



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**DELITO DE *SEXTING* SECUNDARIO: DE
SU INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

Carmen Julia González-Casanova Ávila

5º E5

Derecho Penal

Tutor: Prof. Dr. D. Javier Gómez Lanz

Madrid

Marzo, 2019

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
1. INTRODUCCIÓN	6
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE <i>SEXTING</i>	8
3. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS ILÍCITOS RELACIONADOS CON LA PRÁCTICA DEL <i>SEXTING</i> SECUNDARIO ANTES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO	11
3.1 El caso de Olvido Hormigos	11
3.2 Reconducción a figuras afines	12
<i>3.2.1 Delito de injurias</i>	<i>12</i>
<i>3.2.2 Delito de calumnias</i>	<i>14</i>
<i>3.2.3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo</i>	<i>14</i>
<i>3.2.4 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre</i>	<i>16</i>
<i>3.2.5 Ley 34/2002, de 11 de julio</i>	<i>17</i>
3.3 Reforma del Código Penal de 2015: posiciones a favor y en contra de la inclusión del nuevo tipo penal	18
4. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 197.7	21
4.1 Bien jurídico protegido	23
4.2 Conducta típica	29
<i>4.2.1 El que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros</i>	<i>29</i>
<i>4.2.2 Imágenes o grabaciones audiovisuales de la persona afectada</i>	<i>31</i>
<i>4.2.3 Obtenido con su anuencia</i>	<i>33</i>

4.2.4 <i>En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros</i>	34
4.2.5 <i>Cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona</i>	36
4.3 Sujeto pasivo.....	37
4.4 Sujeto activo	37
4.5 Tipos agravados.....	40
4.6 Elemento subjetivo	42
4.7 Causas de justificación.....	43
4.8 Culpabilidad.....	44
4.9 Pena	45
4.10 Concurso	46
5. CONCLUSIÓN.....	48
BIBLIOGRAFÍA	54

RESUMEN

El objeto del presente trabajo de investigación es analizar la introducción y regulación del comúnmente conocido como delito de *sexting* en el ordenamiento jurídico español. La inclusión del nuevo tipo delictivo -que se encuadra en el apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal- fue motivada por la reforma de la legislación penal del año 2015. El apartado séptimo del citado artículo regula otras conductas distintas al *sexting* que también lesionan el bien jurídico de la intimidad. No obstante, a los efectos del presente trabajo de investigación, solo se analizará la conducta consistente en el *revenge porn*, así como también, los debates doctrinales y jurisprudenciales que se han suscitado a raíz de la inclusión *ex novo* de este tipo delictivo.

En primer lugar, se efectuará una introducción a los peligros y riesgos que las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) entrañan; también, se analizará brevemente cómo los cambios en la sexualidad y en los comportamientos sociales se ven sugestionados e influidos por el nuevo paradigma tecnológico. A continuación, se delimitará la práctica de *sexting* para, posteriormente, estudiar su introducción y regulación en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: *sexting*, *revenge porn*, Código Penal, bien jurídico intimidad, Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), sexualidad, comportamientos sociales.

ABSTRACT

The aim of this paper is to address and analyze the revision of the Spanish Criminal Code and, in particular, the inclusion of article 197 subparagraph 7. The introduction of the criminal offence of sexting took place within a more general framework of reforms that revisited and reshaped the Spanish Criminal Code in 2015. Article 197.7 includes many other wrongdoings that have no relation whatsoever to the offence consisting in sending away the sexual images and videos that one has obtained from the main character portrayed in those exact pictures and videos. All the criminal behaviors contained in the cited article infringe the right to privacy. Nevertheless, throughout this research paper the offence consisting in sending away those sexual images and videos will be analyzed. Furthermore, it will also look at the jurisprudential and doctrinal opinion towards the inclusion of this new felony.

In first place, this research paper begins by giving a brief introduction into the dangers and risks that the Information and Communication Technologies (ICTs) pose. Moreover, the introduction will include a concise overview of the changes in sexuality. The paper also looks at the way in which the technological paradigm shift has shaped social interaction and communication. Hereafter, the paper will look at the offence of sexting and its regulation in the Spanish Criminal Code.

Key words: Spanish Criminal Code, sexting, right to privacy, Information and Communication Technologies (ICTs), sexuality, social interaction.

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la Internet en los hogares en la última década del siglo XX¹ y el consecuente desarrollo vertiginoso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) han supuesto la gestación y florecimiento de un nuevo paradigma que redefine las dinámicas de interacción, socialización y comunicación de los individuos. Las ventajas que resultan de esta revolución tecnológica son palpables, si bien los riesgos que entrañan son también notables.

El fenómeno de las nuevas tecnologías amenaza la protección efectiva de derechos constitucionales fundamentales tales como el derecho a la intimidad y el derecho al honor. Asimismo, el blindaje que se ha articulado desde la organización política y judicial del Estado resulta, en ocasiones, insuficiente e inadecuado frente a las nuevas conductas y hábitos de riesgo que adoptan los propios cibernautas². La presencia en la red de contenido de marcado carácter sexual resulta cotidiana³. La gratuidad en términos económicos de estos nuevos servicios se traduce en altos costes: “estamos pagando con otra moneda que no conoce divisa: nuestros propios datos”⁴.

A efectos de una mejor y más efectiva protección frente a los riesgos y amenazas que entrañan Internet y las nuevas tecnologías, resulta fundamental precisar las nuevas dimensiones en juego del bien jurídico de la intimidad. Solo a través de una descripción legal vaga e imprecisa de los derechos fundamentales -en el caso en cuestión, la intimidad-, se puede llevar a cabo tal labor de actualización y adaptación. La Constitución Española del año 1978 enuncia el derecho a la intimidad de manera vaga e imprecisa, lo que permite adaptar este bien jurídico a las nuevas realidades sociales y debates

¹ SALGADO SEGUIN, V., “Nuestros derechos, en riesgo: Intimidad, privacidad y honor en internet”, *Telos*, n. 86, 2010, p. 67.

² SALGADO SEGUIN, V., *Nuestros derechos...*, op. cit., p. 70.

³ AGUSTINA, J. R., & GÓMEZ-DURÁN, E. L., “Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 22, 2016, p. 34.

⁴ SALGADO SEGUIN, V., *Nuestros derechos...*, op. cit., p. 67.

ideológicos⁵ sin necesidad de reformas constitucionales y legales. A lo largo del presente trabajo de investigación se pretende articular una nueva y actualizada aproximación y delimitación del bien jurídico en cuestión acorde con los nuevos riesgos y prácticas asociados a la Era de la Información. La consolidación de la Sociedad de la Información y el Conocimiento (SIC) ha favorecido la desaparición de las fronteras espaciales y temporales que servían como instrumento de protección en favor de este bien jurídico. El “Derecho al olvido” no necesitaba ser invocado en un contexto social en que la ciudadanía no era capaz de almacenar en su memoria toda una línea de comprometedores acontecimientos acaecidos a un determinado individuo. El transcurso del tiempo se encargaba de borrar el recuerdo de la mente de los conciudadanos.

Además, las fronteras espaciales también actuaban como barreras de contención, dificultando que la información relativa a un determinado individuo fuera conocida en “otras latitudes”⁶. La progresiva desaparición de las fronteras espaciotemporales actúa en contra de la vida y el espacio privado, el cual “deviene cada vez más transparente”⁷ en una sociedad donde incesantemente es mayor el afán y la codicia del ser humano por el conocimiento y la información. Consecuentemente, la información adquiere cada vez mayor valor⁸, iniciándose en este punto una pugna entre la libertad de expresión e información y el derecho a la dignidad e intimidad.

Todo cambio en la configuración de la sociedad y de la manera de interactuar y sociabilizar exige una resolución o respuesta por parte del Estado. La solución que se ha ido articulando con el fin de garantizar la salvaguarda del espacio y vida privada del individuo supuso la introducción de nuevos tipos penales con la reforma del Código Penal Español de 2015. A los efectos del presente trabajo, se ha seleccionado como objeto de estudio la respuesta que el

⁵ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013, p. 42.

⁶ ARELLANO TOLEDO, W., & OCHOA VILICAÑA, A. M., “Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información y en el entorno TIC”, *Revista IUS*, n. 31, 2013, p. 195.

⁷ ROVALETTI, M. L., “Derechos Humanos, Sociedad de la Información y Sociedad de Riesgo”, *Acta Bioética*, vol. 16, n. 2, 2010, p.175.

⁸ VOLPATO, S., “El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información”, *Depósito de Investigación Universidad de Sevilla*, 2016, p. 104 (disponible en <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/52298>; última consulta 08/02/2019).

legislador español ha articulado con el objetivo de penalizar conductas lesivas de derechos asociadas a la práctica del *sexting*.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE *SEXTING*

A nivel internacional, la creciente atención mediática que está recibiendo esta práctica puede remontarse a principios del siglo XXI cuando en los Estados Unidos de América, varios estudiantes menores de edad cometieron suicidio a raíz de que se publicaran y difundieran fotos comprometedoras de los mismos. Uno de los casos que recibió más atención por parte de los medios fue el suicidio en Cincinnati de la joven Jesse Logan. Jesse compartió con su entonces pareja fotos en ropa interior; al poner fin a su relación, su expareja difundió las fotos al resto de estudiantes. Las fotos estaban al alcance de todos, las burlas y comentarios se hicieron insoportables para la joven que encontró en el suicidio la solución a su situación⁹.

Estos sucesos supusieron el punto de partida de numerosos trabajos de investigación que pretendían delimitar el alcance y extensión de esta práctica, hasta entonces poco conocida por los círculos de académicos e investigadores. A pesar de que no se ha alcanzado conformidad y acuerdo en relación a la definición y factores de riesgo determinantes del *sexting*, su origen es claro.

No obstante, antes de ahondar en el origen de la práctica, así como también en la definición de esta, cabe plantear una breve aproximación etimológica al término *sexting*. El origen etimológico de este concepto se encuentra en la suma de dos vocablos de procedencia anglosajona: *sex* (sexo) y *text* (comunicación a través de mensajes de texto). Por tanto, a grandes rasgos, el *sexting* consiste en el envío de mensajes que incorporan contenido de marcado carácter sexual, ya sea en forma de vídeo o imágenes.

⁹ MERCADO CONTRERAS, C., & PEDROZA CABRERA, F., & MARTÍNEZ MARTÍNEZ, K., “Sexting: your definition, risk factors and consequences”, *Revista Sobre La Infancia y La Adolescencia*, vol. 0, n. 10, 2016, p. 4.

De acuerdo con un estudio efectuado por AGUSTINA Y GÓMEZ DURÁN¹⁰, el origen de la práctica conocida como *sexting* se encuentra en la revolución sexual que ha acompañado a la revolución tecnológica ya mencionada. En un contexto de hipersexualidad, marcado por el anhelo y deseo de explorar la sexualidad, los cibernautas, desinhibidos por las propias características coyunturales de la red, adoptan conductas de riesgo que no ejecutarían en el escenario de las relaciones y contactos cotidianos *face-to-face*. Por tanto, el *sexting* puede quedar enmarcado como una conducta de riesgo que *a priori*, no constituye ningún ilícito penal:

La práctica de *sexting* sitúa al *sexter* en una posición de riesgo en la medida en que el receptor tiene la posibilidad de utilizar el mensaje o la imagen enviada para amenazarle o causarle un daño, de forma inesperada¹¹.

Los problemas jurídicos surgen cuando la persona que recibe dichos mensajes privados decide a su vez compartirlos con terceras personas sin el consentimiento del primer emisor, protagonista¹².

A nivel jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 5 de junio de 2014 ha definido el *sexting* como la práctica consistente en:

El envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre¹³.

