

**EL “*SEXTING*” COMO TIPO ESPECÍFICO DEL DELITO DE
DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DEL
ARTÍCULO 197 DEL CÓDIGO PENAL.**

**"*SEXTING*" SUCH AS A SPECIFIC TYPE OF THE
DISCOVERY AND DISCLOSURE OF SECRETS CRIME OF
ARTICLE 197 OF THE PENAL CODE.**

Autores:

D. Antonio Aznar Domingo
Doctor en Derecho, *Ph.D.*
Abogado.

D. Francisco Martín García
Abogado.
Doctorando en Derecho

RESUMEN

En este artículo se analizan las nociones jurídicas del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 del Código Penal. El auge de las nuevas tecnologías propició la aparición de nuevos delitos que atentaban contra la intimidad, entre ellos, el intercambio de imágenes de carácter sexual. La reforma del Código Penal del año 2015 intenta dar cabida y reproche jurídico a esta conducta, por lo que surge el tipo penal específico del delito de descubrimiento y revelación de secretos regulado en el art. 197.7 CP. En este sentido, se procede a realizar una valoración jurídica de la conducta del *sexting* del art. 197.7 CP, que incluirá reflexiones personales de este autor.

Palabras clave.

Sexual, consentimiento, descubrimiento, difusión, intimidad, *sexting*, plataformas digitales.

Abstract

In this article it is analyzed the legal qualification of the discover and disclosure of secret crime of the article 197 of the Penal Code. The development of new technologies provoked the appearance of new crimes which attacked to privacy, among them, the exchange of sexual photographies. In 2015, the reform of the Penal Code tried to give legal reproach to this conduct, so it made that appeared the penal specific type of discover and disclosure of secrets crime regulated in the article 197.7 CP. In this way, I am going to make a juridical valuation of the sexting crime which including personal reflections of this author.

Keywords.

Secrecy, consent, discovery, broadcasting, intimacy, sexting, digital media.

ÍNDICE

1. Introducción

2. El delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 Código Penal

2.1 Conducta típica

2.2 Bien jurídico protegido

2.3 Sujetos

2.4 Tipos agravados del delito

2.5 Conclusiones provisionales sobre este delito

3. El sexting

3.1 Inclusión del *sexting* como tipo específico del art. 197.7 del Código Penal

3.2 Posturas jurisprudenciales respecto a la inclusión del *sexting* en el delito de descubrimiento y revelación de secretos

3.3. El *sexting* como delito

4. Difusión sin el consentimiento del sujeto pasivo

4.1 El requisito de la anuencia

4.2 El elemento espacial del delito

4.3 Exigencia de grave afectación a la intimidad

4.4 Régimen jurídico

5.- Tipo subjetivo. Dolo y error de tipo delictivo.

5.1 Subtipos agravados.

6.- Conclusiones

Bibliografía

Jurisprudencia

1.- INTRODUCCIÓN

La modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trae consigo numerosas modificaciones en relación a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, los cuáles se encuadran en el Capítulo I del Título X del Libro II del texto punitivo, bajo la rúbrica de *Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. Esta nueva regulación es consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico de la Directiva 2013/40/UE, que tiene por objetivo dar una mayor libertad al legislador para dar respuesta penal a determinadas situaciones, particularmente relacionadas con la divulgación de fotografías o grabaciones de una persona que, con independencia de su consentimiento, se comparten con otras personas, perjudicando gravemente su intimidad más personal, el denominado *sexting*.

La habitualidad en el uso de Internet y el aumento generalizado de los *Smartphone* ha producido un crecimiento exponencial de la distribución de información confidencial – sexual- entre personas. Esto ha derivado en un nuevo modelo de relaciones sociales que se caracteriza por la hipersexualidad.

Del uso masivo de Internet y de las TICS han derivado una serie de conductas delictivas que, no han sido reguladas específicamente hasta la reforma precitada del CP. Este es el caso del *sexting*, el cual se regula finalmente en el apartado 197.7 CP, en los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos que atentan contra el derecho a la intimidad. Esta conducta que consiste en la difusión de imágenes de contenido sexual sin el consentimiento del protagonista y que se lleva a cabo mediante un teléfono móvil o cualquier dispositivo con acceso a Internet.

