



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Máster Universitario de Acceso a la Abogacía

Curso 2019/2020

Intimidación, Sexting y Derecho Penal

Intimidade, Sexting e Dereito Penal

Privacy, Sexting and Criminal Law

AUTORA: MARÍA ALEJANDRA BARRUL FUENTES

TUTOR: JOSÉ ANTONIO RAMOS VÁZQUEZ

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS	5
I.	INTRODUCCIÓN	6
II.	DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROPIA IMAGEN, AL HONOR Y A LA INTIMIDAD:	9
II.1	Derechos Fundamentales a la propia imagen y al honor	9
II.2	Derecho Fundamental a la intimidad	12
III.	SEXTING: EL DELITO DE DIFUSIÓN NO CONSENTIDA DE IMÁGENES Y/O VÍDEOS ÍNTIMOS.	17
III.1	Introducción:	17
III.2	Bien jurídico protegido	20
III.3	Análisis del tipo básico.	21
III.3.1	Elementos objetivos del tipo	22
III.3.1.1	Sujetos del delito	22
III.3.1.2	Objeto material	24
III.3.1.3	Conducta típica.	26
III.3.2	Elementos normativos del tipo:	26
III.3.2.1	Obtención de imágenes “con anuencia de la víctima”	27
III.3.2.2	Difusión “sin autorización de la persona afectada”	28
III.3.2.3	Elemento “espacial” del delito:	29
III.3.2.4	Exigencia de un “grave menoscabo de la intimidad personal”	30
III.3.3	Elementos subjetivos: Dolo y error del tipo	31
III.4	Subtipos agravados:	33
III.4.1	Por razón del sujeto activo del delito:	33
III.4.2	Por razón del sujeto pasivo del delito:	34
III.4.3	Finalidad lucrativa.	35
IV.	CONCLUSIONES	37
V.	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	41

VI. APÉNDICE NORMATIVO	44
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	45

I. ABREVIATURAS

Art: artículo.

Arts: artículos.

CE: Constitución Española.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Código penal.

DD.FF: Derechos Fundamentales.

FGE: Fiscalía General del Estado.

LO: Ley orgánica.

LOPCDH: Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Op. Cit.: Opus Citatum.

P/Pp.: Página/Páginas.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TIC: Tecnologías de la información y la comunicación.

TS: Tribunal Supremo.

Vid: véase.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace años existen herramientas que han ido ampliando su alcance a la hora de ser utilizadas, expandiéndose a tal nivel que permiten ya conectar puntos internacionales: Las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC). En el presente trabajo abordaremos la problemática de un supuesto penal relativamente reciente del que se ha extendido su práctica finalizando en numerosos casos de manera funesta: *el delito de Sexting*. E término “Sexting” deriva de la contracción de las palabras inglesas *sex* (sexo) y *texting* (acción de enviar textos por teléfono móvil). Como se puede intuir, consiste en la difusión de fotografías o material audiovisual generalmente de carácter sexual, utilizando para ello el teléfono móvil¹. Por desgracia, esta conducta se realiza con mucha frecuencia, vulnerando así la esfera de la intimidad más personal del sujeto agraviado. Sin embargo –y aunque se tratara de una conducta como frecuente como se ha apuntado–, no fue hasta el año 2015 cuando este comportamiento encontró una figura delictiva específica². Esa nueva regulación surgió principalmente a causa de una situación muy mediática denominada “el caso Olvido Hormigos”³. En este supuesto, la mujer envió voluntariamente un vídeo de carácter sexual explícito que se había grabado ella misma a un tercero de su confianza. La consecuencia de ese envío fue su posterior difusión a terceros sin su consentimiento. La problemática del caso se encuentra en que si bien el envío del vídeo fue voluntario, una vez estaba en manos de su “legítimo receptor”, y faltando a las expectativas de confianza y confidencialidad que la mujer tenía en él, éste lo reenvió a terceros sin consentimiento de la víctima –cabe apuntar que este video se hizo “viral” en todo el mundo⁴-. La sentencia del proceso del caso Olvido Hormigos decretó el archivo y sobreseimiento de la causa ya que el citado comportamiento carecía de subsunción en el tipo penal del inicial artículo (en adelante, art.) 197 del Código Penal (en adelante, CP)⁵. Anteriormente este artículo aducía a la necesidad de que el material difundido fuera obtenido de manera ilícita por parte del difusor para que se tratara de un delito contra la intimidad. Tras este mediático caso, se dio “luz verde” a la reforma del art. 197,

¹ PÉREZ DÍAZ, Raquel. “El fenómeno sexting entre menores”. En: *Diario LA LEY*. 2017, núm. 9039, pp. 113-120. ISSN 1989-6913; o ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. “El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado”. En: *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2019, núm. 2, pp. 183-220. ISSN 1889-4380. P. 24.

² Como se analizará a lo largo del trabajo, en el Código Penal anterior a 2015 esta práctica carecía de tipificación penal por un elemento que provocaba la atipicidad de la conducta.

³ “*Así se cambió el Código Penal por el video sexual de Olvido Hormigos*”. Editorial El Mundo S.L. [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2019/05/30/5cee6365fc6c83ae2a8b45a6.html>.

⁴ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2018, 113 p. ISBN: 978-84-9190-114-3. P.19.

⁵ España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, Pp. 33987.

llegando a apuntar autores como OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO a la hora de analizar este nuevo tipo, que la reforma y aparición del apartado séptimo del artículo 197 del CP podría ser llamada la “reforma Olvido Hormigos”⁶. Con todo ello, la práctica de esta conducta conlleva diversas consecuencias para las víctimas que la sufren. Dos de los casos más llamativos en los últimos años han sido los casos denominados “IVECO”⁷ y Víctor Sánchez del Amo⁸. En el primero de los supuestos, la difusión de un vídeo de contenido sexual por parte de la expareja de la víctima en un grupo de trabajo formado por 2.500 empleados, llevo a Verónica –protagonista del suceso- al suicidio en mayo de 2019 tras la presión y los comentarios vejatorios a los que estaba sometida. Por otro lado, el caso Víctor Sánchez del Amo tuvo consecuencias en el ámbito laboral. En este supuesto, se difundieron imágenes suyas de contenido sexual a través de redes y medios de comunicación provocando que el club deportivo para el que trabajaba rescindiera su contrato. Como bien apuntó el entrenador en declaraciones diversas, “estos casos acaban en suicidio, no son una broma”.

Tras todo lo anterior, podemos apreciar que el marco de las nuevas tecnologías agrava las lesiones a los derechos fundamentales (en adelante, DD.FF.) por numerosas razones. Ya sea por la cantidad ingente de usuarios conectados al ciberespacio, como por la frecuencia en la que los mismos utilizan las redes y la libertad de circulación de la que disponen, tanto para transferir como para difundir información así como para acceder a ella.⁹ Buena prueba de lo anterior son los medios o vías que se utilizan para acceder a esta información, ya sean teléfonos móviles, ordenadores portátiles, etc. Como bien apunta ZALDÍVAR ROBLES¹⁰, “la vertiginosa evolución de las redes sociales está configurando una sociedad que vive a diario adicta a sus terminales móviles. En un mundo globalizado, cualquier imagen o comentario colgado en una red social alcanza un número incontrolable de destinatarios en apenas segundos”. Las diferentes esferas del derecho a la intimidad que se ven afectadas por las TIC son numerosas. Con respecto al problema causado por las TIC en la actualidad, se pregunta

⁶ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo. “El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. 2014, núm. 35, pp. 183-220. ISSN 1575-4022. P. 184.

⁷ “La Fiscalía investiga el suicidio de una empleada de Iveco tras la difusión de un vídeo sexual”. Ediciones El País S.L [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/05/29/actualidad/1559112195_230127.html

⁸ “La investigación sobre el vídeo del ex entrenador del Málaga abarcará 700 personas.” Joly Digital - Diario Málaga hoy. [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: https://www.malagahoy.es/malaga/Investigacion-entrenador-Malaga_0_1428157475.html

⁹ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal*. Barcelona: Atelier, 2018, 248 pp. ISBN.: 978-84-16652-94-5. P.162.

¹⁰ ZALDÍVAR ROBLES, Javier. “La protección penal del derecho a la intimidad (19/2016)”. En: *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*. 2016, núm. 19, pp. 162-188. ISSN 1888-3443. P.163.

la autora PÉREZ CONCHILLO¹¹ lo siguiente: “¿Hasta dónde ha de llegar la intervención del Derecho Penal para salvaguardar legítimamente el derecho fundamental a la intimidad teniendo en cuenta su evolución, sin vulnerar los principios básicos que le son propios?”. A esta pregunta trataré de dar respuesta a lo largo del presente trabajo, analizando en primer lugar los DD.FF. existentes –incidiendo en los más afectados por la práctica expuesta- y posteriormente el tipo delictivo del “sexting”.

¹¹ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. *Op.cit.* P. 21.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROPIA IMAGEN, AL HONOR Y A LA INTIMIDAD:

II.1 Derechos Fundamentales a la propia imagen y al honor

Comenzaremos el análisis jurídico de estos DD.FF acudiendo a su consagración en la Constitución Española¹² (en adelante, CE). En este sentido, el artículo 18.1 de este texto no define ni concreta el contenido de este, limitándose a establecer que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Aunque las relaciones entre estos tres derechos son innegables y hasta insoslayables en muchos aspectos¹³, vamos a centrarnos a lo largo del presente trabajo en dos de esos tres derechos, que posiblemente sean los más vinculados entre sí, hasta el punto de que la vulneración de uno supondría la vulneración del otro. Estos son el derecho que actualmente estamos desarrollando – derecho a la propia imagen- y el derecho a la intimidad personal y familiar¹⁴. Como se puede comprobar, la CE hace una mención genérica sin especificar qué son, qué engloban o en que consisten estos derechos –en especial el derecho a la propia imagen-. De lo que sí deja constancia es de la importancia de los mismos estableciéndose en el artículo 20.4 CE que las libertades constitucionalmente reconocidas¹⁵ tienen su límite especialmente en respetar estos tres DD.FF.

El desarrollo de estos DD.FF. se lleva a cabo mediante la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen¹⁶ (en adelante, LOPCDH). En este texto queda patente la importancia reconocida a estos derechos en tanto que su artículo primero le confiere a los mismos el carácter de derechos “irrenunciables, inalienables e imprescriptibles”. Asimismo, se fija a lo largo de todo el cuerpo legal la protección -tanto civil como penal- frente a las posibles intromisiones ilegítimas. Pero ambos textos legales siguen sin conceptualizar o precisar el verdadero contenido de estos derechos.

¹² España. Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, páginas 29313 a 29424.

¹³ CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones legítimas en el Derecho a la Propia Imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, 557 pp. ISBN: 978-84-9903-764-6. P. 23.

¹⁴ Este último derecho se desarrollará más adelante.

¹⁵ Derechos a: expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión

¹⁶ España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115, páginas 12546 a 12548.

En este sentido, los altos Tribunales se han encargado de dar una definición con más precisión sobre estos derechos, y de manera prácticamente idéntica. Por un lado, la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC) configura el derecho a la propia imagen como “un derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y su ámbito desprotección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde¹⁷”.