La conducta recién expuesta es constitutiva de lo que se conoce entre los investigadores y académicos como *sexting* primario. Se trata de una conducta lícita que no constituye infracción legal y que, en principio, no merece especial atención por parte del legislador. No obstante, desde el momento en que el contenido que se recibe se renvía sin el consentimiento o aprobación del primer emisor (*sexting* secundario), el asunto adquiere un matiz radicalmente diferente

¹⁰ AGUSTINA, J. R., & GÓMEZ-DURÁN, E. L., *Factores de riesgo...*, op. cit., p. 32- 58.

¹¹ AGUSTINA, J. R., & GÓMEZ-DURÁN, E. L., *Factores de riesgo...*, op. cit., p. 43.

¹² MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Derecom*, n. 12, 2014, p. 1.

¹³ MENDO ESTRELLA, Á., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, n. 18-16, 2016, p. 4.

al situarse en los márgenes del nuevo tipo penal del apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal Español, artículo que se analizará más adelante¹⁴.

El fenómeno mediático del *sexting* se ha asociado incorrectamente con una práctica frecuente que afecta principalmente a los adolescentes, no obstante, esta práctica también se efectúa con bastante asiduidad entre adultos. Cabe mencionar en este punto, casos notorios de *sexting* secundario entre figuras públicas: Anthony Weiner¹⁵, a nivel internacional, y Olvido Hormigos, a nivel nacional. El encuadramiento del *sexting* secundario como una conducta característica de los menores entraña por sí sola grandes riesgos pues nos podría situar ante otros tipos penales de especial gravedad, como es el caso de la pornografía infantil.

De acuerdo a MARTÍNEZ OTERO¹⁶, “cuatro son las peculiaridades que confieren al *sexting* unos perfiles específicos” que permiten diferenciar estas conductas de otros tipos penales: la voluntariedad, el carácter sexual del mensaje, la naturaleza privada de la comunicación o envío y el empleo de las nuevas tecnologías que permiten la obtención y envío de material a través de la red. Por tanto, se trata de material “casero” que una persona envía voluntariamente a otra; no se trata de contenido pornográfico profesional ni tampoco de contenido obtenido por medio de la intimidación, coacción o error. Cabe en este punto puntualizar que la información recién enunciada constituye una primera aproximación y delimitación sociológica y no jurídica de la práctica de *sexting* secundario. Para que esta conducta colme las exigencias del tipo penal tendrá que reunir otros requisitos que se enunciarán en apartados posteriores.

¹⁴ MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 4.

¹⁵ ALBURY, K., CRAWFORD, K., BYRON, P., & MATHEWS, B., “Young people and sexting in Australia: Ethics, representation and the law” *ARC Centre of Excellence in Creative Industries and Innovation at the University of New South Wales*, 2013, p. 3 (disponible en https://eprints.qut.edu.au/109550/1/Young_People_And_Sexting_Final.pdf, última consulta 11/02/2019).

¹⁶ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 2.

3. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS ILÍCITOS RELACIONADOS CON LA PRÁCTICA DEL *SEXTING* SECUNDARIO ANTES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

3.1 El caso de Olvido Hormigos

La introducción en el Código Penal de España del apartado séptimo del artículo 197 surge a raíz del mediático caso de Olvido Hormigos.

En 2012, la entonces concejala del toledano municipio de Los Yébenes compartió con su pareja, el futbolista Carlos Sánchez, un vídeo en el que aparecía la misma semidesnuda masturbándose. Poco tiempo después, cuando la pareja puso fin a su relación sentimental, el futbolista difundió el vídeo que Hormigos había compartido con él, sin contar para ello con su consentimiento ni aprobación. Se trata pues de un claro ejemplo de *revenge porn*.

Una vez se realizaron y practicaron las diligencias pertinentes con el objeto de concretar el relato de los hechos y la determinación de los autores, el Juzgado de Instrucción N°1 de Orgaz (Toledo), mediante auto de 15 de marzo de 2013, acordó sobreseer las actuaciones al entender que los acontecimientos no podían subsumirse en el supuesto de hecho de ninguno de los tipos penales reconocidos en la versión vigente, a fecha de los sucesos, del Código Penal. “Más allá de un mero reproche ético y social”¹⁷ no podría hablarse de infracción penal puesto que el vídeo que posteriormente es reenviado, conducta que se intenta reprochar, se obtiene directa y legalmente de la propia protagonista.

El caso en cuestión suscitó gran revuelo social y doctrinal. Arguye HERAS VIVES, opinión a la que me sumo, que los ciudadanos no alcanzaban a entender cómo el Derecho Penal podía negar protección a las víctimas del, cada vez más frecuente, *revenge porn* por el mero hecho de haber prestado un primer consentimiento al enviar lícita y voluntariamente ese contenido¹⁸. No se

¹⁷ Auto de 15 de marzo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°1 de Orgaz.

¹⁸ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 562.

comprendía cómo el legislador no podía ver con claridad como había que diferenciar entre dos momentos distintos de prestación del consentimiento: uno, para la grabación y envío al destinatario; y otro, para la difusión posterior de este contenido por parte del primer destinatario. En esta línea, JUANATEY DORADO Y DOVAL PAÍS¹⁹ enfatizan la importancia de “establecer una distinción entre consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas y consentir su realización para difundirla, puesto que es manifiesto que hay un aspecto importante de la intimidad para el que no hay consentimiento”.

En opinión de HERAS VIVES, la política criminal del Estado fue tachada de “blanda” y “sexista”²⁰ por la opinión pública. Todo ello promovió la inclusión del nuevo tipo penal en el proyecto de ley para reformar el Código Penal.

3.2 Reconducción a figuras afines

Hasta que la reforma del año 2015 introdujo un tipo penal específico con el que poder combatir estas nuevas amenazas y riesgos, la solución que se venía articulando con el objetivo de evitar la impunidad de estas actuaciones suponía una reconducción a figuras afines dentro del propio Código Penal, así como también la reconducción a la vía civil. Si bien estas acciones resultaban insuficientes y, en determinadas ocasiones, inadecuadas, aseguraban una cierta cobertura en pos de evitar la impunidad derivada de una interpretación y aplicación estricta de la legislación penal vigente.

3.2.1 Delito de injurias

Como primer recurso, se planteó la posibilidad de subsumir este tipo de conductas de *sexting* secundario en los artículos 208 y 209 de la versión anterior del Código Penal²¹, enmarcados en el Título XI que recoge los delitos

¹⁹ JUANATEY DORADO, C., & DOVAL PAÍS, A., “Límites de la protección penal de la intimidad” en BOIX REIG, J., & JAREÑO LEAL, A., *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, p. 163.

²⁰ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p.562.

²¹ Vid. Artículo 208 del Código Penal:

contra el honor. En este caso, vemos como penar la conducta de *sexting* secundario como una injuria con publicidad supondría encuadrar esta acción como una lesión al bien jurídico del honor cuando ciertamente, entendemos que el *sexting* secundario atenta principal y primordialmente contra el bien jurídico de la intimidad y, solo en un segundo plano, podríamos hablar de una lesión al derecho a la propia imagen.

Si entendemos que el legislador quiso excluir esta conducta al entender que no era merecedora de reproche penal dado que no había atentado contra la intimidad, bien jurídico que entendemos preponderante en estas situaciones, carece de sentido la reconducción al tipo de injurias, pues este protege un bien jurídico que tiene una incidencia solo tangencial en el supuesto que se analiza²².

Asimismo, en todo caso, la infracción quedaría subsumida en el supuesto de injurias que consisten en la imputación de hechos. Como solo son punibles las injurias que se estimen graves y, a efectos de las injurias consistentes en la imputación de hechos solo se considerarán graves cuando se efectúen a sabiendas de su insinceridad, no cabría hablar de falsedad o desprecio a la verdad al tratarse de contenido veraz²³. Por la vía del honor, no puede protegerse a un individuo frente una situación de riesgo que el mismo ha generado. En esta línea el Tribunal Constitucional afirma que: “ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”²⁴.

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delitos las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Vid. Artículo 209 del Código Penal:

Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

²² MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.8.

²³ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.8.

²⁴ Vid. Fundamento jurídico tercero de Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1983, de 14 de junio.

De lo anterior, se extrae que el *sexting* secundario no encaja en el precepto que penaliza las injurias y, por tanto, no es merecedor de la protección que dicho precepto garantiza.

En este punto ciertos sectores de la jurisprudencia y la doctrina se enfrentan. Mientras que doctrinalmente autores como MARTÍNEZ OTERO²⁵ Y JAREÑO LEAL²⁶ han venido entendiendo que no cabe incluir los supuestos de *sexting* secundario en el delito de injurias con publicidad, los tribunales se han pronunciado en varias ocasiones a favor de tal calificación. Tomemos como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de febrero de 2004 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 de junio de 2006.

3.2.2 Delito de calumnias

A continuación, se analizará su encuadre dentro del tipo penal que castiga las calumnias:

Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad²⁷.

La dicción literal del artículo no deja lugar a dudas. La práctica del *revenge porn* no puede subsumirse en el supuesto de hecho del tipo penal de calumnias, puesto que lo que se difunde es un contenido real, veraz y no manipulado.

3.2.3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo

De acuerdo al artículo primero de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se respaldará el derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen -bienes jurídicos que gozan de protección constitucional en base al artículo 18 de la Carta Magna- frente a intromisiones ilegítimas en los términos

²⁵ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.14.

²⁶ JAREÑO LEAL, Á., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008, p. 105.

²⁷ Vid. Artículo 205 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

de la presente ley orgánica²⁸. A estos efectos y en relación con la práctica del *revenge porn*, de acuerdo al artículo 7 del texto legal mencionado, se entenderán por intromisiones ilegítimas:

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo [...]

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2²⁹.

Es, a todas luces, evidente la posible y perfecta subsunción del *sexting* secundario en los apartados recién enumerados. La divulgación y publicación del contenido erótico supone la difusión de hechos que conciernen a la vida privada del *sexter* y que, dado el tipo de contenido que se comunica, tendrá su incidencia en la consideración y estima que los receptores de este contenido tengan acerca del protagonista.

En lo que al apartado quinto concierne, al ser el contenido generalmente casero, lo más habitual es que haya sido grabado o captado en momentos de la vida privada del *sexter*.

En este punto resulta interesante traer a colación la reflexión que MARTÍNEZ OTERO elabora al respecto³⁰, cuestionándose si las leyes, los usos sociales o los propios actos del *sexter* contienen alguna previsión que permita excluir la responsabilidad de quien efectúa el *revenge porn*. Para el autor, los propios actos del *sexter* no podrán “atemperar” la responsabilidad de quien realiza la conducta típica del *sexting* secundario:

²⁸ Vid. Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

²⁹ Vid. Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

³⁰ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 6.

En cuanto a las leyes y a los usos sociales, la respuesta solo puede ser negativa [...] Resultaría difícil que los propios actos del sujeto agraviado, protagonista del *sexting* y primer emisor, justifiquen la difusión de su material sin su permiso. Los propios actos solo matizarían o anularían la responsabilidad de quien difunde *sexting* ajeno cuando el protagonista del mismo hubiera evidenciado su total indiferencia respecto a su intimidad corporal.

Con el objetivo final de garantizar una efectiva salvaguarda del derecho al honor, intimidad y propia imagen, así como también, resarcir el daño causado. La Ley Orgánica 1/1982 articula dos mecanismos. Por un lado, prevé la reparación económica, de manera que el infractor deberá indemnizar al *sexter* en los daños y perjuicios causados. Para la valoración de la indemnización se atenderá al daño causado y al nivel de divulgación del contenido -canales de difusión, audiencia potencial y real³¹-. En lo que al daño ocasionado respecta, el efectivo daño a la intimidad es grave puesto que “pocos aspectos de la vida de las personas tienen un carácter más reservado que la intimidad corporal y la vida sexual”³².

La segunda vía de reparación que resulta de aplicación en el caso que nos ocupa es el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos³³, lo que conllevará la efectiva eliminación del contenido de *sexting* de aquellas plataformas por medio de las cuales se haya divulgado y compartido el contenido³⁴.

El recurso a esta ley ha sido frecuente en los casos en que se no se ha logrado protección penal frente a estas conductas. A título de ejemplo, contamos con la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huelva de 15 de febrero de 2002.