En base al planteamiento de un supuesto de hecho, este artículo analiza el delito de descubrimiento y revelación de secretos y la conducta del *sexting*. Se comienza estudiando la posible aplicación al supuesto del tipo básico del delito de descubrimiento y revelación del art. 197, y por ende, se hace un análisis de las características jurídico-penales del mismo. Como se hará referencia a lo largo del estudio, la conducta principal de este ilícito está constituida por la acción de *descubrir*. Con el foco de la jurisprudencia y la doctrina, se plantea la viabilidad de incluir la conducta del supuesto de hecho en dicha acción, a pesar de partir de la premisa de que la información que obtiene el sujeto activo del delito es obtenida consentidamente de la persona afectada.

Posteriormente, se hace referencia a la conducta del *sexting*, destacando su inclusión en la reforma del Código Penal del año 2015, como tipo específico del delito de descubrimiento y revelación de secretos. La importante exposición de la intimidad que se efectúa por la persona afectada, el intercambiar contenido sexual, sitúa a ésta en una situación de grave riesgo para sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, en la medida en que los mensajes digitales recibidos pueden ser reenviados o reproducidos de forma indiscriminada por el receptor.

Por tanto, el objetivo de este artículo es el estudio de la intensificación de la divulgación de secretos, constituidos principalmente por contenido de carácter sexual y sin consentimiento, a través de las redes sociales por medio de la conducta del *sexting* y la caracterización e inclusión de esta conducta respecto a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP; como también, abordar el tratamiento jurídico de los mentados delitos.

2. EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DEL ART. 197 CÓDIGO PENAL.

2.1. Conducta típica.

De acuerdo al artículo 197 CP ¹, el delito de descubrimiento y revelación de secretos se puede definir como la acción típica y culpable de descubrir determinados hechos de carácter íntimo y confidenciales de una persona, sin su consentimiento, para posteriormente, revelarlos a otras personas que, con su condición de terceros, no deberían de conocer de su contenido. Esta acción de obtención de secretos es realizada por el culpable, a través del apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o telefónicos, imágenes o cualquier otro documento que se considere que tiene un efecto personal para el perjudicado, por medio de instrumentos de escucha, que permiten la transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen. ²

El acto de descubrimiento es vinculado por la doctrina con el sinónimo de *apoderamiento*, pues como así destaca MUÑOZ CONDE, si se conocen los secretos documentales de otro pero, el sujeto activo no se apodera de los efectos confidenciales que los componen, no podrá apreciarse este delito.³ A su vez, se exige que para incurrir en este tipo delictivo debe haber un desplazamiento físico del contenido íntimo a la esfera de disponibilidad del sujeto activo. Esta teoría que augura el apoderamiento y el desplazamiento físico de la información confidencial al poder del sujeto activo se denomina como teoría patrimonialista. ⁴

El auge de las TICS ha determinado que surjan detractores a esta teoría, pues la información confidencial – a extramuros de los documentos físicos- no puede ser objeto de aprehensión física. En este sentido se considera que el mero acceso intelectual o la captación visual del contenido íntimo de un soporte informático son ya suficientes para entender realizado el acto de apoderamiento. ⁵

¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24/11/1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, óp. cit., art. 197.

³ JORGE BARREIRO, A. (2002). *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995: un análisis del artículo 197 del CP*. Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid. Madrid. p. 100.

⁴ SÁNCHEZ-ESCRIBANO, MARÍA ISABEL (2017). *Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVII.

⁵ MORALES PRATS, F. (2016). *Titulo X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. En G. Quintero Olivares (Dir.) y Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi. Pamplona. p. 455.

JORGE BARREIRO afirma que la apreciación de la relevancia típica del apoderamiento exige relacionarlo con la finalidad -la preposición "*para*"- de descubrir los secretos o de vulnerar la intimidad de otro, y que el delito se considerará consumado con la realización de la conducta de apoderamiento de documentos o efectos personales, sin necesidad de que se conozca el contenido del documento o del efecto personal.⁶

Por tanto, este delito se define primero, como un delito de intención pues la voluntad del autor es llevar a cabo una posterior actividad distinta de la conducta típica, por ejemplo, la difusión a terceros, pero sin necesidad de que se produzca efectivamente; y también, como un delito mutilado en dos actos y de consumación anticipada, pues el acto de apoderamiento opera como un mero instrumento para cumplir la finalidad posterior a la que tiende el sujeto activo.⁷

El tipo básico de este delito, de descubrimiento y revelación de secretos, del art. 197.1 CP, se encuentra recogido en su apartado 1 y 2.