Asimismo, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en reiterada jurisprudencia¹⁸ hace referencia a la definición ya mencionada realizada por el Tribunal Constitucional, coincidiendo ambos Tribunales en el significado de este derecho. No obstante, numerosos autores han tratado a su vez de dar una definición más estricta y aceptada de en qué consiste el derecho a la propia imagen, siempre basándose en doctrina y jurisprudencia. A modo de ejemplo, CASTILLA BAREA señala que “la doctrina constitucional viene a definir la propia imagen como un derecho de configuración gráfica, que protege una faceta de la personalidad del individuo, en tanto salvaguarda el uso de los rasgos físicos que caracterizan y permiten identificar a una persona física como diferente de los demás; autónomo, aunque muy relacionado Con los otros dos derechos que consagra el art 18.1 CE -honor e intimidad- y doblemente limitado: desde fuera, por la posible prevalencia de otros derechos o intereses públicos y privados con los que puede colisionar en un momento dado, y desde dentro por la influencia distorsionante de un ánimo de lucro en el titular que autoriza el uso de su imagen propia por un tercero”¹⁹.

En vista de todo lo anterior, se puede conceptualizar el derecho a la propia imagen como el poder que posee una persona de ejercer acciones -ya sean civiles o penales- ante quienes traten de menoscabar, dañar o alterar la percepción que el resto de la sociedad tiene sobre su persona utilizando la faceta o los rasgos físicos de la misma. Pero tras lograr identificar el significado de este derecho, nos preguntamos ahora, ¿qué es lo que verdaderamente protege? En palabras de GRIMALT SEVERA²⁰, así como de jurisprudencia de los Altos Tribunales “se incardinarían dentro de este derecho rasgos

¹⁷ Entre otras, SSTC 158/2009 de 28 de julio de 2009 [ECLI:ES:TC:2009:158] ; 19/2014 de 10 de febrero de 2014 [ECLI:ES:TC:2014:19], STC 25/2019 de 25 de febrero de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:25].

¹⁸ Entre otras, SSTC 378/2011 de 6 de junio de 2011[ECLI:ES:TS:2011:5518] ; 482/ 2015 de 22 de septiembre de 2015 [ECLI:ES:TC:2015:3886] ; 397/2019 de 5 de julio de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:2255] ; 481/2019 de 20 de septiembre de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:2833] ; 491/2019 de 24 de septiembre de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:2984].

¹⁹ CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen (...)*. *Op.cit.* P.34.

²⁰ GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Primera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2007, 340 pp. ISBN: 978-84-96717-30-5. P. 37.

físicos tales como la imagen física, la voz, el nombre, cualidades definitorias del ser humano y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”²¹.

Este derecho se encuentra estrechamente relacionado con el denominado derecho al honor. Siguiendo la línea del derecho a la propia imagen, el derecho al honor se protege mediante el artículo 18.1 de la CE. Tras analizar el derecho a la propia imagen, en el derecho al honor también se aprecia que tanto la CE como la LOPCDH no dan una definición clara sobre el mismo.

En este sentido, el propio TC expone que “el “honor”, como objeto del derecho reconocido en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”²²— afirmación que se verá reiterada a lo largo del presente trabajo-. De esto se extrae la necesidad de ir adecuando el contenido de estos DD.FF al mundo actual, variando en función de las novedades que puedan afectarles. Si bien es cierta la afirmación realizada por el TC, el mismo expone que la mencionada imprecisión sobre qué abarca el derecho al honor no les impide hacer la siguiente afirmación y así acercarnos más al contenido de este derecho afirmando que “el derecho al honor garantiza “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes” que la hagan “desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas”²³.

De lo anterior se puede deducir – en palabras de GRIMALT SEVERA²⁴- que el bien jurídico protegido por el derecho al honor es “el honor como fama o como reputación social, aunque también se incluiría el prestigio profesional” – mencionado en diversas sentencias-. En definitiva, “el honor se integra por dos aspectos, el de la inmanencia representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen a nuestra dignidad.”²⁵

²¹ STC 117/1994 de 25 de abril de 1994 [ECLI:ES:1994:117]; STS 131/2006 de 22 de febrero de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:769].

²² *Vid.* STC 133/2018 de 13 de diciembre [ECLI:ES:TC:2018:133], 208/2013 de 16 de diciembre [ECLI:ES:TC:2013:208], 216/2013 de 19 de diciembre [ECLI:ES:TC:2013:216], 65/2015 de 13 de abril [ECLI:ES:TC:2015:65] y 159/2019 de 12 de diciembre [ECLI:ES:TC:2019:159].

²³ SSTC 180/1999 de 11 de octubre [ECLI:ES:TC:1999:180], 112/2000 de 5 de mayo [ECLI:ES:TC:2000:112], 52/2002 de 25 de febrero [ECLI:ES:TC:2002:52], 99/2002 de 6 de mayo [ECLI:ES:TC:2002:99].

²⁴ GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Op.cit.* P.28.

²⁵ GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. op.cit.* P.29.

II.2 Derecho Fundamental a la intimidad

Como se ha resaltado al inicio, este derecho fundamental en concreto será desarrollado de manera más extensa que los anteriores, debido a la importancia que ostenta en el presente trabajo, como se verá también más adelante.

En primer lugar, trataré de conceptualizar que es o en que consiste este derecho fundamental y constitucional a la intimidad. La propia Constitución -así como la LOPCDH que posteriormente lo desarrolla- siguen sin dar una respuesta concreta a lo que verdaderamente protege este derecho. Resulta necesario para poder proceder a dar un concepto jurídico sobre el derecho a la intimidad, conocer la verdadera esencia de la palabra “intimidad”. La Real Academia de la Lengua Española²⁶ define la intimidad – en su segunda acepción-²⁷ como la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. En base a la anterior definición, podemos comprobar que conceptualizar el derecho a la intimidad es una labor compleja debido a los numerosos aspectos y conceptos que la misma engloba. Por ejemplo, REBOLLO DELGADO, completa esa acepción con la palabra interioridad y con la palabra interior, explicando el autor que la intimidad es un ámbito delimitado y especialmente protegido, al que añadimos un elemento de voluntariedad, de exclusión pretendida. Un espacio donde el individuo ejerce de manera constante sus libertades²⁸. Es decir, un espacio donde el propio individuo decide que es lo que quiere compartir y que es lo que quiere dejar para él mismo.

Tras lo anterior, queda patente la complejidad y la heterogeneidad a la hora de tratar de conceptualizar esta parte del derecho.²⁹ El autor REBOLLO DELGADO – coincidiendo con otros autores y con diferente jurisprudencia- expone “la necesidad de que el concepto de derecho a la intimidad no puede ser cerrado, ya que la idea que se tiene de intimidad varía de una persona a otra, de una sociedad a otra, etcétera. Sostiene a su vez que “el elemento de mayor influencia para determinar el contenido de este derecho es la conformación social que de él realiza una sociedad en un momento determinado”³⁰.

²⁶ Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.^a edición). [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en <https://dle.rae.es/intimidad>.

²⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. 466 pp. ISBN: 84-9772-698-7. Pp. 68-69; o ZALDÍVAR ROBLES, Javier. “*La protección penal del derecho a la intimidad*. *Op.cit.* P. 165.

²⁸ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. *Op.cit.* P. 69.

²⁹ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. *Op.cit.* P. 139.

³⁰ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. *Op.cit.* P. 145; GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. *Op.cit.* Pp. 32 y 34.

Otra definición interesante es la redactada por GONZALEZ SAN JUAN³¹ que afirma que “el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar, tiene por objeto garantizar al individuo una esfera privada que quede libre de injerencias (tanto de otros individuos como de los poderes públicos), de suerte que atribuye a su titular la facultad de resguardar ese ámbito reservado, frente a interferencias no deseada”. Otra concepción de este derecho – y de las más acertadas desde mi punto de vista- es la expuesta por ROMEO CASABONA³², autor que entiende por derecho a la intimidad “aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes públicos. En consecuencia, el derecho a la intimidad supone también el reconocimiento de esa reserva o de ese control sobre terceros, debiendo resaltar que en esta definición de la intimidad se incluye no sólo el conocimiento, sino también el desenvolvimiento o el desarrollo de sí mismo, lo cual amplía su ámbito a otras esferas de la vida privada”.

Por otro lado, GRIMALT SEVERA³³ concibe dos esferas del derecho a la intimidad, afirmando que “el contenido del derecho a la intimidad se va ampliando y se acerca cada vez más a una concepción de vida privada más amplia, entendida esta como un espacio físico y espiritual reservado al ser humano necesario para que éste pueda excluirse del resto de la sociedad, pudiendo decidir dentro del ámbito de su libertad quien puede entrar en él, y a la vez se trata de un espacio en el que puede desarrollar todas sus potencialidades como persona sin la injerencia injustificada de terceros, y alejándose de la restrictiva acepción vida íntima, como idea de secreto”.

Aunque finalmente todas las distintas conceptualizaciones o acepciones esbozadas por diversos autores tienen su origen en la doctrina y jurisprudencia de los Altos Tribunales. Por un lado, el TS en numerosas sentencias³⁴ ha establecido que “el

En esta línea, *Vid.* STS 691/2019 de 18 de diciembre [ECLI:ES:TS:2019:4201], 26/2014 de 31 de enero [ECLI:ES:TS:2014:137].

³¹ GONZÁLEZ SAN JUAN, José Luis. “Jurisprudencia española sobre la protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet”. En: *Ibersid, Revista de sistemas de información y documentación*. 2015, núm. 9, pp. 83-88. ISSN 1888-0967. P. 84.

³² ROMEO CASABONA, Carlos a María. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En, ROMEO CASABONA, Carlos María, SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.). *Derecho penal parte especial*. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo. Granada: Editorial Comares S.L, 2016, pp. 893. ISBN: 978-84-9045-396-4. Pp. 255-256.

³³ GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. *Op.cit.* P. 36.

³⁴ Entre otras, SSTS 26/2014 de 31 de enero [ECLI:ES:TS:2014:137], 471/2016 de 12 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3445], 641/2019 de 18 de diciembre [ECLI:ES:TS:2019:4201], 476/2018 de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2018:2748].

derecho fundamental a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución, atribuye a su titular el poder de resguardar un ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁵”. En todas las sentencias citadas anteriormente resalta la importancia de la definición realizada por el TC, ya que la acepción esbozada por el TS dimana de la del TC, expresando este último que el derecho a la intimidad “es garante de la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, que atribuye a su titular [...] el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (...) y “[...] el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”³⁶.

Como bien resume y completa GRIMALT SEVERA³⁷ -en base a la definición realizada por el TC- “el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art.10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida (...)”³⁸.

A lo largo de todas las definiciones anteriores se habla de dos intimidades fundamentales, las cuales son la intimidad personal y la familiar. Si bien es cierto que existen más tipos de intimidad, los dos ámbitos que adquieren más importancia a la hora de ser regulados y reconocidos constitucionalmente son la intimidad familiar y la intimidad personal. En el ámbito de intimidad familiar, tiene especial significación la

³⁵ París. Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A).

³⁶ Vid. SSTC 197/1991 de 17 de octubre [ECLI:ES:TC:1991:197]; 156/2001 de 2 de julio [ECLI:ES:TS:2001:156]; 185/2002 de 14 de octubre [ECLI:ES:TS:2002:185]; 85/2003 de 8 de mayo [ECLI:ES:TC:2003:85], 241/2012 de 17 de diciembre de 2012 [ECLI:ES:TC:2012:241], 58/2018 de 4 de junio [ECLI:ES:TC:2018:58].

³⁷ GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Op.cit.* P. 30.

³⁸ Véanse SSTC 197/1991 de 17 de octubre [ECLI:ES:TC:1991:197]; 156/2001 de 2 de julio [ECLI:ES:TC:2001:156]; 185/2002 de 14 de octubre [ECLI:ES:TC:185]; 85/2003 de 8 de mayo [ECLI:ES:TC:2003:85], 58/2018 de 4 de junio [ECLI:ES:TC:2018:58]; 176/2013 de 21 de octubre [ECLI:ES:TC:2013:176].

