVET, V. “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal” en *Ponencias formación continuada (Fiscal.es)*, 16 de marzo 2015, págs. 3-11.
- MARTÍNEZ OTERO J.M. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento” en *Diario La Ley*, núm. 8718, 2013, págs. 15-17.
- MARTÍNEZ OTERO J.M. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, núm. 12, 2013, págs. 1-16.
- MENDO ESTRELLA, A. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, págs. 1-27.
- MESTRE DELGADO, E. “Reformas legales contra el cibercrimen” en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, págs. 3-4.
- MORALES PRATS, F. “La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 459-469.
- MORALES PRATS, F. “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013, págs. 11-13.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PUENTE ABA, L.M. “Difusión de imágenes ajenas en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?”, en CARBONELL MATEU J.C., CUERDA ARNAU M.L., GONZÁLEZ

CUSSAC J.L. y ORTS BERENGUER E. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1541-1559.

TELLO DÍAZ, L. “Intimidad y extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook” en *Revista Científica de Educomunicación*, núm. 41, 2013, págs. 205-213.

TOMÁS-VALIENTE, C. “Artículo 197” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 653-673.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento”, en CARBONELL MATEU J.C., CUERDA ARNAU M.L., GONZÁLEZ CUSSAC J.L. y ORTS BERENGUER E. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1865-1895.

VILLEGAS GARCÍA, M.A. “Imágenes íntimas en internet. Cerco legislativo a la venganza privada en la red” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 876, 2014, págs. 1-3.

#### **Enlaces web**

- <https://marketing4ecommerce.net/viii-estudio-anual-de-redes-sociales-en-espana-2017/>
- [http://cadenaser.com/ser/2017/02/28/ciencia/1488281552\\_888684.html](http://cadenaser.com/ser/2017/02/28/ciencia/1488281552_888684.html)
- [https://elpais.com/sociedad/2012/10/17/actualidad/1350506605\\_509352.html](https://elpais.com/sociedad/2012/10/17/actualidad/1350506605_509352.html)

## **IX. JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

- AJPII Orgaz, de 15 de marzo de 2013 (Caso Hormigos)
- SAP Barcelona 264/2000, de 13 de noviembre de 2000 (JUR/2001/61504)
- SAP Barcelona 302/2017, de 24 de abril de 2017 (ARP/2017/700)
- SAP Granada 351/2014, de 5 de junio de 2014 (JUR/2014/258699)
- SAP Granada 486/2014, de 18 de septiembre de 2014 (ARP/2014/1462)
- SAP Lleida 90/2004, de 25 de febrero de 2004 (ARP/2004/636)
- SAP Madrid 372/2017, de 21 de junio de 2017 (JUR/2017/205513)
- SAP Orense 131/2014, de 26 de marzo 2014 (JUR/2014/215036)
- SJM de Orense de 5 de noviembre de 2013
- SJP Granada, de 17 de diciembre de 2013
- SJPI Barcelona 7 de septiembre de 1999
- STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988 (RTC/1988/231)
- STC 117/1994, de 25 de abril de 1994 (RTC/1994/117)
- STC 134/1999, de 15 de julio de 1999 (RTC/1999/134)
- STS 1102/2004, de 11 de noviembre de 2004 (RJ/2004/6660)
- STS 409/2014, de 14 de julio de 2014 (RJ/2014/4529)