En lo referente a primer tipo básico, el art. 197.1 CP hace referencia a dos tipos de conductas, por un lado, la referente al apoderamiento de todo tipo de soporte documental, ya sean papeles, cartas, mensajes telefónicos o un correo electrónico que tengan un carácter personal, y les dota de un carácter de secreto. En correlación con esta primera conducta, la segunda se basa en la interceptación de las telecomunicaciones con el fin de adentrarse en una conversación ajena, en la que no es interviniente el presunto culpable, lo que provoca una vulneración de la intimidad de los intervinientes derivada del acceder de manera ilegítima a un contenido de carácter confidencial y secreto.⁸

El **segundo tipo básico** recogido en el apartado 2 del citado artículo, se aplica para aquellos casos en los que el descubrimiento de los secretos se haya realizado por medio de soporte electrónico, por ejemplo, a través de un *hackeo* informático⁹ donde las personas autoras del mismo, obtienen multitud de información confidencial recogida en ficheros informáticos.

⁶ JORGE BARREIRO, A. (2016). *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995... óp. cit., p.102.*

⁷ QUERALT JÍMENEZ, J. J., (2015), *Derecho Penal Español parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia. p. 337.

⁸ JORGE BARREIRO, A. (2016). *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995... óp. cit., p. 103.*

⁹ *El hackeo hace referencia a las actividades ilegales y maliciosas que buscan comprometer los dispositivos digitales, como ordenadores, teléfonos inteligentes, tabletas e incluso redes enteras.*

Ambos tipos básicos coinciden en que no es necesaria la posterior difusión de los archivos para incurrir en el ilícito penal pues, sus conductas típicas llegan solamente a consumarse con el simple apoderamiento e interceptación de datos personales, sin que sea necesario que se produzca un efectivo descubrimiento de los secretos o la vulneración real de la intimidad, por ejemplo, por medio de la difusión de la información obtenida.

En líneas generales, se entiende a este delito como el quebrantamiento de la protección a la intimidad que la CE reconoce en el artículo 18¹⁰, con la consideración de un derecho fundamental, donde se consideran intransitables ciertos ámbitos de privacidad de los ciudadanos, con el fin de excluir el conocimiento por terceros de hechos reservados para sí mismo. Por tanto, la interferencia que un tercero realice en tales ámbitos, sin consentimiento, será la conducta típica del delito que analizamos en éste trabajo.

2.2. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido en este delito es el derecho fundamental a la intimidad, garantizado por la CE en su artículo 18, disponiendo literalmente que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”*

Con respecto al concepto de intimidad, el TS con el paso de los años, ha pasado de definirlo como el derecho que tenemos las personas a no sufrir injerencias de terceros en nuestro círculo más privado, a una definición que abarca más ampliamente la conducta típica de este delito. A su vez, el Tribunal Constitucional complementa el concepto del derecho a la intimidad definiéndolo como *“aquella garantía que se le concede al individuo de un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros, sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida”*.¹¹

La STS 666/2006¹² habla del término *“secreto”*, y lo considera como *“conceptualmente indisociable del de intimidad, es decir, del ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”*⁸. Se podría decir que cada información relativa al ámbito privado de las personas, el cuál por tener la condición de tercero, hace desconocer su contenido, se puede definir como un secreto, y de acuerdo a lo citado, queda prohibido la obtención ilegítima de su contenido.

¹⁰ España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29/12/1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

¹¹ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia de 15 de junio de 1999 con ROJ STC 134/1999.

¹² España. Tribunal Supremo (Sala Segunda) Sentencia de 19 de junio de 2006 con ROJ STS 666/2006.

Con referencia a lo anterior, el ámbito del secreto con las nuevas tecnologías se hace aún más amplio, y también de mayor facilidad para ser obtenidos por medios informáticos. El conocimiento ilegítimo de la información confidencial constituye la vulneración del derecho fundamental a la intimidad y, como tal, merece protección penal frente a las conductas y ataques más graves.¹³

Por tanto, el bien jurídico protegido de este delito es la intimidad, y en concreto, la individual, de ahí que el término de secreto adquiriera gran importancia para la configuración de este tipo penal, quedando definida en la, ya precitada, STS 666/2006: “*la intimidad individual constituye el bien jurídico protegido de este delito, resultando el concepto de secreto conceptualmente indisociable de la misma, pues este se circunscribe al ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás.*”

2.3. Sujetos.

Con respecto a los términos de sujeto activo y pasivo, el sujeto activo es referido a la persona que se considera como autora de la conducta punible, es decir, en este caso es aquella persona que obtiene ilegítimamente la información privada del sujeto pasivo, que se constituye como la persona afectada. En este delito no se exige ninguna especialidad para ser sujeto activo, por lo que, puede serlo cualquier persona sin condición.