STC 231/1988, de 2 de diciembre³⁹ que fue la encargada de extender el ámbito de protección del derecho a la intimidad a la esfera familiar de la persona⁴⁰ estableciendo que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde especial y estrecha vinculación, como es la familiar”.

Posteriormente, ha sido el TC⁴¹ el encargado de trazar el contenido de la misma - al igual que en el resto de DD.FF. como se puede apreciar, recurriendo el TS⁴² a su definición- conformando a lo largo de su jurisprudencia la siguiente acepción: “El derecho a la intimidad familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida coincidente con aquel en que se desarrollan las relaciones de tal naturaleza, pues permite mantenerlo excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares, en contra de su voluntad”. De esto se desprende que el derecho a la intimidad familiar se trata de un espacio reservado para personas integradas en un núcleo muy cercano a nosotros mismos. Y retomando ese “núcleo cercano”, la propia LOPCDH en su artículo cuarto enumera a las personas que pueden ejercitar las diferentes acciones de protección civil en nombre de una persona fallecida, pudiendo deducir de aquellas las que serían relevantes a efectos de entorno familiar. Dicho núcleo estaría formado por el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona que se pueda ver afectada por alguna intromisión en su derecho a la intimidad.

En segundo lugar, la intimidad personal – la más relevante a efectos del presente trabajo- coincide notablemente con la definición genérica del derecho a la intimidad. Como bien apunta REBOLLO DELGADO⁴³, se ha de tener en cuenta que el derecho a la intimidad y el derecho a la intimidad personal parten de la misma fundamentación, “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana”⁴⁴. La diferencia clara que hace aquí el autor entre ambas intimidades es que el derecho a la intimidad personal se refiere a un ámbito genérico que incluye personas, lugares, datos, etc. Por el contrario, la intimidad personal se refiere de forma concreta al individuo, a un espacio psíquico y

³⁹ STC 231/1988 de 2 de diciembre de 1988 [ECLI:ES:TC:1988:231].

⁴⁰ LORENTE LOPEZ, M^a Cristina. *Los Derechos al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen del Menor*. Primera Edición. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. 267 pp. ISBN: 978-84-9098-333-1. P. 51.

⁴¹ *Vid.* SSTC 119/2001 de 24 de mayo [ECLI:ES:TC:2001:119], 83/2002 de 22 de abril [ECLI:ES:TC:2002:83] y 127/2003 de 30 de junio [ECLI:ES:TC:2003:127].

⁴² *Vid.* STS 673/2004 de 13 de julio de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:5130].

⁴³ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. *Op.cit.* P. 273.

⁴⁴ STC 231/1988 de 2 de diciembre [ECLI:ES:TC:1988:231]. “La intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana según las pautas de nuestra cultura”.

físico relativo a la persona, de tal modo que el derecho a la intimidad es un amplio conjunto de facultades referido a esferas determinadas de la vida del individuo, mientras que el derecho a la intimidad personal tiene un referente más concreto, la persona⁴⁵.

En lo que a intimidad personal se refiere, la misma entraña diversos aspectos de la vida. Así lo puntualiza MARTÍNEZ OTERO explicando que el concepto de “intimidad personal” está referido a la esfera nuclear del derecho a la intimidad, en la que se encuentran la intimidad corporal y la vida sexual. Ahora bien, no queda limitado a dichas facetas, cubriendo igualmente otros aspectos, tales como la ideología, las opciones religiosas, los sentimientos más profundos, la información referida a la salud, etc. En lo referente a la intimidad sexual, sigue exponiendo el autor que dentro de la intimidad personal se encuentra, sin lugar a dudas, la vida sexual de la persona, tanto en su dimensión estrictamente física o corporal, como en su dimensión más psicológica o sentimental⁴⁶.

Tras el análisis realizado sobre las esferas protegidas por los DD.FF al honor, a la intimidad y a la propia imagen, se hace necesario explicar una de las situaciones que a día de hoy es de las que en mayor medida pueden afectar a los derechos explicados en el presente trabajo, la figura delictiva del “sexting”.

⁴⁵ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Op.cit. P. 273.

⁴⁶ MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”. En: *Revista Derecom*. 2013, núm. 12, 16 pp. ISSN 1988-2629. P. 4.

III. SEXTING: EL DELITO DE DIFUSIÓN NO CONSENTIDA DE IMÁGENES Y/O VÍDEOS ÍNTIMOS.

III.1 Introducción:

Como se ha expuesto en la introducción del presente trabajo, este delito trae causa de una situación pública que en su momento hizo “saltar las alarmas”. A raíz del mencionado caso “Olvido Hormigos”, se llevó a cabo la reforma del antiguo artículo 197 del CP, a través de la LO 1/2015. Tras la denuncia de la agraviada, se acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones contra los imputados mediante el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº1 de Orgaz (Toledo)⁴⁷. La juzgadora fundamentó que la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quebraba 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. Como bien apunta también el autor ZARAGOZA TEJADA, la actuación derivada de la difusión de las grabaciones no podría haber tenido subsunción en el antiguo art.197 CP, ya que este “exigía que el acceso a los datos, imágenes, o grabaciones reveladas a terceros fuera realizada sin consentimiento de la víctima y, en aquellos casos, dada cuenta que el acceso a dichos datos había sido efectuado con consentimiento de las mismas (los videos generalmente son cedidos voluntariamente) no resultaba posible aplicar el mencionado tipo penal”⁴⁸. Prosigue argumentando la juzgadora que “de conformidad con la redacción del tipo penal, y dejando al margen nuevas reformas legislativas sobre la materia que aventuran una futura tipificación de las conductas hoy denunciadas y cuya aplicación ahora impide el principio de legalidad y tipicidad, sólo si se hubiera producido un acceso no autorizado al móvil de la propia denunciante donde se encontraba registrado y grabado el vídeo de contenido íntimo, se entendería consumado el tipo penal, y siempre además que dicha acción resultara imputable al encartado en las presentes actuaciones permitiría dirigir la acción penal contra el mismo, no siendo procedente otra resolución que el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones por un delito contra la intimidad”. Finalmente, este caso fue sobreseído debido por la atipicidad de la conducta.

En esta línea, otros supuestos semejantes han tenido la misma consecuencia absolutoria. La SAP de Granada de 18 de septiembre de 2014⁴⁹ confirmó una sentencia absolutoria para un acusado de difundir vía e-mail los encuentros sexuales que había mantenido con el denunciante mediante la aplicación Skype en los que ambos

⁴⁷ Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no.1 de Orgaz (Toledo) de 15 de marzo de 2013. [ECLI: ES:JPII:2013:17A]

⁴⁸ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado. Op.cit. P. 24.*

⁴⁹ SAP de Granada de 18 de septiembre de 2014 [ECLI: ES:APGR:2014:1396].

consintieron realizar actos sexuales a través de la webcam de sus portátiles. Seguidamente, el mismo tribunal en la SAP de 5 de junio de 2014⁵⁰ revocó la sentencia inicial condenatoria y procedió a la absolución por atipicidad de la conducta a un menor que difundió a un grupo de fútbol la fotografía enviada voluntariamente por la denunciante a través de la aplicación “WhatsApp”. Aduce la juzgadora que las conductas que recogía el citado artículo 197 del CP anterior exigían con carácter general un acceso inconsciente a un secreto y que en este supuesto no hubo un acceso ilícito ya que los acusados “lo que hicieron fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen”. Todas estas situaciones provocaron la necesidad de que esta práctica conllevara consecuencias penales para los sujetos que las realizan, ya que la repercusión que provoca en las personas afectadas por este delito llega a límites insospechables. Consecuencias diversas, ya sean de carácter físico o psicológico -como puede ser el suicidio debido a la presión de la difusión del material en el entorno de la víctima⁵¹- o incluso laboral –llegando a perder el puesto de trabajo como se expuso en el caso Víctor Sánchez del Amo-.

De este modo, tras la alarma social generada por el aumento de estos casos, se reformó el artículo 197 del CP, rezando finalmente que:

1. 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.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. 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. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres

⁵⁰ SAP de Granada de 5 de junio de 2014. ECLI: ES:APGR:2014:1051

⁵¹ “2014, el año del sexting”. CNN Español. 2020. [Consultado en: 28 de enero de 2020]. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2014/12/23/2014-el-ano-en-que-el-sexting-tomo-a-las-apps/>.

años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando:

a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o

b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la 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.

De este articulado, interesa y se procederá al análisis del último apartado del precepto, el art. 197.7 CP, regulador de la conducta de “sexting”.

III.2 Bien jurídico protegido

El delito de “sexting” se recoge en el Título X de nuestro CP bajo la rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. De los derechos nombrados –y al efecto de este delito- interesan los DD.FF a la intimidad y a la propia imagen. En este sentido y como se ha podido observar el bien jurídico protegido de estos derechos ha sido a lo largo de la historia una tarea que se ha caracterizado por contar con cierta dificultad. En este sentido –y como apuntan diversos autores- hay un abanico de opiniones entre si este supuesto penal solamente protege la intimidad, si solamente protege la propia imagen o si por el contrario – y en mi opinión la respuesta más acertada- se dedica a salvaguardar ambos derechos conjuntamente⁵². En esta última línea se encuentra el autor MARTÍNEZ OTERO al afirmar que se protegen en este delito ambos derechos en “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, conculca el derecho a la propia imagen reconocido en la Constitución”⁵³. Aunque si observamos la doctrina y la jurisprudencia relatada a lo largo del presente trabajo, podemos comprobar que son dos derechos íntimamente ligados, aunque en el sentido del objeto jurídicamente protegido la doctrina mayoritaria si observa en mayor medida el derecho a la intimidad como el bien protegido mediante este delito. En este sentido, ROMEO CASABONA apunta que “el eje punitivo sigue descansando en la protección de la intimidad personal”⁵⁴, recalcando que el centro de protección de este derecho reside en la protección a la intimidad –entendiendo el autor la vertiente personal como la más protegida-. En la misma línea se encuentra la autora ALONSO DE ESCAMILLA apuntando que “el bien jurídico protegido en estos delitos es la intimidad” ya que “la intimidad es un bien jurídico protegido de naturaleza subjetiva, por lo que la delimitación y el contenido de la misma en el caso concreto pertenecen al sujeto pasivo, quien será en buena medida el que determine el ataque a la misma”⁵⁵.

En el sentido de la protección de ambos derechos versa la opinión de VALEIJE ÁLVAREZ, la cual apunta que “la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, tanto en el plano conceptual-categorial como en el plano jurídico positivo, no

⁵² MENDO ESTRELLA, Álvaro. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos.” En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2016, núm. 18-16, Pp. 1-27. ISSN 1695-0194. P. 6.

⁵³ MARTÍNEZ OTERO, Juan María. *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*. *Op.cit.* P. 4.

⁵⁴ ROMEO CASABONA, Carlos a María. *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. *Op.cit.* P. 269.