3.2.4 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre

³¹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.7.

³² MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.7.

³³ Vid. Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

³⁴ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.7.

La aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal resulta de la consideración de las imágenes o grabaciones de una persona como datos personales. Datos personales que pueden ser incorporados a los ficheros informáticos de páginas webs, portales colaborativos y redes sociales³⁵, desde donde pueden ser fácil y rápidamente difundidos. De acuerdo al artículo 1 y 2 del citado texto legal, se garantiza la protección de los derechos fundamentales -especialmente el derecho al honor, intimidad personal y familiar- y libertades públicas en lo que “al tratamiento de los datos personales”³⁶ respecta. Asimismo, y en línea con lo anterior, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal establece que:

Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así los disponga una ley o el afectado consienta expresamente³⁷.

Son datos que, por incidir en la esfera más íntima de la vida de los individuos, merecen una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico. Los mecanismos de protección que se han establecido son muy similares a los que se han estudiado en el apartado anterior. Se prevé un derecho a la rectificación y cancelación del material -artículo 16- con el fin de restablecer al *sexter* en el pleno disfrute de sus derechos. De igual modo, la ley reconoce el derecho a una indemnización para el caso de que se produzca un efectivo menoscabo en los bienes o derechos del perjudicado.

3.2.5 Ley 34/2002, de 11 de julio

En la medida en que el material en cuestión puede ser almacenado y difundido por medio de plataformas informáticas tales como la red social *Facebook*, también resultará de aplicación la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Dadas las características estructurales

³⁵ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.12.

³⁶ Vid. Artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

³⁷ Vid. Artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

de la red, así como también el elevado volumen de material que cuelgan los diferentes usuarios, los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento no pueden controlar *prima facie* la legalidad del contenido que se almacena. Castigar a las plataformas en las que se cuelga el material, por la ilicitud de un material que todavía no han tenido ocasión de comprobar resulta, cuanto menos, poco ajustado a Derecho. Por este motivo, el régimen que se establece es “comprensivo con el proveedor del servicio”³⁸. De manera que, conforme al artículo 16 de la citada Ley, solo podrá exigirse responsabilidad a los proveedores del servicio cuando “tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización” o cuando no “actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”, una vez tengan conocimiento de la ilicitud del material.

3.3 Reforma del Código Penal de 2015: posiciones a favor y en contra de la inclusión del nuevo tipo penal

Con el objetivo de evitar que la práctica del *sexting* secundario quedase impune, ha sido frecuente el recurso a los mecanismos previamente enunciados, mecanismos que se articularon principalmente sobre el eje de la legislación civil. La adecuación y eficacia de estas medidas ha sido cuestionada a la luz de infracciones y conductas que atentaban de manera grave y directa contra bienes jurídicos susceptibles de amparo constitucional. La remisión a la vía civil resultaba, a todas luces, insuficiente. El derecho a la intimidad es un derecho constitucional fundamental y, como tal, merece protección penal frente a las conductas y ataques más graves.

La mayor frecuencia en la práctica -antes marginal- consistente en la difusión de estos contenidos sin el consentimiento del protagonista de los mismo hizo necesaria la inclusión del nuevo tipo penal del apartado 7 del artículo 197 del Código Penal con la reforma de 2015. El bien jurídico de la intimidad requería tal protección; si bien su inclusión fue reclamada de manera unánime desde las

³⁸ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.13.

filas de la sociedad, se cuestiona ahora si lo que se protege en último término es la inconsciencia o la irresponsabilidad, en lugar de la intimidad:

El sujeto que envía sexting -o que permite la captación de su imagen en actitudes sexuales- confía en que el receptor no vaya a hacer un uso espurio de esas imágenes. ¿Merece esta confianza del emisor el aval del Derecho Penal, el instrumento jurídico más contundente para salvaguardar el orden público?

Acudir al Derecho Penal para que proteja a un sujeto de las consecuencias de sus propios actos no es la mejor solución, máxime cuando las consecuencias a las que nos referimos son tan indeseadas como previsibles³⁹.

Estos primeros planteamientos recogen, a grandes rasgos, los principales argumentos que se han empleado con el objetivo de valorar y ponderar la necesidad y adecuación de la respuesta que el legislador ha dado al problema enunciado a lo largo del trabajo. A continuación, se expondrán de manera ordenada y concisa.

Como se ha venido afirmando, la *ultima ratio* de la inclusión del nuevo texto legal es dar solución a situaciones y conductas que hasta el momento quedaban impunes o se resolvían de manera inadecuada y, en ocasiones, insuficiente a través de la vía civil⁴⁰. La importancia de la necesidad de dar respuesta a estos problemas radica en la lesión al bien jurídico de la intimidad, bien jurídico que goza de amparo constitucional -artículo 18 de la Carta Magna-. Es quizás este uno de los argumentos a los que más se ha recurrido desde el sector de la doctrina proclive a la nueva regulación.

No obstante, aquellos en favor de la articulación de protección penal frente a estas conductas van a apoyar también sus pretensiones en la clara diferenciación y distinción entre dos momentos diferentes de prestación del consentimiento. Así, JUANATEY DORADO Y DOVAL PAÍS⁴¹ van a distinguir entre la prestación del consentimiento para la grabación y la prestación del

³⁹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 11.

⁴⁰ JIMÉNEZ SEGADO, C., “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 917, 2016, p. 3.

⁴¹ JUANATEY DORADO, C., & DOVAL PAÍS, A., *Límites de la...*, op. cit., 163.

consentimiento para la difusión posterior. Este punto ha sido estudiado con anterioridad por lo que no merece ahora mayor atención.

Aquellos autores contrarios al despliegue de mecanismos de protección penal para castigar y penar estas conductas van a fundamentar sus argumentos en torno a la necesidad de ser fieles a los principios fundamentales del Derecho Penal. Entre todos estos principios fundamentales, destaca el principio de la intervención mínima que actúa como contrapeso o límite frente al poder punitivo del Estado.

El Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho⁴².

Ante una situación de riesgo que crea el propio sujeto pasivo cabría plantearse hasta qué punto dicha situación de riesgo y lesión es merecedora de amparo y protección por parte de la legislación penal. Todo aquel que reciba este material es inmediatamente requerido a guardar silencio sobre un contenido que, en numerosos casos, ni siquiera ha solicitado. Se impone sobre estos un obligado deber de sigilo cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad penal. Siguiendo este planteamiento, MORALES PRATS entiende que la inclusión de este tipo penal supone la conversión de todos los ciudadanos en “confidentes necesarios de los demás respecto de personas que han decidido abandonar las expectativas de intimidad en relación con grabaciones o imágenes propias, que ceden a terceros voluntariamente”⁴³.

Asimismo, en línea con lo anterior, el recurso al Derecho Penal ha de ser *ultima ratio* y no *unica ratio*. El Derecho Penal es subsidiario y fragmentario:⁴⁴

⁴² MUÑOZ CONDE, F., & GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 72.

⁴³ QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 463.

⁴⁴ MILANESE, P., “El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima”, *Repositorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg*, 2003, p. 7 (disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf; última consulta 11/02/2019).

Sin embargo, no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho Penal. Se impone la presencia de dos elementos para el que el Derecho Penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta.

El Derecho Penal se traduce en un conjunto de normas que ordenan la conducta de los ciudadanos mediante toda una serie de prohibiciones que desaprueban las acciones y omisiones que atentan contra los intereses que la mayoría de la población estima como esenciales. Estos intereses que se protegen toman la forma de bienes jurídicos⁴⁵. Resulta, a todas luces, evidente el carácter violento y grave de la lesión al bien jurídico de la intimidad. No se debate en este punto la incidencia o entidad de la lesión sino la idoneidad de proteger tal lesión cuando la misma solo es posible gracias a la conducta despreocupada del *sexter*. En palabras de CASTELLÓ NICÁS,⁴⁶

Teniendo en cuenta que es cada cual quien decide hasta dónde o en dónde se sitúan los límites de lo que entiende dentro del marco de su propia intimidad, no resultará fácil precisar si una conducta debe ser objeto de sanción dentro del ámbito punitivo penal [...] pues la protección de la intimidad adolece de patrones fijos, dependiendo del deseo personal lo que se quiera o no exhibir a terceros o la propia opinión pública.

Para concluir, cabe matizar que, pese a que es mayoritaria la doctrina que se encuentra a favor de la inclusión de esta conducta en el Código Penal Español, no todos los que se posicionaron a favor de la inclusión del nuevo tipo, coinciden ahora en la idoneidad de la redacción que el legislador ha dado al artículo. A continuación, se analizará el nuevo tipo penal, haciendo hincapié en los problemas interpretativos que han surgido tanto a nivel doctrinal como a nivel jurisprudencial en relación con el tipo en cuestión.

4. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 197.7

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Barcelona, 2010, p. 69.

⁴⁶ CASTELLÓ NICÁS, N., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 493.

De acuerdo al preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, la introducción de nuevos tipos penales, así como también la modificación de los ya existentes, respondía a la urgente necesidad de regular determinadas conductas que, dada su sustancial entidad, así como también la mayor frecuencia en su práctica, quedaban fuera del amparo de protección del ordenamiento jurídico. Se trataba de conductas que, por decisión de legislador, quedaban impunes o se resolvían por la vía civil, ofreciendo soluciones civiles a actos que atentaban directa y abiertamente contra derechos constitucionales fundamentales. En palabras del legislador español:

Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas (...) Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad.⁴⁷

El desarrollo vertiginoso de las Tecnologías de la Información y Comunicación, así como también la configuración y consolidación de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, hacían necesario un también vertiginoso desarrollo de soluciones con las que poder afrontar los nuevos riesgos y amenazas que esta sociedad tecnológica entrañaba. Con este objetivo en mente, el legislador decidió regular nuevos supuestos, entre los que cabe destacar la incorporación de un último apartado en el artículo 197 del Código Penal que permite penalizar la difusión posterior, sin el consentimiento del *suxter*, del contenido y material erótico. Se abrió la puerta, en este punto, a la regulación de una práctica cada vez más frecuente, que en los medios se venía identificando como *revenge porn*⁴⁸.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J., GÓRRIZ ROYO, E., & MATA LLÍN EVANGELIO, Á., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 663.

De acuerdo a la dicción literal del apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal,⁴⁹

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

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

Cabe matizar en este punto que, pese a que se haya atribuido erróneamente este artículo a la penalización del *sexting* secundario, el artículo incluye también penas para la difusión de material que, sin ser erótico o de marcado carácter sexual, produce un menoscabo en la intimidad personal. Por tanto, el apartado séptimo del artículo 197 penaliza y castiga muchas otras conductas distintas a la práctica del *sexting* secundario. Tómese como ejemplo la difusión de un vídeo que evidencia las particulares creencias religiosas o ideológicas de un concreto individuo. Hecha esta matización, se procederá a analizar los elementos del tipo.

4.1 Bien jurídico protegido

El estudio académico de un tipo penal comienza, generalmente, con el análisis del bien jurídico que se pretende tutelar. Pese a que la determinación y concreción del bien jurídico en juego resulta del análisis del mismo tipo -de la letra de la ley, en ocasiones, ambigua- a efectos pedagógicos e ilustrativos resulta más útil y práctico comenzar el estudio del tipo penal con una primera aproximación al bien jurídico que se pretende tutelar. No obstante, resulta

⁴⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

fundamental tener en cuenta que el bien jurídico se va a deducir del propio tipo penal, en este caso del artículo 197 del Código Penal.