Entre los **sujetos** que intervienen en este ilícito penal, no solo se circunscribe a las personas de receptor y emisor directos del contenido, pues el legislador ha pasado a sancionar aquellas conductas en la que la difusión no es sólo realizada por el receptor directo, a también aquellas que son realizadas por terceros, los cuales reciben dichas imágenes y luego son estos quienes las reenvían a otros los cuales, en un principio, son incluso desconocidos para el receptor principal. Esta sanción del legislador se debe a que, al tratarse de un delito informático y dada la facilidad de las redes sociales para la difusión instantánea de este contenido, no puede quedar impune el resto de conductas que se derivan secundariamente de la difusión principal.

En la persona del sujeto activo debe concurrir para este ilícito penal, la existencia del dolo, es decir, la intención y la voluntad de vulnerar la intimidad ajena.¹⁴

¹³ MUÑOZ CONDE, F., & GARCÍA ARÁN (2010), *Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 72.

¹⁴ JORGE BARREIRO, A. (2016). El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995... óp. cit., p. 101.

En atención a la modalidad básica del delito se castiga al acusado con penas de prisión que van desde 1 a 4 años y con pena de multa de duración determinada entre 12 y 24 meses, para dos conductas que la jurisprudencia considera como distintas y que, por ello deberían tener una calificación penal distinta. Estas dos conductas son el apoderamiento de documentos o efectos personales y la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de medios técnicos de escucha para el conocimiento del secreto, la cual, sobre esta última, considera la doctrina que debería ser penada de manera más grave conforme a la primera acción, al producir una mayor vulneración del derecho a la intimidad de la víctima.

Para los tipos agravados el CP castiga con las penas de prisión de entre dos y siete años, en atención a cada uno de los apartados del art. 197 CP. Para determinar la pena concreta de cada uno de ellos, primero ha de identificarse la conducta y posteriormente se conllevará a la concreción de la pena, con base en la abstracta.

La doctrina considera que las conductas que configuran este ilícito penal sólo pueden realizarse mediando el dolo, excluyéndose la posibilidad de que se haya cometido de manera imprudente, pues para llevar a cabo este delito, el sujeto activo conoce las consecuencias de su acción, como también tiene voluntad para descubrir informaciones de carácter ajeno como la intención de difundirlos a terceros, con el fin de provocar una vulneración y un daño irreparable en la intimidad, en el honor y en la dignidad de la víctima.¹⁵

Asimismo, autores como OLMO FERNÁNDEZ DELGADO aprecian la posible cabida de dolo eventual “*exigiéndose la doble condición en el sujeto de que -en primer lugar- conozca o contemple la posibilidad de que la acción lleva aparejada un peligro inmediato que producirá un resultado lesivo, y -en segundo lugar- que ejecute la acción -asumiendo la eventualidad de que el resultado.*”¹⁶

Con respecto al sujeto pasivo, este puede serlo cualquier persona física y, conforme al art. 200 CP, también las personas jurídicas, es decir, asociaciones, sociedades, comunidades de bienes y cualquier otra organización a la que el ordenamiento jurídico confiera personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes ¹⁷ .

¹⁵ JORGE BARREIRO, A. (2016). El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995... óp. cit., p. 104.

¹⁶ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L. (2014), *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013*. Revista de Derecho y Proceso Penal nº 35. Dialnet. La Rioja. pp. 183-220.

¹⁷ OSA OTERO, S. (2021). *Delito de descubrimiento o revelación de secretos del artículo 197.1 CP*.