⁵⁵ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Editorial Dykinson S.L, 2016, 1120 pp. ISBN: 978-84-1324-157-9. P. 214.

reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad” ya que entienden los mismos que “el derecho a la imagen se encuentra abarcado en la expresión amplia de intimidad constituyendo una faceta del mismo y solo en el caso de que el contenido de las imágenes captadas y posteriormente difundidas resulten denigratorias, dañinas para el prestigio o invasoras de la privacidad, y hayan sido realizadas sin consentimiento, tales efectos han de enjuiciarse desde el punto de vista del derecho al honor o del derecho a la intimidad” estableciendo finalmente que “el Derecho penal español apenas reconoce a la imagen más que una tutela refleja en el contexto y los límites de la protección directa del secreto y la intimidad”⁵⁶. Como bien apunta MENDO ESTRELLA⁵⁷ “se atisba una diferenciación entre ambos DD.FF que camina por el carácter de reservado, propio y privado de la intimidad personal frente a la imagen que, queramos o no, está expuesta a los demás en nuestro quehacer diario y en nuestras imprescindibles relaciones sociales.” Todo lo anterior se puede ver reflejado en la redacción del artículo 197.7 al establecer al final de su primer párrafo que se “menoscabe gravemente la intimidad”, incidiendo todavía más que el bien jurídico protegido por este tipo penal es el derecho a la intimidad.

III.3 Análisis del tipo básico.

El artículo 197.7 del CP en su primer párrafo dispone que “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de 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”. En palabras de RUEDA MARTÍN, el objeto material de este delito trata de manera genérica de “imágenes o grabaciones audiovisuales” que han de revestir dos características principales. En primer lugar, la persona ha de estar identificada o ser identificable, y en segundo lugar deben revelarse situaciones íntimas y personales- y no necesariamente sexuales-⁵⁸. Con todo ello, la conducta tipificada queda clara, pero se hace necesario

⁵⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. “Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento”. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y ORTS BERENGUER, Enrique (dirs.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, 2045 pp. ISBN: 978-84-9876-548-9. Pp. 1882-1883.

⁵⁷ MENDO ESTRELLA, Álvaro. *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*. *Op.cit.* P. 9.

⁵⁸ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal*. *Op.cit.* P.165. En este sentido Vid. JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Editorial Aranzadi: 2016, núm. 917, 6 pp. Afirma el autor que “parece que entran dentro de tal esfera íntima las imágenes de contenido sexual, pero no necesariamente ni de manera exclusiva”.

analizar de manera detallada los elementos o requisitos que son necesarios para la aplicación de este tipo delictivo.

III.3.1 Elementos objetivos del tipo

III.3.1.1 Sujetos del delito

El precepto señala como sujeto activo del delito al que difunda, ceda o revele. Como se observa se trata de un sujeto genérico, sin características o una tipología especial. En torno a la posibilidad de que “cualquier persona” pueda cometer este delito, surgen las siguientes cuestiones. En primer lugar, la problemática del posible error al que puede inducir la redacción del precepto cuando éste se refiere a la difusión, captación o cesión de imágenes que el sujeto activo “hubiera obtenido” de la víctima con su anuencia. En este sentido, sostiene PÉREZ CONCHILLO⁵⁹ la existencia de discrepancias doctrinales en tanto que numerosos autores⁶⁰ –y cierta jurisprudencia⁶¹– sostienen la necesidad de que el sujeto activo hubiera tenido que participar en la situación de producción de captación de las imágenes de la persona agraviada. Por lo cual se entiende que si en este caso es la víctima la que realiza la acción del envío del material si ha sido ella misma la que ha grabado el vídeo, no tendría cabida en el tipo penal la persona que posteriormente difunde esas imágenes o grabaciones. Por otro lado, otro sector de la doctrina como continúa apuntando PÉREZ CONCHILLO, entiende que deberían ser castigadas ambas conductas, tanto si quien las difunde es el autor material y principal de las imágenes o grabaciones, como si la víctima de *motu proprio* es la que efectúa las grabaciones o imágenes que envía al sujeto que las difundirá posteriormente.⁶² Desde un punto de vista personal y en consonancia con la última parte de la doctrina explicada, este último razonamiento resulta el más lógico, en tanto que si solamente se tipifica la conducta en la que el sujeto activo debe haber participado necesariamente en la grabación audiovisual o imagen previamente difundida, se estaría obviando la conducta precursora de la creación de este delito –que como ya se comentó al principio del presente trabajo, fue el caso “Olvido Hormigos, en el cual las imágenes posteriormente difundidas fueron grabadas y enviadas por la víctima a un sujeto de su confianza-.

⁵⁹ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. Op.cit. P. 77.

⁶⁰ ROMEO CASABONA, Carlos a María. *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. Op.cit. P. 269. Entiende el autor que “se requiere que el sujeto activo haya participado personal y previamente a la difusión de las imágenes”, no siendo suficiente para el autor el supuesto en el que el sujeto pasivo las grabe a sí mismo y posteriormente las ceda.

⁶¹ Vid. SAP de Barcelona 302/2017 de 24 de abril [ECLI: ES:APB:2017:2971].

⁶² PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. Op.cit. P. 78; ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado. Op.cit. P. 33.

Otra problemática –y la que más controversias ha suscitado en cuanto al sujeto activo del delito- es la siguiente: ¿Se debe castigar solamente como sujeto activo del delito a la persona que difunde por primera vez las imágenes o grabaciones audiovisuales, o también a los terceros que realicen una posterior difusión –aunque la víctima no haya cedido el material directamente y con su consentimiento-? En el caso de la llamada “redifusión” -y basándonos en el tenor literal del precepto-, no se encuadraría la posterior difusión por terceros en el delito de “sexting”, ya que el precepto legal perfila como autor “al 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”. Esta problemática la ha abordado de manera clara la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) en su Circular 3/2017 de 21 de septiembre⁶³ exponiendo que si se tiene en cuenta la redacción del precepto, “es claro que el tipo penal del artículo 197.7 se ha configurado como un delito especial propio del que únicamente serían autores aquel o aquellos que, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida inician, sin autorización del afectado, la cadena de difusión cediendo o distribuyendo dichos contenidos íntimos a otros ajenos inicialmente a esa inicial relación con la víctima y a la obtención, por tanto, de la imagen o grabación comprometida”⁶⁴. Con esta explicación entendemos que no serían subsumibles bajo la conducta penal del artículo 197.7 los “terceros” que difundan las imágenes sin que hayan iniciado la cadena de difusión. En esta línea se aprecia una doctrina mayormente unificada que coincide con la figura de castigar con este precepto únicamente al sujeto que haya obtenido las imágenes o grabaciones con anuencia de la víctima de manera inicial. Ejemplo claro son autores como ZARAGOZA TEJADA, el cual se adhiere a la explicación relatada por la FGE fundamentándola en dos premisas, sosteniendo en primer lugar que “resultaría imposible acreditar que los terceros que hayan recibido el material tuvieran conocimiento de que las imágenes hubieran sido distribuidas en primer lugar sin autorización de la persona afectada y por último que en este supuesto no concurriría el elemento de haberlas obtenido con la anuencia de la persona afectada”⁶⁵. Finalmente la FGE plantea para el caso de los sujetos que participen en la redifusión que puedan ser sancionados por un delito contra la integridad

⁶³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 3/2017, de 21 de septiembre, “sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos” 2017. 37 pp.

⁶⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 3/2017, de 21 de septiembre (...). *Op.cit.* p.7.

⁶⁵ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado.* *Op.cit.* P. 29; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo. *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos.* *Op.cit.* Pp. 201-202. Este autor considera a su vez que el comportamiento de “redifusión” no podría estar incluido en este tipo penal, ya que no media el requisito de obtener el material con anuencia de la víctima. Esto es debido a que el tercero que la vuelve a difundir solamente recibe el mensaje siendo ajeno a la manera de obtención.

moral del art. 173.1 CP evaluando el juzgador esta circunstancia prestando atención a la naturaleza de los contenidos y a las circunstancias debiendo estos provocar un menoscabo grave de la integridad moral.

Bajo opinión personal, si se atiende al principio de intervención mínima del Derecho Penal, no sería adecuado castigar este tipo de conductas mediante el artículo 197.7 CP ya que – y como bien apunta OLMO FERNÁNDEZ DELGADO⁶⁶- resultaría difícil señalar a todas las personas que han sido partícipes de una posterior difusión, sobre todo en situaciones que como ya hemos visto alcanzan un nivel de propagación vertiginoso”.

En atención al sujeto pasivo del delito, no existe división doctrinal asumiéndose que lo será la persona que aparezca en la imagen o grabación audiovisual y que vea menoscabada gravemente su intimidad personal a causa de una difusión posterior del contenido. Cabe resaltar en este aspecto que la comisión de este delito se lleva a cabo normalmente entre sujeto activo y pasivo que han sido pareja o han mantenido una relación de afectividad, facilitando ésta la situación de cesión o grabación con consentimiento por parte de la víctima de material audiovisual íntimo -esta situación conforma un tipo cualificado de este delito, como se verá más adelante-.

III.3.1.2 Objeto material

El objeto material del delito lo constituyen imágenes o grabaciones audiovisuales que menoscaben gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo. Así lo concluye también la SAP de Valencia 488/2016 de 25 de noviembre⁶⁷, estableciendo que el artículo 197.7 CP “tipifica el hecho de que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”. En torno a este objeto material surgen distintas controversias en cuanto al material de difusión y al carácter que el mismo deba poseer.

En primer lugar y relativo al material de difusión, existe una discusión doctrinal acerca de si los elementos difundidos han de ser solamente imágenes y grabaciones audiovisuales o si este aspecto engloba más elementos. Cierta sector de la doctrina, como OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO o GONZÁLEZ CUSSAC defiende la no incardinación de las grabaciones de audio así como textos escritos -o incluso grabaciones recibidas por error y posteriormente difundidas- bajo este tipo penal.

⁶⁶ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo. *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos*. *Op.cit.* P. 202.

⁶⁷ SAP de Valencia 488/2016 de 25 de noviembre [ECLI: ES:APV:2016:3725].

Sostienen que la conducta de revelar, ceder o difundir grabaciones de audio que no vayan acompañadas de imágenes audiovisuales quedaría fuera de la aplicación de la norma -ciñéndose así al tenor literal del precepto-. Otro sector doctrinal, con autores como ZARAGOZA TEJADA o SÁNCHEZ BENÍTEZ⁶⁸, entienden que las difusiones de material puramente sonoro sí deberían estar recogidas en el art.197.7 CP, aduciendo que existen grabaciones realizadas de momentos íntimos -como pueden ser en el ámbito sexual- en las cuales se reconoce de manera clara a la persona que realiza o aparece en esa grabación, siendo por tanto una conducta encuadrable en el tipo del art. 197.7 CP.

En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria -así como la FGE- apuntan a la necesidad de que el artículo 197.7 CP abarque también la difusión de audios, entendiendo en primer lugar los tribunales que “el objeto material del delito no sólo se integra por imágenes o grabaciones audiovisuales de carácter sexual” si no que se extiende a cualquier actividad que pueda calificarse de íntima⁶⁹”. Completa esta explicación la FGE⁷⁰ entendiendo que no solamente se recogen en este tipo penal los contenidos perceptibles por la vista, sino también por el sentido auditivo, ya que la difusión de esos contenidos puede causar un grave menoscabo en la intimidad del sujeto pasivo.