El delito en cuestión queda enmarcado dentro del Título X del Libro II del Código Penal español. Dicho título regula los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. No obstante, el delito en cuestión se encuadra dentro del Capítulo I de dicho título, por tanto, queda circunscrito a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Consecuentemente, podemos descartar el bien jurídico relativo a la inviolabilidad del domicilio. La cuestión por dilucidar será la posible conjunción de dos bienes jurídicos dentro del tipo penal del apartado séptimo del citado artículo: el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

El texto legal previamente enunciado menciona expresamente la lesión al bien jurídico de la intimidad, por lo que no cabe lugar a dudas acerca de su incidencia en el delito objeto de análisis. No obstante, la calificación y delimitación de este bien jurídico encierra grandes problemas. La intimidad tiene un componente psicológico -consecuentemente también subjetivo⁵⁰- y de tal amplitud que resulta imposible establecer una delimitación del contenido mínimo de este. Así, se ha aludido a la intimidad como “un reducto que está más allá de la privacidad y que conecta con los estratos más profundos de la personalidad de la que es primera manifestación”⁵¹.

La protección de este bien jurídico tiene su fundamento en el artículo 18 de la Constitución Española, cuyo texto incluye y garantiza la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De igual modo, entendemos que el artículo 10 de la Carta Magna tiene una incidencia fundamental en el tipo en cuestión puesto que atentar contra la intimidad de un individuo supone quebrantar y vulnerar el derecho a la dignidad, así como también el derecho al libre desarrollo de la personalidad del

⁵⁰ MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 8.

⁵¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., VILLEGAS GARCÍA, M., & ENCINAR DEL POZO, M., *Código Penal Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 616.

individuo en cuestión⁵². Una vez se ha concretado y detallado el amparo constitucional del bien jurídico en cuestión, resulta esencial delimitar el cuestionable alcance del contenido de la intimidad.

A nivel legal, la definición que se ha articulado del bien jurídico “intimidad” resulta imprecisa y vaga. La Disposición derogatoria segunda de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo pretende castigar “todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas” pero, para delimitar lo que queda dentro de los márgenes de estos derechos remite a “las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad” así como también, al “propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento”. De manera que corresponde al juez “la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”. Si bien en el artículo séptimo del citado texto legal se detallan las acciones que constituyen intromisiones ilegítimas, se echa en falta una delimitación legal del contenido de este derecho que se pretende tutelar.

Dada la falta de determinación a nivel legal del contenido y esencia de la intimidad, me remito a la jurisprudencia para ofrecer una definición más completa del bien jurídico en cuestión. El Tribunal Constitucional ha logrado perfilar la construcción jurídica del derecho a la intimidad, supliendo los silencios del legislador⁵³. El contenido de este derecho ha ido evolucionando conforme se ha ido adaptando a las nuevas definiciones y situaciones de riesgo. Así, originalmente, el Tribunal Constitucional definía el derecho a la intimidad como el derecho de todo individuo a tener “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁵⁴. En pronunciamientos posteriores, el Tribunal Constitucional liga el derecho a la

⁵² HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 261.

⁵³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, Publicaciones del *Boletín Oficial del Estado*, n.32, 2016, p. 423.

⁵⁴ Vid. Fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988).

intimidad al derecho a la propia imagen, defiende la importancia de salvaguardar “una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros”⁵⁵. No obstante, pese a que ambos derechos aparezcan ligados -también invocados conjuntamente- en la mayoría de los casos, se trata de derechos autónomos con sustantividad y entidad suficiente⁵⁶.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en relación con la dimensión corporal del bien jurídico intimidad, considerando que el pudor ha de quedar amparado bajo la rúbrica de este derecho:

Conviene además precisar, en primer término, que el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal⁵⁷.

De tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona⁵⁸.

Para una definición más completa del bien jurídico objeto de análisis me remito a la articulación que sobre el mismo ha desarrollado la doctrina: en palabras de DE VERDA,

La intimidad es un espacio de privacidad que la persona tiene derecho a preservar del conocimiento de los demás, por referirse a aspectos que solo a ella atañen y entroncan con su propia dignidad (p.ej., sus convicciones religiosas, sus relaciones afectivas no exteriorizadas socialmente o la información genética)⁵⁹.

⁵⁵ Vid. Fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1994).

⁵⁶ Vid. Fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo (BOE núm. 104 de 1 de mayo de 2001).

⁵⁷ Vid. Fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994).

⁵⁸ Vid. Fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio (BOE nú. 178, de 26 de julio de 2001).

⁵⁹ Citado por HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p.135.

NOVOA MONREAL, por su parte, lleva a cabo un exhaustivo análisis sobre el contenido mínimo al que debe quedar circunscrito el bien jurídico en cuestión, estableciendo la siguiente enumeración:

- i) ideas y creencias religiosas, filosóficas, políticas que el individuo desee sustraer del conocimiento ajeno,
- ii) cuestiones relativas a la vida amorosa y sexual,
- iii) aspectos de la vida familiar no conocidos por extraños, especialmente aquellos que son embarazosos,
- iv) defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles,
- v) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formular los demás acerca del sujeto,
- vi) comunicaciones orales o escritas de naturaleza personal,
- vii) la vida pasada del sujeto, especialmente la que causa bochorno,
- viii) orígenes familiares que dañen la posición social y, en igual caso, cuestiones relativas a la filiación y a los actos de estado civil,
- ix) el cumplimiento de funciones fisiológicas de excreción y hechos o actos relativos al propio cuerpo,
- x) momentos penosos o de extremo abatimiento, y
- xi) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos, cuyo conocimiento por otros produzca turbación moral o psíquica al afectado⁶⁰.

El derecho a la intimidad se configura de manera dual; por un lado, incluye el derecho del individuo a controlar la información acerca de su vida o espacio privado que no desea que trascienda al espacio público. A la vez, por otro lado, garantiza la no intromisión de terceros, prohibiendo la difusión de material que se haya obtenido del propio protagonista cuando este no consienta expresamente su posterior difusión -siempre y cuando la no divulgación respete y cumpla con el resto de los derechos y deberes constitucionales-. El derecho a la intimidad permite que cada cual reserve “un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”⁶¹.

La difusión de un vídeo de marcado carácter sexual -donde se da divulgación a la vida sexual de un determinado individuo- atenta directamente contra el bien jurídico de la intimidad, puesto que supone la injerencia de terceros en la vida o espacio privado del protagonista del contenido. La difusión de contenido relativo a las creencias religiosas, ideológicas o historial médico puede plantear

⁶⁰ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 165.

⁶¹ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 243.

más dudas, no obstante, la propagación de contenido sexual no da lugar a equívocos. Cuesta imaginar un contenido que pueda comprometer en mayor medida la intimidad de una persona que la difusión de un vídeo sexual de la misma.

Cabe plantear en este punto si otros bienes jurídicos tales como el derecho al honor o a la propia imagen tienen incidencia en el tipo en cuestión. La mayor parte de la doctrina ha apuntado que solo en la medida en que se afirme con rotundidad que el derecho a la intimidad tiene incidencia fundamental, podremos también hablar de la incidencia tangencial de otros bienes jurídicos como el derecho a la propia imagen. Este bien jurídico no goza de la suficiente entidad como para ser considerado de manera autónoma. Cuando una persona difunde el contenido que ha recibido del *sexter*, hace uso de los datos e imagen del otro sin el consentimiento de aquel. Vemos cómo no se puede estudiar un bien jurídico sin ser puesto en relación con el otro.

El derecho a la propia imagen es una expresión y faceta del más amplio y completo bien jurídico de la intimidad. En esta línea, VALEJE ÁLVAREZ establece lo siguiente:

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 reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad⁶².

Varios autores han apuntado también la posible incidencia tangencial del bien jurídico del honor en tanto en cuanto se da difusión a imágenes o grabaciones que generalmente contienen o reproducen prácticas sexuales mal reconocidas en la Sociedad o en determinados sectores de esta. Por tanto, en la medida en la que se lesione o deteriore la “imagen pública del sujeto, su reputación o consideración social”⁶³ cabrá también hablar de lesión al bien jurídico del honor.

⁶² MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 8.

⁶³ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 5.

4.2 Conducta típica

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 persona⁶⁴.

4.2.1 *El que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros...*

De la dicción literal del artículo se extrae que el desvalor del tipo en cuestión se encuentra en la cesión -difusión y revelación- a terceros de estos contenidos y no, en la grabación u obtención de estos. Por tanto, en ningún caso podrá exigirse que el vídeo o la imagen haya sido grabada o capturada por el que posteriormente dará difusión al material. A efectos del delito objeto de análisis, el presupuesto del delito es el acceso lícito -sin consentimiento- al material en cuestión, por consiguiente, resultará irrelevante si el material ha sido grabado bien por el *sexter*, bien por el que posteriormente dará difusión al contenido o por un tercero. En esta línea,

La esencia del desvalor del delito no se ubica en esa secuencia previa sino en una ulterior referida a la defraudación de expectativas de confidencialidad, que se verifica con la infracción de deberes de sigilo o discreción, mediante la revelación, difusión o cesión a terceros de las imágenes⁶⁵.

Asimismo, al tratarse de contenidos de especial sensibilidad dado que atentan contra un derecho fundamental de protección constitucional no valdrá con un consentimiento tácito, sino que este deberá de ser expreso.

Cabe aquí realizar una matización. A efectos del presente trabajo, se estudia la práctica del *sexting* secundario como conducta punible de acuerdo a la redacción *ex novo* que se da al artículo 197 con la reforma del Código Penal

⁶⁴ 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.

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 464.

del año 2015. Por consiguiente, solo nos centraremos en la difusión de material y contenido de un marcado carácter sexual, aunque como ya se ha mencionado, el tipo engloba muchas otras conductas. Es frecuente que en la práctica del *sexting* secundario sea el propio protagonista el que se graba y posteriormente comparte la información, por tanto, es el propio protagonista el que permite el acceso e injerencia de un tercero en su esfera y espacio privado. También puede darse el caso en que sea la pareja la que graba -con el consentimiento de la víctima- alguna secuencia que posteriormente este difunde sin el permiso del protagonista. Esta conducta es muy frecuente en los casos de rupturas de relaciones sentimentales.

El legislador ha venido entendiendo que este primer consentimiento no podía incluir o conllevar plena libertad para la disposición del material dado el elevado carácter íntimo del contenido que se exhibe. No obstante, “el requisito de autorización del afectado no exige acreditar una negativa expresa, sino que bastará con la no constancia de autorización, a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento de la ulterior cesión o distribución por parte del afectado”⁶⁶.

Cabe concretar que el apartado séptimo del artículo en cuestión recoge un tipo mixto que se puede cumplir mediante la cesión, revelación o difusión; por tanto, mediante conductas alternativas.

Del estudio semántico de los términos empleados en la redacción del artículo se extrae que las conductas de revelación, cesión y difusión no tienen el mismo alcance. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁶⁷, difundir implica “extender, esparcir, propagar físicamente”, por su parte, ceder equivale a “dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho” y revelar significa “descubrir o manifestar lo ignorado o secreto”. Pese a que los verbos delimitan conductas diferenciadas, jurisprudencia y doctrina no ha ahondado más en la descripción de los

⁶⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*, p. 70.

⁶⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española en línea*, 2018.

verbos que definen la conducta típica, al entender que la acción típica es clara. Parece que el legislador utiliza los términos ceder, revelar y difundir como sinónimos.

La mayor o menor entidad del desvalor de la conducta no se tendrá en cuenta a la hora de valorar la comisión del delito en cuestión sino a la hora de determinar la pena aplicable al caso concreto. Así, se podrá castigar de manera más grave la conducta de aquel que da difusión a un elevado número de personas frente a aquel que comparte el contenido de manera puntual y esporádica.

4.2.2 Imágenes o grabaciones audiovisuales de la persona afectada...

De la dicción literal del artículo parece extraerse que el legislador ha decidido excluir del nuevo tipo penal los audios que no vengan acompañados de imagen. Este punto ha sido objeto de críticas por parte de un sector de la doctrina -cabe destacar en este punto a LLORÍA GARCÍA⁶⁸ Y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁶⁹ como exponentes de este sector- al entender este que un audio puede de igual modo menoscabar la intimidad de un individuo. Tomemos como ejemplo el caso de un audio donde se reproducen grabaciones de voz mientras la pareja mantiene relaciones sexuales. Otro ejemplo sería la difusión de un audio que contiene grabaciones de conversaciones de marcada naturaleza sexual.

En este punto la doctrina ha sido muy crítica y dura. Se pronuncia cuestionando si el legislador ha respondido en efecto a la necesidad de atender y otorgar protección eficaz y suficiente a estas nuevas conductas o “responde solo a anécdotas mediáticas”⁷⁰, a presiones sociales, haciendo aquí una clara alusión al

⁶⁸ LLORÍA GARCÍA, P., “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, *Elderecho.com*, 2013 (disponible en <https://elderecho.com/la-difusion-inconsentida-de-imagenes-intimas-sexting-en-el-proyecto-de-codigo-penal-de-2013>; última consulta 21/02/2019).

⁶⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Tutela penal de la privacidad compartida. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas” *Centro de Estudios Jurídicos*, 2015, p. 14 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20escrita%20Rodriguez_Fernandez.pdf?idFile=cbf06fcf-788e-4ff9-a47d-759b4ca71b8e; última consulta 21/02/2019).

⁷⁰ ZÁRATE CONDE, A., *Derecho penal parte especial obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la carrera judicial y fiscal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 238.

caso Olvido Hormigos que motivó la introducción del nuevo tipo objeto de estudio.

No obstante, la Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado contradice lo anterior al establecer que por *imágenes o grabaciones audiovisuales* ha de entenderse tanto los “contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se perciben conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden captarse por el sentido auditivo”.⁷¹ La inclusión de esta matización por parte de la Fiscalía General del Estado responde a la consideración de la voz como un atributo del ser humano que lo define y, por tanto, identifica. La Corte de Apelación de París, en fecha de 25 de noviembre de 1992, confirmó la posibilidad de que la grabación de voz de una persona tuviera incidencia en la intimidad de esta⁷².

No comparto la opinión recién manifestada. La inclusión de los audios en el mandato del artículo 197.7 del Código Penal supondría un atentado contra el principio de legalidad, así como también contra el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal. Ni doctrina ni jurisprudencia pueden incluir supuestos que la letra de la ley no contempla pues de no actuar de acuerdo al mandato del legislador se rompería con el principio de legalidad, así como también con la seguridad jurídica, exigencias de todo estado democrático de derecho.

Además, como se ha venido mencionando, el derecho penal debe dar respuesta y protección frente a las conductas más graves y lesivas de derechos mientras que otros órdenes, a título de ejemplo el civil, deben atender aquellas conductas que por su menor entidad no merezcan respuesta penal. Por tanto, ante este escenario cabría plantear si la difusión de una nota de voz de marcado carácter sexual tiene la entidad suficiente para menoscabar *gravemente* la intimidad de una determinada persona. Es evidente que una grabación audiovisual o una imagen identifican, sin lugar a dudas, a una determinada persona, por tanto, el

⁷¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017...*, op. cit., p. 69.

⁷² HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 588.

atentado contra su gravedad es más grave. La grabación de voz plantea ciertas dudas:

El único límite es que la imagen represente al sujeto pasivo de tal forma que la mayoría de las personas puedan reconocerlo sin atisbo de dudas, ya que si su reconocimiento es dudoso o difícil no podrá colmarse la exigencia de afectar gravemente a la intimidad, al menos desde la perspectiva penal⁷³

4.2.3 Obtenido con su anuencia...

Como se describió en el apartado correspondiente, el *sexting* se podría dividir o escindir en dos conductas diferenciadas. La primera de ellas supone la grabación, captación u obtención del contenido *-sexting* primario- mientras que la segunda de ellas conlleva la difusión, sin el consentimiento del protagonista, de este contenido *-sexting* secundario-.

El requisito de la anuencia parece corresponder más con la conducta de *sexting* primario -conducta que no constituye *per se* ilícito penal-, no obstante, su incidencia es fundamental puesto que la ausencia de esta nos conduciría a otros tipos penales con penas superiores -197.1 del Código Penal-.

Con anuencia el legislador hace referencia a la obtención del material y no a la grabación de este. No tiene porqué darse la anuencia en ambos momentos, tómesese por ejemplo el supuesto en que dos sujetos mantienen relaciones sexuales y uno de ellos coloca un dispositivo de grabación. Uno de los protagonistas del vídeo es grabado por su pareja sin tener conocimiento de ello y, por tanto, sin darse anuencia en relación a la grabación. La grabación se lleva a cabo de manera ilícita. No obstante, cuando el sujeto tiene conocimiento de la existencia de este material, solicita que se le envíe este contenido. Por tanto, la obtención del material -y no la grabación- se lleva a cabo con la anuencia del protagonista.

La redacción del precepto vuelve a plantear dudas en lo que a la grabación respecta. Si bien el contenido ha de obtenerse con la anuencia del protagonista,

⁷³ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 589.

¿quién graba el contenido? Como se ha venido mencionando, el tipo en cuestión parte de la premisa de que el contenido al que se da difusión se ha obtenido de manera lícita, de manera que o bien se obtiene del propio protagonista -porque este se graba y, a continuación, envía la grabación- o bien se obtiene con el consentimiento de este -consiente la grabación-. La posición doctrinaria mayoritaria, entre cuyos exponentes destaca MAGRO SERVET⁷⁴, aboga por la inclusión de ambas conductas. Si bien, autores como ESTRADA I CUADRAS Y CASTIÑEIRA PALOU entienden que la inclusión del supuesto primero -el *sexter* se graba y reenvía el contenido- no es tan clara a la luz de la redacción que se ha dado al artículo⁷⁵.

No obstante, lo relevante en el tipo objeto de estudio no es quién capta el material sino quién da difusión al mismo. Así, “la *ratio essendi* de este requisito sea que la imagen la tiene el sujeto activo porque el sujeto pasivo así lo ha consentido, querido o tolerado, sin ser lo relevante, por tanto, quien la capta, sino su tenencia en los términos dichos”⁷⁶.

Además, la anuencia del *sexter*, para casos de menores de edad o personas incapaces no surtirá efectos. En los casos más extremos de incapacidad, no se podrá entender que estos sujetos han prestado válidamente el consentimiento para la grabación -obtención- de estas imágenes o vídeos ni tampoco para su posterior difusión. Más adelante se estudiará la posibilidad de contemplar concurso de delitos en los casos en los que el sujeto pasivo sea menor o persona discapacitada necesitada de especial protección.

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

El legislador limita el ámbito espacial del tipo en cuestión. Según la circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado,

⁷⁴ MAGRO SERVET, V., “Los delitos de Sexting (179.7) y Stalking (172) en la Reforma del Código Penal”, *Ponencia de formación continuada Fiscalía General del Estado*, 16 marzo 2015, p. 5.

⁷⁵ CASTIÑEIRA PALOU, M. T., & ESTRADA I CUADRAS, A., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ J. M., & RAGUÉS I VALLÈS, R., *Lecciones de Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 162.

⁷⁶ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 590.

El precepto es aplicable cuando la imagen o grabación, posteriormente difundida, se haya tomado en un ámbito espacial reservado [...] Por tal habrá de entenderse cualquier lugar cerrado o también un lugar al aire libre si se acredita que reúne garantías suficientes de privacidad para asegurar que la captación de las escenas/imágenes se efectuó en un contexto de estricta intimidad sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas.

La redacción que el legislador ha dado a este requisito es, en opinión de MARTÍNEZ OTERO⁷⁷, superflua y alambicada. Superflua en tanto en cuanto el autor entiende que el legislador no ha de definir los lugares en los que se puede y *efectivamente* se realizan grabaciones que inciden y comprometen la intimidad de los individuos. Alambicada dado que el precepto conjuga términos y conceptos puramente jurídicos -domicilio- con expresiones extrajurídicas y poco concisas -lugares fuera del alcance de la mirada de terceros-. A efectos del presente artículo, por domicilio se entiende: “todo lugar cerrado en el que una persona desarrolla alguna faceta de su vida privada resguardada del conocimiento ajeno no deseado”⁷⁸. Por su parte, para delimitar los lugares fuera del alcance de la mirada de terceros acudiremos a criterios tanto subjetivos como objetivos. No basta con que una persona quiera que un lugar quede enmarcado y encuadrado en este concepto, han de darse también barreras naturales -bosques frondosos, cuevas de difícil acceso- o circunstancias concretas espaciotemporales -playa desierta- que permitan, en último término, estimar la existencia de una cierta y sensata expectativa de intimidad⁷⁹.

MARTÍNEZ OTERO aboga por “lugares privados”⁸⁰ frente al concepto de “lugares abiertos al público”⁸¹ de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. El recurso a la terminología de “lugares privados” resulta conveniente a la par que beneficioso dada la extensa diversidad de pronunciamientos -SAP de Madrid 37/2007, de 6 de febrero; SAP de Murcia 4/2011, de 17 de octubre; SAP

⁷⁷ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 10.

⁷⁸ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 592.

⁷⁹ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 594.

⁸⁰ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.10.

⁸¹ 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.

Murcia 4/2011, de 17 de octubre- acerca de la interpretación de “lugares privados”. Asimismo, resultaría conveniente hablar de situaciones y no solo de lugares puesto que determinados lugares públicos pueden crear ciertas expectativas de intimidad -tómese como ejemplo una playa pública desierta-.

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

Cabe analizar en este punto las mismas cuestiones que se plantearon al estudiar el bien jurídico objeto de protección. La intimidad es un concepto de difícil definición y delimitación, determinar lo que supone un grave menoscabo a la intimidad personal de una persona es tarea ardua. Se emplea una expresión que deviene indeterminada y fomenta la inseguridad jurídica. ¿Qué conductas gozan de la suficiente entidad como para colmar el tipo penal en cuestión? ¿Cuáles no? Y, ¿por qué no?

Determinados contenidos no plantean dudas. Tomemos como ejemplo un vídeo en el que el *sexter* aparece desnudo o una imagen en la que se identifique y muestre su aparato genital -ya sea femenino o masculino-. Ciertamente, estas conductas atentan de manera evidente contra la intimidad, no obstante, la lesión al bien jurídico de la intimidad es menos palpable y patente en otras conductas.

Recordemos que el tipo penal objeto de análisis incluye conductas distintas al *sexting* secundario, parece lógico entender que, al ser la vida sexual parte innegable de la esfera privada de un individuo, este interrogante resulta más recurrido y cuestionable frente a estas otras conductas distintas del *sexting* secundario.

Por ejemplo, la lesión al bien jurídico de la intimidad parece ser más grave cuando se difunde un vídeo en el que se aprecia el aparato genital del protagonista que cuando se difunde un vídeo acerca de sus creencias ideológicas o religiosas o, acerca de su historial médico.

Para determinar la gravedad del caso se deberá ponderar si efectivamente la conducta en cuestión lesiona el núcleo duro de la intimidad. Este concepto, que ha sido utilizado en varias ocasiones para determinar los contenidos merecedores de especial protección, no ha sido definido por nuestros tribunales. No obstante, a título de ejemplo podemos partir de las categorías utilizadas por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, para identificar los contenidos pertenecientes al citado núcleo duro de la intimidad. Así, la divulgación de información relativa a la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias, origen racial o étnico, así como también al estado de salud de un sujeto serán susceptibles de producir un grave menoscabo al bien jurídico de la intimidad.

Si la conducta no goza de la suficiente entidad puede quedar impune en la vía penal, lo cual no significa que no sea penada o castigada desde otros órdenes.

4.3 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del tipo en cuestión es la persona que protagoniza los vídeos e imágenes de marcado carácter sexual, esto es, el *sexter*. Se trata, en consecuencia, del titular del bien jurídico que se ve lesionado y vulnerado. El *sexter* presta un primer consentimiento para la obtención del contenido, no obstante, no va a consentir la ulterior difusión de este.

Se aplicarán penas superiores para el caso de que concurra como sujeto pasivo el cónyuge o persona unida a él por análoga relación de afectividad, un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Este inciso será analizado con mayor precisión en apartados posteriores.