El último punto de discusión gira en torno a si el material difundido ha de ser de carácter únicamente sexual. En este punto la jurisprudencia parece ser clara, entendiendo la esfera íntima de la persona en diversos ámbitos y no sólo en el sexual cuando afirma que “la dicción típica patentiza que el objeto material del delito no sólo se integra por imágenes o grabaciones audiovisuales de carácter sexual”. Esto tiene su razón de ser en que si no se acota la ratio del objeto material tipificado, se entrarían a castigar por ejemplo imágenes en las cuales se da un paseo por el parque, o se hace la compra. Cuando se hace referencia a que no solamente se protege la difusión de imágenes de carácter sexual, se refieren los tribunales a la protección de vertientes tales como la orientación sexual, la filiación, imágenes consumiendo alcohol u otras adicciones, aspectos relacionados con las creencias personales, religiosas, ideológicas, etcétera. Por lo tanto el material de difusión protegido por este delito es el que afecte a alguna de las vertientes englobadas en el núcleo más duro de la esfera de la intimidad⁷¹ sin necesidad de que solamente sean de carácter sexual. Finalmente –y como valoración

⁶⁸ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado*. *Op.cit.* P.31; SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian: “Sobre la difusión no consentida de las prácticas de "sexting" y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código penal)”. En: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2019, núm. 51, pp. 65-106. ISSN 1696-0351. P. 76.

⁶⁹ *Vid.* SSAP de Madrid 515/2018 de 19 de julio [ECLI:ES:APM:2018:8199], de Barcelona 302/2017 de 24 de abril [ECLI:ES:APB:2017:3725].

⁷⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 3/2017, de 21 de septiembre (...)*. *Op.cit.* P. 6.

⁷¹ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. *Op.cit.* P. 82.

personal-, atendiendo al nombre atribuido a este delito –“sexting”- sería lógico que fueran objeto material de esta figura delictiva solamente imágenes o material de carácter sexual o erótico.

III.3.1.3 Conducta típica.

El delito de sexting como explica el precepto exige la difusión, revelación o cesión a terceros por parte de un sujeto de imágenes o grabaciones audiovisuales que hubiera obtenido con el consentimiento de la víctima cuando se menoscabe gravemente la intimidad de aquella. La conducta que se ha de realizar por parte del sujeto activo causa ciertos problemas que giran en torno a los verbos utilizados por el legislador, apuntando aquí la autora PÉREZ CONCHILLO que “la utilización del legislador de estos tres verbos como alternativos podría llevar a la confusión en la medida en que objetivamente llevan consigo alcances de propagación distintos⁷²”. Para abordar esta problemática, se hace necesario -como apunta RUEDA MARTÍN- realizar una explicación breve de en qué consisten las anteriores conductas⁷³. En primer lugar, “la difusión consiste en la comunicación por un medio que garantice el alcance a un amplio número de personas”. El caso de la revelación supone el descubrimiento o manifestación de lo desconocido o secreto a personas determinadas -con menos alcance que la difusión-, y por último la cesión consiste en la transferencia o traspaso a otro de una información. Tras lo anterior, podemos observar que el alcance de las conductas expuestas cuenta con una gran diferencia en cuanto al número de personas a las que llega el material difundido. A esto se debe sumar el auge de las nuevas tecnologías -vertiente que favorece una rápida y mayor propagación- afirmándolo así el autor MARTÍNEZ OTERO⁷⁴ cuando apunta que “es preciso señalar que, por reducida que sea la primera difusión no consentida de sexting ajeno, el emisor pierde el control sobre dicho material que, gracias a las tecnologías digitales, puede ser difundido de manera incontrolada y masiva”. Finalmente y como bien señala PÉREZ CONCHILLO, carece de lógica que estos tres verbos lleven aparejada la misma pena si cuentan con un alcance y consecuencias diferentes, resultando esta tipificación contraria al principio de proporcionalidad penal⁷⁵.

III.3.2 Elementos normativos del tipo:

A lo largo del presente trabajo se ha reiterado la conducta del delito de “sexting” en la que el sujeto activo, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda

⁷² PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidación y difusión de sexting no consentido*. *Op.cit.* Pp. 80-81.

⁷³ RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal*. *Op.cit.* P. 167.

⁷⁴ MARTÍNEZ OTERO, Juan María. *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*. *Op.cit.* P. 10.

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. Como ya se ha comentado, este tipo penal se reformó por la LO 1/2015 para castigar la conducta de difusión de imágenes de carácter íntimo en la que han de concurrir requisitos especiales indispensables para su aplicación, siendo los más reseñables: la obtención de imágenes con “anuencia de la víctima”, la posterior difusión sin autorización de la misma y el “grave menoscabo en la intimidad personal” de la persona agraviada.

III.3.2.1 Obtención de imágenes “con anuencia de la víctima”

Este requisito puede decirse que es de los más relevantes para el tipo, ya que en el reside el cambio del art.197.7 debido a que los supuestos anteriores a esta tipificación sólo se castigaban si el material de difusión era obtenido sin el consentimiento de la víctima.

Una de las problemáticas que presenta este requisito es en relación a la manera de obtener esas imágenes con consentimiento de la víctima. La jurisprudencia mayoritaria entiende que la conducta solamente se ve realizada cuando las imágenes o grabaciones audiovisuales sean realizadas por el autor material, aduciendo que “la palabra anuencia significa consentimiento (acción y efecto de consentir), y consentir significa permitir algo. Por tanto, se trata de una conducta que sólo puede ser cometida por aquél que ha obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la víctima.⁷⁶” Si se sigue esta línea jurisprudencial, se dejarían entonces a un lado las situaciones en las que la propia víctima con su consentimiento comparte ese material con la persona de su confianza, faltando como bien apunta ZARAGOZA TEJADA a la finalidad principal de la creación de este delito a través de la cual el legislador pretendía penar a quien recibía o tomaba imágenes o grabaciones de una persona y posteriormente las distribuía sin autorización de la ésta resultando indiferente si las imágenes habían sido tomadas directamente por el sujeto delictivo o tomadas por la propia víctima en sí y enviadas al sujeto activo a continuación⁷⁷. Cuestión discutida lo es también la manifestación del consentimiento de la víctima. Resulta necesario a la hora de hablar de anuencia o consentimiento, la necesidad de apreciarlo verdaderamente para el caso concreto. Si analizamos el precepto, podemos observar que el requisito de la anuencia de la víctima es un requisito fundamental para

⁷⁶ Vid. SSAP de Barcelona 302/2017 de 24 de abril [ECLI:ES:APB:2017:3725], de Madrid 515/2018 de 19 de julio [ECLI:ES:APM:20188199], de Burgos 228/2018 de 15 de julio [ECLI:ES:APBU:2018:473].

⁷⁷ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado*. Op.cit. P. 32.

la aplicación de este tipo penal, en tanto que si no existe consentimiento y posteriormente se lleva a cabo una difusión, la conducta pasaría a encuadrarse –como hemos visto- en el artículo 197 apartado primero del CP, ya que acoge estos supuestos bajo su precepto, castigando a quien consiga de manera ilícita el material, y posteriormente lo difunda. En este sentido se pronuncia la SJP de Teruel⁷⁸ cuando apunta que “resulta de capital importancia en orden a la tipificación de los hechos enjuiciados la determinación de la existencia/ ausencia de consentimiento por parte de la víctima”. Para el presente caso, la juzgadora no aprecia el consentimiento de la víctima tras analizar todas las circunstancias en su conjunto, tales como la ingesta de alcohol en exceso por parte de la víctima, la iluminación de la zona que no permitió ver a la perjudicada el flash de las fotografías y su posterior oposición tras mantener en todo momento su negativa a la realización de las imágenes -no apreciando siquiera consentimiento tácito-. Este argumento resultó contrario a la idea en la que se basaban en primera instancia de que la víctima “viera saltar la luz del flash de la cámara de fotos del móvil y no manifestase su oposición a la realización de las fotos”. Aquí –como se aprecia- se deben valorar a su vez otras circunstancias que pueden afectar a la víctima a la hora de la “manifestación de su oposición.”⁷⁹”

III.3.2.2 Difusión “sin autorización de la persona afectada”

Otro de los requisitos reveladores para encontrarnos ante este tipo penal es la posterior difusión a terceros de las imágenes o grabaciones audiovisuales sin que medie consentimiento de la víctima. Se vuelve a retomar la palabra consentimiento, pero esta vez en su vertiente negativa. Es decir, se hace necesaria la obtención de las imágenes o grabaciones con la anuencia de la víctima, pero ésta no puede encontrarse de acuerdo con que el mencionado material se difunda. Como hemos visto, ha sido ya objeto de análisis en que debe consistir esa difusión a terceros y el gran ámbito que abarcan aquellas, pudiendo quedar “resguardadas” en un círculo íntimo de personas o llegar a todas las partes del mundo –haciéndose el material viral-. Este requisito es importante en la medida en que establece una limitación al alcance del tipo. En este sentido, MORALES PRATS⁸⁰ explica que “la obtención con anuencia de las imágenes o grabaciones no queda limitada en el tipo y puede haberse efectuado previa entrega o envío por parte del titular de las mismas. El recorte del tipo se establece en el momento

⁷⁸ SJP de Teruel 98/2016 de 16 de junio. [ECLI:ES:JP:2016:40].

⁷⁹ En la presente sentencia, la juzgadora tiene en cuenta factores como el estado de embriaguez de la víctima, el momento del día en el que se realizan las imágenes y el lugar -en el que para el caso había bastante iluminación, con lo que resulta prácticamente imposible si juntamos todos los factores apreciar una luz de flash.

⁸⁰ MORALES PRATS, Fermín. “Del descubrimiento y revelación de secretos (arts.197 a 201)”. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Décima edición. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 2325 pp. ISBN: 978-84-9098-536-6. P. 464.

posterior de revelación, difusión o cesión de las imágenes -secuencia en la que se identifica el auténtico desvalor material de la conducta- que conforme al tenor del precepto quedaría limitado a la persona que obtuvo las imágenes con autorización de la víctima. El elemento de la posterior difusión sin autorización no contempla otra variante que no sea el absoluto desacuerdo por parte de la víctima con la propagación de las imágenes. Interesante es también en relación a este elemento la posible inclusión de un tipo penal agravado en función del alcance de la difusión. El autor ZARAGOZA TEJADA apunta que la situación a la que llegan las víctimas como consecuencia del delito de “sexting” en determinados casos –destacando el suicidio-, hace necesaria la introducción de un subtipo con una pena mayor para los casos en los que el sujeto realice la acción asegurándose de que las imágenes obtenidas se propaguen entre la mayor cantidad de gente posible⁸¹.

La posible creación del anterior subtipo se entendería necesaria en la medida de dar un mayor castigo a la conducta de “sexting” realizada por un sujeto que se asegure de causar un mayor daño o menoscabo en la intimidad de la víctima, haciendo que las imágenes o material audiovisual difundido llegue al máximo número de personas ajenas –o no- a la perjudicada. Esto se produciría en el caso de que la difusión se llevara a cabo mediante una página erótica o canales tales como “YouTube” o “Twitter”, los cuales están al alcance y vista de millones de personas.

III.3.2.3 Elemento “espacial” del delito:

Otro elemento normativo sería la necesidad de que las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas se realicen en “un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. La doctrina mayoritaria apunta a que los términos utilizados para definir el lugar de comisión del supuesto penal son controvertidos. En este sentido apunta el autor MARTÍNEZ OTERO que se trata de una redacción “superflua”, en tanto que no resulta de interés especificar los lugares en los que se pueden llevar a cabo grabaciones que afecten gravemente a la intimidad y “alambicada” ya que se recurre a un concepto de lo más jurídico como es el domicilio, junto con otro de mayor imprecisión como son los “lugares fuera del alcance de la mirada de terceros”. Para este autor sería más sencillo calificar estos lugares como “privados” para así distinguirlos de los “lugares abiertos al público” que exige la LO 1/1982 para justificar la captación y reproducción de imágenes y personas de carácter público⁸². En otra línea se sitúa el autor MUÑOZ CONDE cuando afirma que en estos lugares podrían incluirse las relaciones íntimas mantenidas en un lugar público ante la mirada de terceros, tales

⁸¹ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado. Op.cit.* P. 35.