Cabe puntualizar que se trata de un delito semipúblico en virtud del artículo 201 del Código Penal, por lo que para su persecución y castigo habrá de darse la denuncia previa de la persona agraviada.

4.4 Sujeto activo

El apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal hace uso de la expresión genérica “el que”⁸², lo cual nos puede llevar a equívocos. Pese a la generalidad de la expresión, el delito objeto de análisis no podrá ser cometido por cualquier individuo. Es un delito especial propio que precisa para su consumación de la intervención como sujeto activo de aquel que previamente ha obtenido las imágenes con el consentimiento del protagonista de estas.

Al configurarse como un delito especial propio, incurre en responsabilidad únicamente quien, habiendo obtenido con anuencia de la víctima la imagen o grabación, inicia la cadena de difusión consciente de que carece de autorización para ello del propio afectado y por tanto de que su conducta lesiona la intimidad de la víctima⁸³.

No obstante, cabe traer a colación en este punto la reflexión previamente detallada acerca de la procedencia de las imágenes. A efectos del tipo penal y, teniendo en consideración el *telos* del mismo, resulta indiferente si la imagen ha sido captada por el que posteriormente la difunde o por la propia víctima. Por tanto, entendemos que el sujeto activo del delito es el que da difusión posterior a este contenido, sea este el que captura o graba o el que recibe el contenido. En este sentido hubiera resultado ventajoso incluir en la redacción del tipo la propuesta de enmienda hecha por el Partido Socialista Español (PSOE) y Entesa pel Progrés de Catalunya, quienes abogaban por la incorporación al texto de la horquilla “realizadas por ella o con su anuencia”⁸⁴ para evitar cualquier interpretación restrictiva que dejase desamparados otros supuestos.

Cabe puntualizar que no se incluirán como sujetos activos del presente delito aquellos individuos que hayan intervenido en la posterior difusión del material, una vez el contenido haya sido difundido de manera directa por el principal sujeto activo. De manera que los difusores posteriores que reenvíen o retuiteen el contenido no podrán ser considerados como sujetos activos del tipo en

⁸² 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.

⁸³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017...*, op. cit., p. 70.

⁸⁴ GONZÁLEZ COLLANTES, T., “Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras”, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, n. 13, 2015 p. 69.

cuestión, lo que no significa que no puedan quedar sujetos a responsabilidad en virtud de otras disposiciones.

Se ha planteado la posibilidad de subsumir en el supuesto de hecho del tipo en cuestión la difusión de imágenes que el *sexter* ha colgado en una red social privada -tómese como ejemplo un grupo de *whatsapp* o *facebook*-. La calificación como sujeto activo de quién comparte las imágenes a las que accede a través de una red social no parece ni adecuada ni proporcionada dada la reprochable conducta del *sexter*:

Se debilita la posibilidad de considerar que ulteriores difusiones menoscaban gravemente el bien jurídico intimidad; a ello se añade la absoluta renuncia del sujeto a desplegar unos mínimos deberes de autoprotección del bien jurídico, puesto que el envío a una pluralidad de destinatarios supone una total pérdida de control sobre el material remitido⁸⁵

Resulta conveniente [...] una interpretación restrictiva del precepto que abarque la tipicidad tan solo de aquellos supuestos en los que claramente pueda estimarse que la víctima desea mantener el material fuera del alcance de más sujetos⁸⁶.

En esta línea el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 445/2016, de 10 de noviembre, dice lo siguiente:

Es difícil hablar de secreto o de datos reservados en relación con episodios o incidencias (grabación de vídeo) que han sido aireadas, difundidas y divulgadas por quien invoca esa "confidencialidad", pues como tal debemos entender quien lo sube a un grupo de 27 personas, entre las cuales existen algunas que gozan del círculo de intimidad o reserva que pretende la denunciante⁸⁷.

Por tanto, no cabría la punición de estas conductas bajo el amparo del citado artículo.

⁸⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., "Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)", *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 27, 2018, p. 36.

⁸⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *Delitos contra...*, op. cit., p. 36.

⁸⁷ Vid. Fundamento de derecho único del Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 445/2016, de 10 de noviembre de 2016.

4.5 Tipos agravados

En relación con tipo básico descrito, el Código Penal prevé la aplicación de la pena prevista en su mitad superior para el caso de que concurran las siguientes circunstancias⁸⁸:

- (a) El sujeto activo sea el cónyuge o persona que esté o haya estado unida al sujeto pasivo por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.
- (b) El sujeto pasivo sea menor de edad.
- (c) El sujeto pasivo sea persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- (d) Los hechos se cometan con el objetivo de obtener un lucro.

La introducción del tipo agravado en relación con el cónyuge, pareja o expareja tuvo lugar a raíz de la recomendación hecha por el Consejo General del Poder Judicial en la redacción del anteproyecto de la ley por la que se modificaba el Código Penal vigente en el momento. En el anteproyecto no se contemplaba esta agravante, fue el Consejo General del Poder Judicial quién enfatizó la mayor entidad -mayor desvalor- y gravedad de los supuestos en los que el sujeto activo fuera la pareja o expareja de la víctima. El fundamento de tal matización descansa en motivos de prevención general, así como también en la mayor entidad del quebranto y la lesión al bien jurídico.

Por un lado, el escenario en el que con mayor asiduidad tienen lugar estos supuestos es en contextos de rupturas sentimentales; asimismo, es justamente en estos mismos contextos donde el acceso a este tipo de materiales resulta más fácil.

En relación con la finalidad preventiva, la aplicación de una pena superior para un delito cada vez más frecuente, podría actuar como elemento disuasorio. Los argumentos esgrimidos por el Consejo General del Poder Judicial son perfectamente razonables, no obstante, en mi opinión la inclusión del tipo

⁸⁸ 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.

agravado por cónyuge, pareja o expareja resulta completamente innecesaria e inidónea puesto que esta resulta de aplicación en la inmensa mayoría de casos, relegando el tipo básico a un segundo plano. Además, en relación con la finalidad preventiva, en lugar de solucionar de raíz una conducta que es cada vez más frecuente en la Sociedad de la Información y Comunicación, el legislador recurre al Derecho Penal engrosando “el catálogo punitivo a través de la inclusión de nuevos delitos (así como) también la agravación de los vigentes”⁸⁹.

Autores como COLÁS TURÉGANO se han mostrado reacios a la introducción de esta nueva agravante al entender que la misma carece de fundamento puesto que se podría reconducir por la agravante genérica de parentesco⁹⁰.

En relación a la segunda agravación, cabe destacar que la introducción de esta responde a la voluntad del legislador de otorgar una mayor y más efectiva protección a los sujetos que requieren de especial protección y tutela. La introducción de esta agravante no resulta extraordinaria si se tiene en cuenta que el Código Penal en todo su articulado prevé agravantes similares para muchos de sus tipos, a título de ejemplo: homicidio, asesinato, lesiones, prostitución.

En lo que a la agravante relativa al fin de lucrarse respecta, habrá que aplicar la definición de finalidad lucrativa que se ha venido aplicando para el caso de los delitos patrimoniales, es decir, “una finalidad de enriquecimiento económico propio o ajeno”⁹¹. Esta finalidad no podrá ser sobrevenida, por tanto, debe darse de manera simultánea o anterior al momento en que se lleva a cabo la divulgación. No obstante, la apreciación de esta agravante resulta problemática puesto que el fin de lucro parece pertenecer a la esfera y espacio subjetivo de los individuos, por tanto, deberán concurrir muchos parámetros y elementos objetivos que permitan su verificación imparcial para la apreciación de la agravante.

⁸⁹ Citado por HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 637.

⁹⁰ Citado por HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 636.

⁹¹ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 639.

4.6 Elemento subjetivo

El dolo se configura como la unión o resultado de la conjunción de dos elementos: el elemento volitivo y el elemento intelectual. En la práctica estos elementos se traducen en la suma del conocimiento del ilícito y la voluntad en la comisión de este. El dolo es conocimiento, conciencia y voluntad de realizar el ilícito. Por consiguiente, en el tipo en cuestión, el dolo incluye tanto el conocimiento como la voluntad de dar difusión -no consentida- al contenido erótico o de marcado carácter sexual que se obtuvo con la anuencia del protagonista⁹².

En el caso de que el sujeto activo busque directa e inmediatamente efectuar esta lesión o menoscabo en la intimidad del sujeto pasivo por medio de la difusión del material en cuestión, se podrá apreciar dolo directo. Para el supuesto de que no se busque directamente este resultado, es decir, que no sea este el fin que se persiga, pero que se asuma el riesgo de la difusión se podrá estimar dolo de segundo grado. Esta clasificación no atiende a la mayor o menor probabilidad con la que se prevea el resultado de efectivo menoscabo grave al bien jurídico de la intimidad. Concurrirá dolo eventual cuando el resultado de la conducta no sea buscado, pretendido ni esperado, pero, no resulte absolutamente improbable⁹³. Cabrá estimar la concurrencia de dolo cuando el que difunda el material:

(1) Persiga lesionar la intimidad divulgando la imagen típica, (2) asuma que dicha lesión se producirá con seguridad aunque no la persiga directamente; (3) o aun ni persiguiendo ni previendo el resultado como seguro, asuma como posible la lesión de la intimidad integrando su causación en su voluntad⁹⁴.

No se contempla la comisión de estos delitos bajo la rúbrica de la imprudencia. El tipo penal objeto de análisis exige dolo, “no admitiendo una modalidad

⁹² GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., & NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de derecho penal: Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 230.

⁹³ GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., & NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de derecho...*, op. cit., p. 230.

⁹⁴ HERAS VIVES, L., *La protección...*, op. cit., p. 600.

culposa, de forma que si la cesión, descubrimiento, o difusión es consecuencia de una conducta negligente, no habrá responsabilidad penal, sin perjuicio de la citada vía civil”⁹⁵.

DÍAZ TORREJÓN plantea la posibilidad de que el material al que posteriormente se da difusión haya sido obtenido previamente por error del protagonista y, por tanto, sin la anuencia de la víctima. Tómesese como ejemplo, el envío por equivocación de una foto que se pretendía guardar en la galería del teléfono o la difusión a un contacto distinto al que se tenía en mente. Cabría plantearse en dichos casos la posible subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma jurídica. Esta operación se ve dificultada e imposibilitada por la conducta descuidada del *sexter*, el error de esta impide el encuadre de tal conducta dentro de los márgenes del nuevo apartado: “la voluntad de la víctima adolece de un error esencial que impide considerar que se dé la anuencia del tipo”.⁹⁶

4.7 Causas de justificación

La concurrencia de una causa de justificación excluiría la antijuricidad de la acción típica, supondría la calificación como lícita de la acción considerada en un principio como ilícita. De acuerdo al artículo 20 del Código Penal quedarán exentos de responsabilidad criminal los que obren en legítima defensa, en el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y los que obren bajo la rúbrica del estado de necesidad justificante.

En relación con la legítima defensa, los tribunales no podrán apreciar la concurrencia de esta causa de justificación al no reunirse los requisitos que exige el legislador en el artículo 20 del Código Penal. No obstante, la comisión del delito de *sexting* secundario en el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo plantea interrogantes. Tómesese como

⁹⁵ DÍAZ TORREJÓN, P., “Tratamiento penal del sexting”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2017, p. 13 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicación%20D%C3%ADaz%20Torrejón,%20Pedro.pdf?idFile=43d70b3a-e3fe-48a1-b222-65c18579552d ; última consulta 13/02/2019).

⁹⁶ DÍAZ TORREJÓN, P., *Tratamiento penal...*, op. cit., p. 14.

ejemplo la difusión por parte de un tutor de un vídeo en el que aparece su pareja manteniendo relaciones sexuales con un menor de edad -tutelado-. En este caso, la difusión ulterior de estos contenidos se efectúa con el objeto de perseguir la penalización del delito que sale a la luz gracias a la difusión del video. No obstante, cabe plantear en este supuesto que lejos de concurrir una causa de justificación que excluya la antijuricidad de la conducta, se trata de un supuesto atípico -y no antijurídico-, donde la difusión del vídeo no pretende ni directa ni indirectamente el grave menoscabo a la intimidad del sujeto pasivo sino la salvaguarda de otro bien jurídico también fundamental.