⁸² MARTÍNEZ OTERO, Juan María. *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. Op.cit.* P. 10.

como un lugar apartado de un parque o en una playa desierta⁸³. Otra cuestión controvertida sería si la referencia a los lugares mencionados puede significar que cuando hubiera terceros presentes en el acto se excluirían estos de la conducta delictiva. Un apunte acertado en ese sentido es el de la autora PÉREZ CONCHILLO, la cual interpreta que no parece ser aquella la intención del legislador ya que carecería de sentido que solamente se proteja la intimidad del que la comparte con una persona y no del que la comparte con varios sujetos a la vez⁸⁴.

En cuanto al criterio espacial, la jurisprudencia lo utiliza para resaltar aún más la necesidad de consentimiento de la víctima, exponiendo que la obtención de las imágenes en los lugares previstos en el tipo “cierra la posibilidad de que la persona investigada, encausada o acusada hubiera "obtenido" la grabación mediante la recepción de las imágenes o grabaciones en lugar distinto del domicilio de la persona afectada. Y, siendo así, la única interpretación lógica es la que precisa de la captación de la imagen o grabación directamente por el sujeto activo del delito "con la anuencia" de la víctima”⁸⁵. En mi opinión, cerrar la posibilidad de la obtención de las imágenes al entorno del domicilio de la persona afectada no asegura que las el material difundido haya sido obtenido con el consentimiento -o no- de la víctima. Existen supuestos de obtención por parte del sujeto activo del material fuera del lugar del domicilio de la víctima, como puede ser un parking, en un centro comercial, en el portal de un edificio, en un sitio escondido en un parque, etcétera. Que se lleven a cabo las imágenes en el domicilio no garantiza que el sujeto no haya participado en su obtención con consentimiento -bastaría con reparar en los casos en los cuales es la propia víctima la que cede el vídeo al tercero de su confianza habiéndolo grabado en un lugar que no fuera su domicilio-.

Finalmente –y como se ha comentado- se debería analizar el material en cada caso concreto y bajo la valoración del grado afección al “núcleo duro de la intimidad” independientemente del lugar donde se hubieran tomado las imágenes o grabaciones, ya que puede causar el mismo daño tanto las imágenes tomadas en un domicilio privado como las realizadas en sitio distinto aunque alejado de la mirada de terceros.

III.3.2.4 Exigencia de un “grave menoscabo de la intimidad personal”

Como último elemento normativo del tipo se exige al final del precepto que se menoscabe gravemente la intimidad personal de la víctima. En este aspecto –y como ya ha sido objeto de análisis-, con el aumento de las TIC el menoscabo suele ser mayor al

⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 21ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, 923 pp. ISBN: 978-84-9169-367-3. P. 246.

⁸⁴ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. *Op.cit.* P. 84.

⁸⁵ SAP de Madrid de 19 de julio de 2018. [ECLI: ES:APM:2018:8199].

alcanzar el material objeto de difusión a una cantidad más amplia de sujetos. Aún con todo, este requisito marca una limitación en la aplicación del tipo que se ve materializada en el grado de lesión para el bien jurídico configurando así el delito como un delito de resultado. Este criterio limita así el ámbito jurídico de aplicación penal a supuestos en los que exista una grave vulneración de la intimidad como bien jurídico protegido – “afección al llamado núcleo duro de la intimidad”⁸⁶. Este “núcleo duro de la intimidad” ya analizado está conformado por diversos aspectos -no sólo por el sexual- tales como la ideología, la salud y la vida, las creencias, la religión. En aplicación al presente delito -y en consonancia con la doctrina mayoritaria-, este último requisito se trata de un concepto jurídico indeterminado que deberá resolverse atendiendo a las características concretas de cada supuesto y deberá ser a su vez sopesado bajo la libre valoración del juzgador⁸⁷.

En esta línea la SAP de Madrid de 21 de junio de 2017⁸⁸ absolvió a un sujeto que había sido condenado por un delito de “sexting” al poner en la fotografía de perfil en su aplicación de “WhatsApp” una imagen de los senos de su expareja. En este caso esgrimió la juzgadora que la fotografía en sí no muestra el rostro, con lo cual no existe una identificación clara de la persona afectada. Asimismo prosigue afirmando que tampoco se identifican otros rasgos físicos y que ante estas circunstancias no se puede condenar como autor de un delito del art. 197.7 del CP al sujeto ya que considera la juzgadora que no se ha interferido en su intimidad personal. Este sería un claro ejemplo del margen y las diferencias de valoración en las que entran los tribunales a la hora de apreciar si se ha producido o no un menoscabo en la víctima.

III.3.3 Elementos subjetivos: Dolo y error del tipo

Para que concurra este tipo penal hace falta la existencia de dolo por parte del autor sea cual sea la manera de manifestarlo. En este caso el dolo reside en la intención del sujeto activo de vulnerar la intimidad ajena difundiendo, revelando o cediendo a terceros las imágenes de carácter íntimo que ha obtenido con la anuencia de la víctima pero siendo consciente de que carece del consentimiento de aquella para enviárselas a terceros⁸⁹. Interesante es también la postura doctrinal de ZARAGOZA TEJADA, el cual entiende que en la mayoría de los casos el dolo consiste en la intención del sujeto de

⁸⁶ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. *Op.cit.* P. 84.

⁸⁷ MORALES PRATS, Fermín. *Del descubrimiento y revelación de secretos (arts.197 a 201)*. *Op.cit.* P. 466. En este sentido apunta el autor que la valoración de la gravedad del menoscabo quedará “bajo las oscilaciones interpretativas, y de los prejuicios y concepciones subjetivas que sobre las cosas y la vida tenga cada juzgador”

⁸⁸ SAP de Madrid 372/2017 de 21 de junio [ECLI: ES:APM:2017:886].

⁸⁹ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. *Op.cit.* P. 87.

perjudicar, vilipendiar y humillar a la víctima⁹⁰. En relación a este aspecto no se aprecian discusiones doctrinales ni jurisprudenciales en tanto que si se carece de ese ánimo de vulnerar la intimidad se estaría ante un supuesto atípico. Asimismo autores como OLMO FERNÁNDEZ DELGADO aprecian la posible cabida de dolo eventual “exigiéndose la doble condición” en el sujeto de que -en primer lugar- conozca o contemple la posibilidad de que la acción lleva aparejada un peligro inmediato que producirá un resultado lesivo, y -en segundo lugar- que ejecute la acción “asumiendo la eventualidad de que el resultado se produzca”⁹¹.

En cuanto al error de tipo, una cuestión que suscita controversia es la posible existencia del mismo en el supuesto relativo al envío de imágenes íntimas por error. En estos casos habría que tener en cuenta dos situaciones diferentes. La primera sería para el caso en el que la persona que captó las imágenes con consentimiento de la víctima fue quien las difundió por error y cuestión distinta es si la fue la víctima quien envió por error las imágenes a un tercero que las difundió posteriormente. Analizando el primer supuesto, se ha expuesto que para que concurra este delito es necesaria la apreciación de dolo por parte del sujeto activo en cualquier modalidad. Por ello se entiende que este supuesto no tendría cabida en apartado 7º del artículo 197.7 CP ya que para el caso, el sujeto activo no habría realizado la acción con el ánimo de vulnerar la esfera más íntima de la víctima. Esta falta de ánimo conllevaría a la apreciación del error del tipo del art. 14 CP el cual no permite el castigo de la acción ya que no se prevé modalidad de comisión por imprudencia para el delito de “sexting”⁹².

En referencia al supuesto en el que el sujeto activo recibe las imágenes de la víctima por error de la misma y posteriormente las difunde, realiza el autor ZARAGOZA TEJADA una explicación acertada y acogida por la doctrina mayoritaria. Esgrime el autor que si se subsume este caso bajo el tipo del apartado 7º se estaría realizando una aplicación extensiva del mismo. Lo anterior es cierto en la medida de que el emisor de las imágenes o grabaciones no reuniría las condiciones que exige el art.197.7 CP, ya que no recibió el material con anuencia de la víctima y no era consciente de la falta de autorización de la misma para poder difundirlo”. Asimismo relata el autor que esta conducta no encajaría con el ánimo principal del legislador, “que no era otro que castigar al que quebrantare una relación de confianza en virtud de la cual hubiere recibido, de otras personas, imágenes o grabaciones de contenido íntimo y no,

⁹⁰ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado*. Op.cit. P. 5.

⁹¹ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo. *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos*. Op.cit. P. 212.

⁹² PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. Op.cit. P. 87.

por el contrario, a aquel que, ajeno a dicha relación de confianza, recibe, por error del transmitente, estas imágenes o grabaciones.⁹³”

III.4 Subtipos agravados:

A lo largo del presente trabajo se ha analizado la conducta básica del delito de “sexting” recogido en el primer párrafo del art.197.7 CP, pero el mismo artículo en su párrafo segundo integra tres subtipos agravados que se castigan con la pena del tipo básico en su mitad superior, dando como resultado una pena de prisión de seis a doce meses o pena de multa de nueve a doce meses. Entre esos tipos agravados se encuentran los siguientes:

III.4.1 Por razón del sujeto activo del delito:

La primera agravante que recoge este artículo se refiere a que el delito haya sido cometido por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. A ojos de la autora PÉREZ CONCHILLO, esta agravante resulta de especial relevancia en tanto que pone de manifiesto que el tipo básico se dirige a “cualquier” persona que cometa esta conducta y no al cónyuge o pareja o una situación análoga a las anteriores, siendo cualificada en este apartado la especial relación de afectividad⁹⁴. En primer lugar resulta relevante señalar que la inclusión de este subtipo agravado tuvo su fundamento en la disposición cuadragésima del Informe al anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal realizado por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ)⁹⁵. En la misma, el CGPJ pone de manifiesto que “sería recomendable establecer una agravación para el caso de que la víctima sea o haya sido cónyuge o persona que tenga o haya tenido con el autor una relación análoga; sin que en este caso pueda ser impuesta la pena de multa”. Este subtipo penal es aceptado por un sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario, ya que como se ha analizado en el presente trabajo este delito producirse entre parejas a consecuencia generalmente de una ruptura, una infidelidad, etcétera, que pueden provocar en el sujeto realizar esta acción como una posible “venganza”⁹⁶. Este aspecto es resaltado por la autora PÉREZ CONCHILLO en tanto que este subtipo encuentra su justificación en que el menoscabo a la intimidad se produce en términos especialmente gravosos como consecuencia de la traición a la expectativa de confidencialidad que se tiene en este contexto.⁹⁷

⁹³ ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado. Op.cit. P. 12.

⁹⁴ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. Intimidad y difusión de sexting no consentido. Op.cit. P. 88.

⁹⁵ Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 292 pp. Disposición cuadragésima.

⁹⁶ Por esta causa el delito de “Sexting” está relacionado con la conducta de “revenge porn”.

⁹⁷ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. Intimidad y difusión de sexting no consentido. Op.cit. P. 89.

III.4.2 Por razón del sujeto pasivo del delito:

En el segundo párrafo del art.197.7 CP se agrava la pena de la conducta típica de “sexting” cuando la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Este apartado resulta necesario en tanto que dota de mayor protección al consentimiento otorgado por las personas que se entiende que no pueden prestarlo de una manera clara y con capacidad plena. En relación a la tipificación de delitos cometidos contra estos sujetos, surge una problemática relativa al contenido del material de difusión. Como se ha observado, el delito de “sexting” lleva aparejada la difusión –comúnmente- de imágenes o grabaciones de contenido o índole sexual o erótica. La problemática radica en el supuesto de que los menores sean sujetos pasivos de la conducta del apartado 7 del art.197 si el contenido del material es de carácter sexual. Para estos casos y si se cumplen los requisitos especificados en el art. 189.1 CP⁹⁸, podríamos a su vez encontrarnos ante un delito de elaboración de pornografía infantil en el cual es irrelevante la anuencia del menor partícipe, o incluso encontrarnos bajo el manto del art. 183 ter párrafo segundo del CP mediante el cual se castiga el llamado “embaucamiento” con menores de 16 años. De concurrir el delito de “sexting” con el delito de elaboración de pornografía infantil, nos encontraríamos ante un posible concurso aparente de normas. Aquí resultaría de aplicación preferente el art.189.1 CP por la vía del principio de especialidad –desplazando así el delito de “sexting” sobre menores-. Cabe mencionar en este punto que si las imágenes se tratan de una afeción al núcleo duro de la intimidad en relación a otros ámbitos que no fueran el sexual sí podría calificarse la conducta conforme al art. 197.7 CP. Con todo ello, parece todavía más necesaria la creación en su momento de esta agravante que la de “que el delito haya sido cometido por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” en la medida que la práctica de la conducta de “sexting” tiende a realizarse en mayor medida entre menores. Hay estudios que han comprobado que “el 19% de menores españoles, de entre 11 y 12 años dicen haber recibido mensajes de contenido sexual a través de la red, porcentaje que aumenta al 34%, en la franja de 13 y 14 años, y se dispara hasta el 42% entre los

⁹⁸ Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años “el que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ella o “El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”. Estableciendo a su vez una pena mayor cuando se utilice a menores de dieciséis años. En el sentido de la posible aplicación de este precepto: MENDO ESTRELLA, Álvaro. *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adulto*. Op.cit. P. 5.

jóvenes de 15 y 16 años”⁹⁹. Realiza aquí un buen apunte la autora PÉREZ CONCHILLO exponiendo la posibilidad de que para estos casos se establezca una “cláusula de exoneración de responsabilidad penal” aplicándolo solamente para dar validez al consentimiento de dos menores de 16 años cuando exista entre ambos una semejanza de edad, evitando así criminalizar las relaciones sexuales entre jóvenes”¹⁰⁰. Finalmente se podría contemplar la necesidad de que el legislador tratara de dar una solución válida a este último supuesto, para evitar la posible penalización de menores de edad que pueden llegar a incurrir incluso en un delito de pornografía infantil. La inserción de este supuesto -bajo mi punto de vista- sería un acierto por parte del legislador en tanto que el consentimiento válido para mantener relaciones sexuales se fija en los 16 años de edad. Si consentir la práctica de relaciones sexuales tiene validez a partir de dicha edad, ¿por qué no establecer el mismo límite para apreciar un consentimiento válido entre menores a la hora de realizar una posible conducta de “sexting”? Ambas se tratan de situaciones en las que se debe tener una cierta capacidad volitiva para consentir, con lo cual los menores de 16 años quedarían exentos de responsabilidad penal en ambos casos. A colación de esta posibilidad, se haría necesaria a su vez la inclusión de la cláusula de exoneración de responsabilidad penal sobre la que se ha hablado al principio del epígrafe-.

III.4.3 Finalidad lucrativa.

En este subtipo se tipifica la conducta de “sexting” que se lleve a cabo por una finalidad lucrativa. Aquí no existe discusión doctrinal ni jurisprudencial entendiéndose que en esta conducta se castiga al sujeto que actúe guiado por un móvil económico. Este tipo penal podría conllevar un mayor reproche atendiendo ánimo del autor, el cual solamente lleva a cabo la conducta con la única finalidad de conseguir un incentivo económico. La conducta de “sexting” llevada a cabo por fines lucrativos cuenta con un mayor desvalor, teniendo el autor material más vías para conseguir medios económicos que difundir imágenes o grabaciones de una víctima.

Resulta relevante para finalizar analizar la conducta o práctica llamada “sextorsión”. Este precepto tiene su origen en la combinación del anglicismo “sex” (sexo) y la palabra extorsión. La conducta típica sería la de “chantajear” a una persona con compartir o difundir una imagen o grabación de carácter sexual o erótico que la víctima haya podido compartir con el sujeto activo a través de las TIC si no realiza la acción que el autor de la amenaza le exija –siendo innumerables las acciones que el autor de la conducta de “sextorsión” pueda solicitar, siendo la mayoría de carácter

⁹⁹ ‘Sexting’. Antes de darle a ‘enviar’, ¡piénsatelo! [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/sociedad/2019/03/08/sexting-antes-de-darle-a-enviar-piensatelo-1301668.html#>

¹⁰⁰ PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidad y difusión de sexting no consentido*. Op.cit. P. 92.

sexual o económico-. Asimismo, para penar del delito de “sextorsión” existe unanimidad jurisprudencial y doctrinal que coincide en sancionar esta conducta de “chantaje” por medio del art. 172 CP relativo al delito de coacciones -en vez de recurrir al art.197.7 CP- en tanto que para ese caso de extorsión todavía no se ha realizado al difusión, cesión o revelación de imágenes a terceros. Finalmente –y como ocurre en el concurso de delitos del apartado sobre la agravante de menores y personas de especial protección- será cuando tras la extorsión se haya difundido el material a terceros cuando nos encontraremos ante un concurso real entre un delito de coacciones previsto en el art. 172.1 CP y un delito de “sexting”.

IV. CONCLUSIONES

I. A lo largo de la historia las nuevas tecnologías han ido avanzando, y en consecuencia ha aumentado la posibilidad de interferir en las esferas más privadas de la vida de una persona.

II. Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, resulta complejo acotar la “ratio” de protección de los DD.FF, pero lo que sí se asegura es la protección del llamado núcleo duro de la intimidad. Este núcleo recoge vertientes tales como la orientación sexual, creencias religiosas, la salud, la familia y la sexualidad de cada sujeto.

III. En relación a la llamada “intimidad sexual” surgen -como consecuencia del aumento de las TIC- nuevas situaciones a las que a ojos de la sociedad es necesario dar una respuesta por la vía penal. En este punto se encuentra el supuesto de envío de imágenes o grabaciones audiovisuales –generalmente de contenido erótico o sexual- a un tercero de confianza por medios de comunicación tales como WhatsApp, Twitter, Telegram, etcétera, con la posterior posibilidad de difusión por parte del receptor a terceras personas, menoscabando así gravemente la intimidad de la víctima.

IV. La reforma LO 1/2015 dio lugar al art.197.7 CP mediante el cual se castigan las conductas de la difusión a terceros por parte de un sujeto de material audiovisual e imágenes obtenidas de la víctima con su consentimiento. Aquí se pretende dar una respuesta penal a la intromisión en la intimidad, que es el bien jurídico protegido por este delito. Si bien es cierto que el delito de “sexting” protege en su totalidad el “núcleo duro de la intimidad”, estos casos suelen llevar aparejados imágenes o grabaciones de índole sexual o erótica -basta con atender al nombre del delito-, lo cual supondría un grave menoscabo para la víctima por ser la “intimidad sexual” una esfera necesitada de especial protección.

V. A lo largo del análisis del delito, en relación a los elementos objetivos del tipo existe acuerdo en que el sujeto para el tipo básico puede ser “cualquiera” que realice esa difusión de las imágenes obtenidas con anuencia de la víctima. Pero surge el debate de si se debería castigar a los sujetos que participen en una posterior “redifusión” del material, resultando este supuesto ineludible en varias ocasiones debido a las numerosas personas que pueden recibir y reenviar este contenido a las cuales sería de extrema dificultad identificar. Así mismo, en relación al objeto material del delito también surgen diversas discusiones en torno a si la difusión solamente de material auditivo debería ser considerada como material tipificable. Tras diversas discusiones doctrinales, se ha entendido como la mejor opción no subsumir este material en el precepto, en tanto que se estaría realizando una aplicación extensiva del delito de

“sexting” y no podría tener la misma consideración de vulneración a la intimidad una imagen o grabación audiovisual que un audio en el que podría no llegar a ser clara la identidad de la persona que en él participa.

VI. Tras analizar los elementos normativos del tipo, resulta clara la necesidad de consentimiento por parte de la víctima en la realización del material audiovisual así como su posterior negativa a la hora de la difusión de aquél y el grave menoscabo que se ha de producir. En esta línea y en primer lugar, el consentimiento otorgado por la víctima no suscita problemas salvo en casos puntuales como el citado en el presente trabajo, casos en los cuales deberá ser el juzgador el encargado de valorar las circunstancias –así como la obtención del consentimiento- en las que se produzca la situación en su conjunto. Seguidamente y encadenando con el requisito de una posterior difusión sin consentimiento de la víctima, se encuentra este elemento también en un punto doctrinal y jurisprudencial casi unánime en tanto que es necesaria la negativa absoluta de la víctima para la difusión, pero cierto sector doctrinal propone una agravante en relación a la manera en la que el sujeto activo difunda las imágenes. Esto es así ya que cuanto mayor sea la difusión, mayor será el menoscabo que se le cause a la víctima, con lo cual sería menester que si el sujeto utiliza unos cauces de difusión mayores para provocar más daño, se castigue esta actitud en relación al desvalor de la acción cometida. Y por último, en relación a la necesidad de un grave menoscabo en la víctima se habrán de valorar numerosos factores. Como bien es sabido, el daño que la difusión de este material cause en cada individuo no es del mismo calibre, en tanto que la difusión puede causar distinto menoscabo en un sujeto que en otro. Así con todo, la problemática de este requisito reside en valorar cuan de grave es el menoscabo para cada causa. La única solución de este requisito será la valoración de cada juzgador para cada caso concreto, atendiendo a diversos factores tales como el espacio, el tipo de material grabado y también el grado de difusión del mismo, pero en lo que se coincide doctrinal y jurisprudencialmente es en que la afección deberá producirse sobre el “núcleo duro de la intimidad”.

VII. Surge también una cierta problemática en cuanto a la posible concurrencia de un error del tipo a la hora de que la víctima difunda las imágenes a un tercero por equivocación y que éste posteriormente las difunda. Es entendible que para estos casos no se tipifique la mencionada conducta, en tanto que se estaría desvalorizando la intención principal de la creación de este delito consistente en castigar la vulneración de la relación de confianza entre sujeto activo y pasivo, y no castigar a un tercero ajeno que ha recibido el material por error y que no es consciente de si podría tener o no el permiso para difundirlo.

VIII. Reparando en los subtipos agravados, En primer lugar resulta compartible agravar la conducta si se realiza por la pareja, cónyuge o persona en situación análoga a las anteriores debido a la gran vulneración que sufre la confianza depositada por la víctima en el sujeto activo en el momento de captación u obtención del material. Ahora bien, la problemática surge en torno a la figura de la expareja o ex cónyuge, casos que suelen ser los más numerosos entre adultos debidos generalmente a la ruptura de la relación. Por ello una parte de la doctrina muestra la necesidad de incluirlos en el tipo penal, ya que la relación puede ser equiparable por la confianza depositada en el momento de realización de las imágenes o grabaciones audiovisuales.