En relación al estado de necesidad, cabría plantear el supuesto en el que una prostituta que, temerosa por su vida, decide difundir y compartir con las autoridades policiales un vídeo en el que aparece con otro sujeto manteniendo relaciones sexuales. El contenido es difundido por la prostituta con el objetivo de probar el trato de tortura y degradación al que ha estado sometida. Si se diesen todos los requisitos establecidos por ley, se aplicaría la eximente. No obstante, en esta situación sería más fácil el recurso a la eximente de miedo insuperable. El miedo insuperable ha sido calificado como causa de justificación⁹⁷ o de exculpación⁹⁸ en función de si el mal que se evita es mayor o igual al que se evita. Parece que, en el supuesto enunciado, la aplicación de la eximente de miedo insuperable presenta menos dificultades que la justificación del estado de necesidad.

4.8 Culpabilidad

Con carácter general, el Código Penal prevé como causas que excluyen la responsabilidad criminal del sujeto activo la minoría de edad o el padecimiento de anomalías o alteraciones psíquicas -también aquellas provocadas por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas-, el trastorno mental transitorio, así como también el padecimiento de alteraciones en la percepción -ya sea desde el nacimiento o desde la infancia-. Se exige que estas alteraciones anulen la capacidad del

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1971.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal supremo de 15 de junio de 1982.

sujeto para entender lo que es lícito y actuar conforme a dicha comprensión, es decir, han de darse los dos presupuestos; por un lado, la existencia efectiva de una causa biopatológica y, por otro lado, el efecto de anulación producido por dicha causa.

La concurrencia de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal relativas a la edad o la falta de capacidad no requieren especial mención, se aplicarán con carácter general.

Asimismo, tampoco se podrá exigir responsabilidad penal a quién no ha tenido ocasión de saber que sus actos constituyen una infracción penal no justificada. Si el sujeto obra con “la creencia errónea de estar obrando lícitamente”⁹⁹, no se le podrá exigir responsabilidad penal.

4.9 Pena

Para el tipo en cuestión se ha fijado una pena de prisión de tres meses a un año o pena de multa de seis a doce meses. En comparación con la pena de prisión de dos a cinco años, prevista para el apartado tercero del artículo objeto de estudio -197 del Código Penal-, la pena aplicable en casos de *sexting* secundario resulta mucho más rebajada. El legislador ha decidido rebajar las penas con el objetivo de reconocer la menor entidad de la conducta, se da reconocimiento y mérito a la adquisición y acceso lícito al contenido. En lo que a este tema respecta, MARTÍNEZ OTERO explica que la benevolencia del castigo se debe a que “no se produce un asalto o desvelamiento no consentido a la intimidad de un tercero, sino tan solo una difusión de la misma sin el debido consentimiento”¹⁰⁰.

Dada la escasa entidad de la pena de prisión prevista, lo más habitual es que la persona no ingrese en prisión y cumpla la pena con el pago de la multa.

⁹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Lecciones de Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 153.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 17.

4.10 Concurso

El delito de *sexting* secundario contenido en el apartado séptimo del artículo 197 podrá ser apreciado en concurso con otros delitos cuando los hechos que castiga el citado artículo sean, a la vez, constitutivos de otras infracciones penales.

La difusión de imágenes de marcado carácter sexual conculca no solo el bien jurídico de la intimidad sino también la integridad moral del protagonista de los contenidos en cuestión.

Cabe en este punto delimitar las diferencias entre ambos bienes jurídicos. En apartados anteriores se ha definido la intimidad como el derecho de todo individuo a mantener un ámbito o espacio reservado, esto es, fuera del alcance del conocimiento y acción de terceros. Por tanto, se trata de un derecho estrechamente vinculado a la dignidad humana, así como también al libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, la integridad moral -con amparo constitucional en el artículo 15 de la Carta Magna- aparece estrechamente ligada -aunque no dependiente- a la tortura y a los tratos inhumanos o degradantes:

La integridad moral configura un espacio propio [...] y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad¹⁰¹.

Por medio del artículo 15 del texto constitucional se protege “la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular”¹⁰². Siguiendo esta línea, el alto tribunal ha establecido que el derecho a la integridad moral proscribire “con carácter general

¹⁰¹ Fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004, de 2 de noviembre de 2004.

¹⁰² Vid. Fundamento jurídico octavo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio de 1990 (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1990).

los tratos degradantes, y que se conecta directamente con la dignidad de la persona [...] fundamento del orden político y de la paz social”¹⁰³.

Cuando el contenido al que se da difusión incide en la dignidad, identidad y autoestima del *sexter* -también en la expectativa de respeto ajeno-, la lesión a la integridad moral es de igual modo evidente. Pese a que este bien jurídico -integridad moral- se ha formulado de manera indeterminada e imprecisa, su lesión resulta, a todas luces, patente sobre todo en casos de contenidos especialmente explícitos y dañinos. Para que la difusión constituya infracción penal del artículo 173.1, la conducta ha de reunir los requisitos típicos y las exigencias subjetivas que el legislador fija para el citado tipo. En esta línea, la Fiscalía General del Estado ha establecido lo siguiente:

El autor del delito del art.197.7 podría incurrir también en un delito contra la integridad moral del art.173.1 del CP cuando la difusión in consentida lesione no solo la intimidad del afectado sino también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, afecte gravemente a la integridad moral de la víctima¹⁰⁴.

El apartado primero del artículo 173 del Código Penal castiga las conductas que, constituyendo un trato degradante, menoscaben gravemente la integridad moral de la víctima. La difusión a través de una red social de gran alcance o el envío del material en cuestión acompañado de una transcripción de este a los padres -o compañeros de trabajo- del *sexter* hacen notoriamente planteable la cuestión del concurso con el artículo 173.1 del Código Penal. Ante supuestos tales como los recién enunciados en los que el sujeto activo actúa con una mayor perfidia, el trato degradante ha de ser, como mínimo, sugerido y contemplado.

Para estos supuestos se prevé la apreciación de un concurso ideal de delitos de acuerdo al artículo 77 del Código Penal. El párrafo segundo del citado artículo regula la pena a imponer en los casos en que un mismo hecho sea constitutivo de dos delitos diferentes. En el supuesto objeto de estudio, la difusión de las imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual -que efectivamente

¹⁰³ Vid. Fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo 294/2003, de 16 de abril de 2003.

¹⁰⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017*..., op. cit., p. 71.

menoscaben gravemente la intimidad del protagonista- también producirá la lesión al bien jurídico de la integridad moral del sujeto pasivo por las razones previamente expuestas. La determinación final de la pena se hará conforme a las reglas de dicho artículo. Se aplicará la pena prevista para la infracción más grave, esto es, la pena relativa a la lesión a la integridad moral, en su mitad superior sin que ello pueda resultar en una pena superior a la que resultaría de sumar las penas que son de aplicación a ambas infracciones.

Asimismo, si el material erótico o de marcado carácter sexual retrata a menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección cabrá también apreciar concurso con las figuras del artículo 189 del Código Penal. De acuerdo al apartado primero del artículo 189 del Código Penal,

Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años [...] 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.

De nuevo, cabe apreciar la concurrencia de un concurso ideal entre ambas figuras -artículos 197.7 y 189.1.b)-. Para la determinación de la pena resultará de aplicación lo previamente enunciado para la regulación de la pena a imponer en el concurso ideal del delito de *sexting* secundario con la figura del artículo 173 del Código Penal.

5. CONCLUSIÓN

El modelo antropológico en el que está cimentada la juridicidad occidental actual concibe al Ser Humano como un ente con capacidad para ejercerse y determinarse a sí mismo de forma constante y permanente, bajo una condición de asunción inmanente de responsabilidades devenidas de sus actos, los cuales, como tales, se materializan siempre como resultado de un procedimiento de discernimiento volitivo y consciente¹⁰⁵.

¹⁰⁵ DONATO RAMÍREZ, M. A., “Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas” en LÓPEZ ORTEGA, J. J., SALON PIEDRA, J. D., VALENZUELA YLIZARBE, F., *El derecho a la intimidad: Nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 49 (disponible en <https://e->

El ser humano, en tanto que humano, debe tomar a lo largo de su vida muchas decisiones que en mayor o en menor medida perfilarán su porvenir. En un mundo cada vez más digitalizado e interconectado, el ser humano olvida la trascendencia de sus actos; se esconde tras pantallas, interactúa con desconocidos y comparte su vida en la red, dejando al alcance de millones de individuos información más o menos íntima, más o menos comprometedor. Confía en cibernautas -cuya identidad desconoce- que pueden tener acceso y disponibilidad a toda esta información a kilómetros de distancia pero a tan solo un *click*.

Ante el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación, cada vez es más frecuente el recurso al “Derecho al olvido”. Las fronteras del espacio y de la esfera privada se difuminan, lo privado se torna público y lo público, accesible. El legislador tiene que ofrecer respuesta a las nuevas conductas de riesgo que adoptan los propios cibernautas, el Derecho ha de ofrecer respuesta y protección frente a los nuevos retos que la sociedad tecnológica y digital plantea. Son muchas las discusiones y debates doctrinales que giran en torno al papel que ha de jugar el Derecho en la regulación de la protección que merece el bien jurídico de la intimidad. Cuando es el propio individuo el que en un primer momento airea información acerca de su vida privada, ¿se le puede reprochar a otro individuo la utilización de esta información que ha sido aireada de manera libre y voluntaria?

El Tribunal Supremo mantuvo durante un tiempo la doctrina y teoría acerca del “despojo de la intimidad”, entendía que una vez el ser humano airea información acerca de su persona, no merece especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Pese a que este planteamiento ha sido en gran medida superado, la protección penal del bien jurídico de la intimidad plantea no pocos interrogantes.

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24016/derecho_intimidad_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 11/02/2019).

La inclusión del apartado 7 del artículo 197 del Código Penal supuso la criminalización de una práctica social cada vez más enraizada y frecuente en nuestra sociedad. Como se ha puntualizado a lo largo del presente trabajo de investigación, el *sexting* secundario es solo una de las múltiples formas que puede adoptar el tipo contenido en el apartado objeto de estudio.

La inclusión de este delito con la reforma del Código Penal del año 2015 encuentra su razón de ser en el revuelo suscitado por el renombrado caso de Olvido Hormigos, concejala del toledano municipio de los Yébenes. Varios autores, entre los que cabe destacar a QUERALT, han apuntado que la inclusión del nuevo tipo penal es consecuencia directa de un punitivismo oportunista que ha hecho de la voz y clamor de un pueblo revolucionado, sensacionalista y populista, el mandato que el legislador ha de cumplir;¹⁰⁶ olvidando que el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio* de todo ordenamiento jurídico democrático y de derecho. Penar la conducta de *sexting* secundario en sede penal supondría, a ojos de estos autores, contravenir directa y abiertamente el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal. Resultaría desproporcionado puesto que, pese a que la lesión al bien jurídico es innegable, su resultado es completamente evitable. Así, en palabras de OTERO, “el nuevo tipo delictivo avala la irresponsabilidad del sujeto, ofreciendo una solución paternalista que da carta de naturaleza a conductas inconscientes”¹⁰⁷.

Siguiendo esta línea, cabe matizar que la inclusión de este nuevo precepto tiene lugar en un momento histórico de “clara relajación de costumbres en materia de intimidad o, si se prefiere de una pérdida de las normas de auto vigilancia de las personas respecto de las imágenes íntimas”¹⁰⁸. Cabe cuestionar en este punto si el legislador ha de ofrecer protección penal frente a estas conductas del todo imprudentes. Si el individuo rebaja las expectativas de intimidad por actos propios, si cede voluntariamente imágenes que, en caso de difundidas,

¹⁰⁶ QUERALT JÍMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 337.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p. 11.