IX. Mención especial requiere las agravantes cuando la conducta se lleve a cabo hacia menores y personas necesitadas de especial protección. Esto es así debido a la vulnerabilidad de estos grupos por lo cual el consentimiento prestado por los mismos no sería equiparable al consentimiento que haya podido prestar un adulto consciente de lo que podría derivar de permitir una grabación o fotografía en un ámbito íntimo. Como se ha expuesto, la mayoría de casos de “sexting” se producen en la franja de edad que comprende la adolescencia, y aquí no es la intimidad la única esfera afectada, sino también el posterior desarrollo de los menores, ya que esta práctica puede dejar secuelas de muy graves que los acompañarán a lo largo de su vida. Por esto es relevante la especial consideración de los menores a efectos de un delito que puede perjudicarlos gravemente. En relación a la edad, veo conveniente la creación de la “cláusula de exoneración penal” comentada en el presente trabajo cuando entre dos menores de 16 años exista una semejanza de edad, evitando así criminalizar las relaciones sexuales entre jóvenes y a su vez acotando la responsabilidad penal a partir de personas mayores de 16 años. Esto podría ser una opción teniendo en cuenta que el consentimiento válido para mantener relaciones sexuales estriba en los 16 años.

X. En cuanto a la comisión del delito por una finalidad lucrativa, se entiende aquí castigada la realización de la conducta por la obtención de generalmente recompensas económicas debido al gran desvalor que conlleva esta práctica. Esto es así en tanto que se vulnera la confianza depositada por la víctima en el sujeto activo así como su intimidad solamente por la obtención o el cumplimiento de alguna imposición del sujeto delictivo.

XI. Finalmente con la práctica de sexting se muestra de manera voluntaria la propia intimidad a otro sujeto que se considera digno de confianza de la víctima, pero a su vez se crea una situación de riesgo. Con todo esto, se plantea la duda de si el Derecho Penal debería proteger la práctica de esta conducta. Bajo mi punto de vista se hace necesario que esta práctica lleve aparejada consecuencias penales, debido a que se vulnera la intimidad de la víctima a niveles que son merecedores de ser castigados con

más que una rectificación pública o el intento de eliminación de las imágenes que generalmente resulta imposible. La comisión de este delito es un grave ataque a la esfera de la intimidad personal, con lo cual la intervención penal en este caso se encuentra justificada. La voluntad de una persona de compartir su esfera más íntima con otra, no otorga la facultad de poder difundir o revelar lo compartido por la víctima. Finalmente, aunque la víctima acepte una injerencia en su esfera más íntima por parte de otro sujeto no puede entenderse esa intromisión como una renuncia de su intimidad frente a los demás, ya que existe una gran seguridad depositada por parte del sujeto pasivo en el sujeto activo, sin llegar a imaginarse la víctima que la situación de difundir un material de esa índole pudiera llegar a producirse.

V. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 231/1988 de 2 de diciembre. ECLI:ES:TC:1988:231.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 197/1991 de 17 de octubre. ECLI:ES:TC:1991:197.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 117/1994 de 25 de abril. ECLI:ES:TC:1994:117.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 180/1999 de 11 de octubre. ECLI:ES:TC:1999:180.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 112/2000 de 5 de mayo. ECLI:ES:TC:2005:112.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 119/2001 de 24 de mayo. ECLI:ES:TC:2001:119.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 156/2001 de 2 de julio. ECLI:ES:TC:2001:156.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 52/2002 de 25 de febrero. ECLI:ES:TC:2002:52.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 83/2002 de 22 de abril. ECLI:ES:TC:2002:83.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 99/2002 de 6 de mayo. ECLI:ES:TC:2002:99.

España- Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 185/2002 de 14 de octubre. ECLI:ES:TC:2002:185.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 85/2003 de 8 de mayo. ECLI:ES:TC:2003:85.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 127/2003 de 30 de junio. ECLI:ES:TC:2003:127

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 158/2009 de 25 de junio. ECLI:ES:TC:2009:158.

España. Tribunal Constitucional. (Sala Primera). Sentencia núm. 241/2012 de 17 de diciembre. ECLI:ES:TC:2012:241.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 176/2013 de 21 de octubre. ECLI:ES:TC:2013:176.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 208/2013 de 16 de diciembre. ECLI:ES:TC:2013:208.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 216/2013 de 19 de diciembre. ECLI:ES:TC:2013:216.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 19/2014 de 10 de febrero. ECLI:ES:TC:2014:19.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 65/2015 de 13 de abril. ECLI:ES:TC:2015:65.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 58/2018 de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2018:58.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 133/2018 de 13 de diciembre. ECLI:ES:TC:2018:133.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 25/2019 de 25 de febrero. ECLI:ES:TC:2019:25.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 159/2019 de 12 de diciembre. ECLI:ES:TC:2019:159.

TRIBUNAL SUPREMO

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 673/2004 de 13 de julio. ECLI:ES:TS:2004:5103.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 131/2006 de 27 de abril. ECLI:ES:TC:2006:769.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 378/2011 de 6 de junio. ECLI:ES:TS:2011:5518.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 26/2014 de 31 de enero. ECLI:ES:TS:2014:137.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 482/2015 de 22 de septiembre. ECLI:ES:TS:2015:3886.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 471/2016 de 12 de julio. ECLI:ES:TS:2016:3445.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 476/2018 de 20 de julio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2748.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 397/2019 de 5 de julio. ECLI:ES:TS:2019:2255.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 481/2019 de 20 de septiembre. ECLI:ES:TS:2019:2833.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 491/2019 de 24 de septiembre. ECLI:ES:TS:2019:2948.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 641/2019 de 18 de diciembre. ECLI:ES:TS:2019:4201.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 691/2019 de 18 de diciembre. ECLI:ES:TS:2019:4201.

AUDIENCIA PROVINCIAL

España. Audiencia Provincial de Granada. Sentencia núm. 351/2014 de 5 de junio. ECLI:ES:APGR:2014:1051.

España. Audiencia Provincial de Granada. Sentencia núm. 486/2014 de 18 de septiembre. ECLI:ES:APGR:2014:1396.

España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 488/2016 de 25 de noviembre. ECLI: ES:APV:2016:3725.

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 302/2017 de 24 de noviembre. ECLI: ES:APB:2017:3725.

España. Audiencia Provincial de Burgos. Sentencia núm. 228/2018 de 15 de junio. ES:APBU:2018:473.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 515/2018 de 19 de julio. ECLI: ES:APM:2018:8199.

JUZGADOS DE LO PENAL

España. Juzgado de lo Penal de Teruel. Sentencia núm. 98/2016 de 16 de junio. ECLI:ES:JP:2016:40.

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

España. Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo) de 15 de marzo de 2013. ECLI: ES:JPII:2013:17A.

VI. APÉNDICE NORMATIVO

NORMATIVA INTERNACIONAL

París. Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A).

NORMATIVA EUROPEA

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). *Diario oficial de la Unión Europea*, 31 de julio de 2002, núm. 201, páginas 37 a 47 (10 pp.).

NORMATIVA NACIONAL

España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

España. Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, páginas 29313 a 29424.

España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982, núm. 115, páginas 12546 a 12548.

España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015, núm. 77, páginas 27061 a 27176.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Editorial Dykinson S.L, 2016, 1120 pp. ISBN: 978-84-1324-157-9.

CASTILLA BAREA, Margarita. *Las intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, 557 pp. ISBN: 978-84-9903-764-6.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. España. Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. Fecha: 21/09/2017. Referencia: FIS-C-2017-00003.

GRIMALT SEVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Primera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2007, 340 pp. ISBN: 978-84-96717-30-5.

GONZÁLEZ SAN JUAN, José Luis. “Jurisprudencia española sobre la protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet”. En: *Ibersid, Revista de sistemas de información y documentación*. 2015, núm. 9, pp. 83-88. ISSN 1888-0967.

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”. En: “Actualidad Jurídica Aranzadi”. Editorial Aranzadi: 2016, no. 917, 6 p. ISSN 1132-0257.

LORENTE LOPEZ, M^a Cristina. *Los Derechos al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen del Menor*. Primera Edición. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi: 2015, 267 pp. ISBN: 978-84-9098-333-1.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”. En: *Revista Derecom*. 2013, núm. 12, 16 pp. ISSN-e 1988-2629.

MENDO ESTRELLA, Álvaro. “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos.” En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2016, núm. 18-16, pp. 1-27. ISSN 1695-0194.

MORALES PRATS, Fermín. “Del descubrimiento y revelación de secretos (arts.197 a 201)”. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Décima edición. Navarra: Thomsom Reuters Aranzadi, 2016, 2325 pp. ISBN: 978-84-9098-536-6.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*. 21ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, 923 pp. ISBN:978-84-9169-367-3.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo. “El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el “caso Olvido Hormigos”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. 2014, núm. 35, pp. 183-220. ISSN 1575-4022.

PÉREZ CONCHILLO, Eloísa. *Intimidación y difusión de sexting no consentido*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2018, 113 pp. ISBN: 978-84-9190-114-3.

PÉREZ DÍAZ, Raquel. “El fenómeno sexting entre menores”. En: *Diario LA LEY*. 2017, núm. 9039, pp. 113-120. ISSN 1989-6913.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. “*El derecho fundamental a la intimidad.*” Segunda Edición. Madrid: Editorial Dykinson, S.L, 2005, pp. 466. ISBN: 84-9772-698-7.

ROMEO CASABONA, Carlos a María. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En, ROMEO CASABONA, Carlos María, SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.). *Derecho penal parte especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*. Granada: Editorial Comares, 2016, 893 pp. ISBN: 978-84-9045-396-4.

RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles. *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal*. Barcelona: Editorial Atelier, 2018, 248 pp. ISBN: 978-84-16652-94-5.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian: “Sobre la difusión no consentida de las prácticas de "sexting" y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código penal)”. En: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2019, núm. 51, pp. 65-106. ISSN 1696-0351.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. “Intimidación y difusión de imágenes sin consentimiento”. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y ORTS BERENGUER, Enrique (dirs.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta*

aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, 2045 pp. ISBN: 978-84-9876-548-9.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal. Actualizado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015.* Madrid: Editorial Sepín, 2016, 197 pp. ISBN: 978-84-16521-60-9.

ZALDÍVAR ROBLES, Javier. “La protección penal del derecho a la intimidad (19/2016)”. En: *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico.* 2016, núm. 19, pp. 162-168. ISSN 1888-3443.

ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio. “El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado”. En: *Revista Aranzadi Doctrinal.* 2019, núm. 2, pp. 183-220. ISSN 1889-4380.

WEBGRAFÍA

“*Así se cambió el Código Penal por el video sexual de Olvido Hormigos*”. Editorial El Mundo S.L. [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/madrid/2019/05/30/5cee6365fc6c83ae2a8b45a6.html>.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.^a edición). [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en <https://dle.rae.es/intimidad>.

“*La Fiscalía investiga el suicidio de una empleada de Iveco tras la difusión de un vídeo sexual*”. Ediciones El País S.L [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/05/29/actualidad/1559112195_230127.html

“*La investigación sobre el vídeo del ex entrenador del Málaga abarcará 700 personas.*” Joly Digital - Diario Málaga hoy. [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: https://www.malagahoy.es/malaga/Investigacion-entrenador-Malaga_0_1428157475.html

“*2014, el año del sexting*”. CNN Español. 2020. [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: <https://cnnspanol.cnn.com/2014/12/23/2014-el-ano-en-que-el-sexting-tomo-a-las-apps/>.

‘*Sexting*’. *Antes de darle a ‘enviar’, ¡piénsatelo!* [Consulta: 28 de enero de 2020]. Disponible en: <https://www.heraldo.es/noticias/sociedad/2019/03/08/sexting-antes-de-darle-a-enviar-piensatelo-1301668.html#>