¹⁰⁸ QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 465.

lesionarán gravemente su intimidad; ¿merece esta conducta de reproche penal? Siguiendo con esta línea de pensamiento, cabe mencionar el recurso habitual por parte del Tribunal Supremo a la doctrina jurisprudencial de la “intimidad compartida”¹⁰⁹. Esta doctrina postula lo siguiente:

Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico¹¹⁰.

Para los seguidores de esta doctrina, la confianza que deposita el *sexter* en el destinatario de sus mensajes no merece de especial blindaje jurídico por parte del Derecho Penal. Entienden desproporcionada la respuesta que ha dado el legislador, hubiese sido más acertado “fomentar conductas responsables en las personas, no proteger -¡penalmente!- su inconsciencia de modo paternalista cuando realizan de modo tan voluntario como irresponsable exhibiciones de su intimidad que posteriormente escapan de su control”¹¹¹.

Ciertamente, ante lesiones poco graves del bien jurídico de la intimidad estas doctrinas -“intimidad compartida” y “despojo de la intimidad”- resultan acertadas, no obstante, el escenario ha cambiado, en un contexto de hipersexualidad *digitalizada* y exploración *cibernética* del deseo, las lesiones al bien jurídico son cada vez más graves y patentes. El material que se envía es cada vez más visual y, por ende, comprometedor. La lesión al bien jurídico es grave por lo que la injerencia e intromisión del Derecho Penal queda justificada.

Me posiciono, por tanto, en contra de las tesis defendidas por OTERO y QUERALT, así como también, con la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la “intimidad compartida”. Entiendo necesaria la inclusión del nuevo tipo penal, la conducta de *sexting* secundario constituye una lesión grave a un bien jurídico fundamental y, por ende, el reproche y blindaje penal se hacen necesarios e

¹⁰⁹ MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 15.

¹¹⁰ MENDO ESTRELLA, Á., *Delitos de descubrimiento...*, op. cit., p. 15.

¹¹¹ MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La difusión...*, op. cit., p.15.

ineludibles. No obstante, estimo también oportuno la necesidad de poner en marcha todo un conjunto de mecanismos preventivos que funcionen como medidas represivas que eviten la comisión del ilícito en cuestión.

CESARE BECCARIA abogaba por el fomento de la educación y la virtud como detentores de la comisión de delitos. Varias centurias más tarde, su reflexión sigue resultando igual de útil pese a que peca, en mi opinión, de cierto idealismo y buenismo. Así, BECCARIA¹¹² establece lo siguiente:

Otro medio de prevenir los delitos es de recompensar la virtud. Acerca de este punto observo un silencio universal en las leyes de todas las naciones de la actualidad. Si los premios propuestos por las academias para los descubridores de verdades útiles han multiplicado tanto los conocimientos y los buenos libros, ¿por qué los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano no habrían de multiplicar del mismo modo las acciones virtuosas?

Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de prevenir los delitos es perfeccionar la educación [...] en impulsar a la virtud por la fácil vía del sentimiento, y en desviarla del mal por la vía infalible de la necesidad y de lo inconveniente, y no por la incierta del mando, [...] no (se) obtiene más que una simulada y pasajera obediencia.

En palabras del autor, “la moneda del honor es siempre inagotable y fructífera en manos de su prudente distribuidor”¹¹³. Quién no rebaja o relaja las expectativas de intimidad y confidencialidad del bien jurídico intimidad, no podrá sufrir lesión alguna en dicho bien jurídico. Como se ha venido reiterando a lo largo del presente trabajo, el *sexter* es el que habilita y posibilita la comisión del tipo penal objeto de análisis.

Con carácter general, educar a la población podría eludir la comisión de un gran número de ilícitos, pero, en el caso que nos ocupa, la educación y la virtud son cruciales como medidas detentoras. Si los potenciales *sexters* alcanzasen a entender los peligros que entrañan las nuevas redes, cómo las imágenes que difunden pueden llegar en tal solo milésimas de segundo a cualquier dispositivo conectado a la Red; posiblemente, se lo pensarían dos veces.

¹¹² BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. F. TOMÁS Y VALIENTE, Orbis, Barcelona, 1984, p. 115.

¹¹³ BECCARIA, C., *De los delitos...*, op. cit., p. 115.

No obstante, pese a que una educación virtuosa evitaría un gran número de ilícitos, la moral del hombre ha resultado estar, en no pocas ocasiones, desviada por naturaleza sin que la educación pudiera remediarlo. Ha de establecerse una sanción que permita, en la medida de lo posible, reparar el daño ocasionado. Ante los supuestos más graves, la vía civil resulta insuficiente y, por ende, la vía penal se erige como necesaria.

Pese a mostrar conformidad con la inclusión del nuevo tipo, cabe plantear en este punto las mejoras que se podrían dar a la redacción, en ciertos aspectos ambigua, que dio el legislador. Tal vez este hubiera sido más acertado al circunscribir este tipo penal a la conducta de *sexting* secundario puesto que desde su inclusión ha sido alegado exclusivamente en casos de *revenge porn*. Asimismo, entiendo innecesaria la inclusión del tipo agravado por cónyuge, pareja o expareja pues entiendo que este resulta de aplicación en la inmensa mayoría de casos, relegando el tipo básico a un segundo plano.

Del mismo modo, entiendo que el tipo en cuestión debería mencionar de manera expresa y explícita el envío de *selfies*, esto es, material grabado o capturado por el propio protagonista de este; poniendo de este modo fin al debate interpretativo acerca de la idoneidad y adecuación de su inclusión. La lesión al bien jurídico es la misma tanto si el material es grabado por el propio protagonista como si la grabación es consentida por el mismo.

Al margen de estas puntualizaciones, entiendo necesaria y justificada la inclusión del nuevo tipo penal con la reforma del año 2015.

BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales:

- AGUSTINA, J. R., & GÓMEZ-DURÁN, E. L., “Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 22, 2016, p. 32- 58.
- ALBURY, K., CRAWFORD, K., BYRON, P., & MATHEWS, B. “Young people and sexting in Australia: Ethics, representation and the law” *ARC Centre of Excellence in Creative Industries and Innovation at the University of New South Wales*, 2013, p. 1-27 (disponible en https://eprints.qut.edu.au/109550/1/Young_People_And_Sexting_Final.pdf; última consulta 11/02/2019).
- ARELLANO TOLEDO, W., & OCHOA VILICAÑA, A. M., “Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información y en el entorno TIC”, *Revista IUS*, n. 31, 2013, p. 183-206.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. F. TOMÁS Y VALIENTE, Orbis, Barcelona, 1984, p. 111-115.
- CASTELLÓ NICÁS, N., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en MORILLAS CUEVA. L., *Estudios sobre el Código Penal Reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 493.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T., & ESTRADA I CUADRAS, A., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ J. M., & RAGUÉS I VALLÈS, R., *Lecciones de Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2015, p.153-178.

- DÍAZ TORREJÓN, P., “Tratamiento penal del sexting” *Centro de Estudios Jurídicos*, 2017, p. 1- 19 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicación%20D%C3%ADaz%20Torrejón,%20Pedro.pdf?idFile=43d70b3a-e3fe-48a1-b222-65c18579552d ; última consulta 13/02/2019).
- Díez-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013, p. 42.
- DONATO RAMÍREZ, M. A., “Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas” en LÓPEZ ORTEGA, J. J., SALON PIEDRA, J. D., VALENZUELA YLIZARBE, F., *El derecho a la intimidad: Nuevos y viejos debates*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 49 (disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24016/derecho_intimidad_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 11/02/2019).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*, p. 1-81.
- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., & NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de derecho penal: Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 230.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J., GÓRRIZ ROYO, E., & MATALLÍN EVANGELIO, Á., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 663- 684.
- HERAS VIVES, L., “La protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español”, *Depósito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona*, 2017, p. 1-719 (disponible en <https://ddd.uab.cat/record/189646?ln=ca>; última consulta 11/02/2019).

- JAREÑO LEAL, Á., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008, p. 105.
- JUANATEY DORADO, C., & DOVAL PAÍS, A., “Límites de la protección penal de la intimidad” en BOIX REIG, J., & JAREÑO LEAL, A., *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, p. 127-170.
- LLORÍA GARCÍA, P., “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, *Elderecho.com*, 2013 (disponible en <https://elderecho.com/la-difusion-inconsentida-de-imagenes-intimas-sexting-en-el-proyecto-de-codigo-penal-de-2013>; última consulta 21/02/2019).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., VILLEGAS GARCÍA, M., & ENCINAR DEL POZO, M., *Código Penal Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 616-618.
- MAGRO SERVET, V., “Los delitos de Sexting (179.7) y Stalking (172) en la Reforma del Código Penal”, *Ponencia de formación continuada Fiscalía General del Estado*, 16 marzo 2015.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: Un análisis jurídico”, *Derecom*, n. 12, 2014, p. 1-15.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, Publicaciones del *Boletín Oficial del Estado*, n. 32, 2016, p.409-430.
- MENDO ESTRELLA, Á., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, n. 18-16, 2016, p. 1-27.
- MERCADO CONTRERAS, C., & PEDROZA CABRERA, F., & MARTÍNEZ MARTÍNEZ, K., “Sexting: your definition, risk factors and

- consecuencias”, *Revista Sobre La Infancia y La Adolescencia*, vol. 0, n. 10, 2016, p. 1-18.
- MILANESE, P., “El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima”, *Repositorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg*, 2003, p. 1- 21 (disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf; última consulta 11/02/2019).
 - MUÑOZ CONDE, F., & GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.72-84.
 - QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.337-338.
 - QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Barcelona, 2010, p. 69.
 - QUINTERO OLIVARES, G., & MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 462-468.
 - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española en línea*, 2018.
 - RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Tutela penal de la privacidad compartida. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas” *Centro de Estudios Jurídicos*, 2015, p. 14 (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20escrita%20Rodriguez_Fernandez.pdf?idFile=cbf06fcf-788e-4ff9-a47d-759b4ca71b8e; última consulta 21/02/2019).
 - ROVALETTI, M., L. “Derechos Humanos, Sociedad de la Información y Sociedad de Riesgo”, *Acta Bioética*, vol. 16, n. 2, 2010, p.174-179.

- SALGADO SEGUIN, V., “Nuestros derechos, en riesgo Intimidad, privacidad y honor en internet”, *Telos*, n. 86, 2010, p.66-76.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 27, 2018, p. 36.
- VOLPATO, S., “El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información”, *Depósito de Investigación Universidad de Sevilla*, 2016, p. 52-119 (disponible en <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/52298>; última consulta 08/02/2019).
- ZÁRATE CONDE, A., *Derecho penal parte especial obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la carrera judicial y fiscal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p.236-241.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Lecciones de Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.153.

Jurisprudencia:

- **Juzgado de Primera Instancia:**
Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº1 de Orgaz (Toledo), de 15 de marzo de 2013.
- **Audiencia Provincial:**
Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 445/2016, de 10 de noviembre de 2016 (ROJ: AAP CA 670/2016).
- **Tribunal Supremo**
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1971 (RAJ: 2287).
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1982.
Sentencia del Tribunal Supremo 294/2003, de 16 de abril de 2003 (Nº recurso: 3075/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004, de 2 de noviembre de 2004 (Nº recurso: 641/2004).

- **Tribunal Constitucional:**

Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1983, de 14 de junio de 1983 (BOE núm. 168 de 15 de julio de 1983).

Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre de 1988 (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988).

Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio de 1990 (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1990).

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero de 1994 (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994).

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril de 1994 (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1994).

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo de 2001 (BOE núm. 104 de 1 de mayo de 2001).

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio de 2001 (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001).

Legislación:

- Constitución Española de 1978 (BOE 29 de diciembre de 1978).
- 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 (BOE 14 de mayo de 1982).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 14 de diciembre de 1999).
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE 12 de julio de 2002).
- 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 (BOE 31 de marzo de 2015).