Consecuentemente el artículo 201 CP objeta que para poder incoarse un proceso penal en el que se permita este delito del art. 197 CP, será necesaria denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal, y esto se debe a que, al ser un delito de carácter semiprivado, precisa la autoridad judicial, de autorización por parte del titular del derecho, debido a la disponibilidad sobre el bien jurídico. Como excepción a la denuncia, cuando el delito sea cometido por un funcionario público, o cuando la comisión del delito afectase a los intereses públicos, a una pluralidad de personas, o la víctima fue menor de edad o persona con discapacidad podrá ser incoado de oficio con la acusación del Ministerio Fiscal.¹⁸

En particular, para este delito el sujeto pasivo es el titular de la información personal que tiene un carácter confidencial. Este carácter dota a dicha información de que para su conocimiento y posible difusión debe contarse con el consentimiento de su titular. En este tipo penal el sujeto pasivo siempre va a ser aquella persona que ve vulnerada su intimidad, por medio de una acción típica de descubrimiento y revelación de secretos.

La vulnerabilidad de la intimidad de la víctima no siempre se va a producir por medio del conocimiento de un tipo de información en concreto; esta es variada, por lo que, el ápice de información confidencial, personal e íntima lo aportan las características personales del sujeto, de ahí, que haya multitud de datos que pueden ser objeto de este delito, y que se difieren unos de otros, en atención a su titular.

Es destacable, el perdón del ofendido que juega un papel relevante en cuanto a la responsabilidad penal del acusado, pues como así recoge el apartado tercero del artículo 201 CP, se extingue la acción penal invocada o la pena impuesta, con la salvedad de que se trata de delitos contra menores o incapacitados, ordenando el juez la continuación del procedimiento, o el cumplimiento de la condena que recaiga.

Por tanto, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, que es la intimidad, y a su vez del objeto material descubierto, constituido por la información o datos de carácter reservado para la víctima, y que además de ejercer la acción penal puede ejercer la acción civil con las pretensiones de la reparación del daño producido y de la indemnización por daños y perjuicios, siempre que el ilícito penal del que deriva la acción civil sea culpable y típica, tal como establece el art. 109 CP.¹⁹

¹⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 200.

¹⁹ GONZÁLEZ COLLANTES, T., (2015), *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras*, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, nº 13. Madrid. p. 69.

2.4. Tipos agravados del delito.

Las causas que motivan la agravación de este delito son las siguientes:

a) Que una vez descubierta la información confidencial, **el secreto, se proceda a su difusión, revelación o cesión a terceros**. En el art. 197.3 CP se concibe a esta agravante, como la presunción de la comisión de alguno de los tipos básicos de los apartados anteriores, a los que se suma otras conductas, como pueden ser la difusión, la revelación y la cesión a terceros, ya sea por medio de la utilización de instrumentos de comunicación, ya tenga un único o múltiples destinatarios, o con el fin de que la persona que lo recibe use dicha información.²⁰

Para esta agravante es de aplicación la STS 302/2008, en la cual una de las partes, aprovechándose de conocer una serie de correos electrónicos confidenciales de la otra parte, procede a utilizarlos en su provecho, considerando así el Tribunal que se incurre en un delito del art. 197.3 CP pues *“En todo caso, nos encontramos ante un supuesto de cesión de datos... que se produce con una finalidad concreta, que se consumaría con su transmisión indebida a los efectos de dilucidar unos derechos hereditarios, cesión que era innecesaria salvo que se persiguieran fines absolutamente reprobable”*²¹

Según las características del sujeto activo, como encargado o responsable, el art. 197.4 CP aplica como agravante el hecho de que quienes realicen el ilícito penal sean las personas que han de salvaguardar el contenido de dicha información, por lo tanto, quedan incluidos como sujetos activos de estos delitos los encargados o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros.²²

b) Si la **información que se obtiene versa sobre datos de carácter íntimo y personal de la víctima**, relativos a la ideología, religión, creencias, origen racial o vida y libertad sexual. Se encuentra recogido en el art. 197.5 CP, y en este caso, se le da el carácter de agravante dada la vulnerabilidad de los secretos, pues el contenido de los mismos ataca a los denominados como datos sensibles y, por ello, de manera más férrea, a los derechos fundamentales del honor y la dignidad.

²⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, óp. cit. art. 197.3

²¹ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda) Sentencia de 27 de mayo de 2008 con ROJ STS 302/2008.

²² MARTÍN, M. Á. R. (2004). *Protección penal de la intimidad personal e informática: (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*. Atelier Editorial. Barcelona., p. 103.

En particular, la SAP 3/2021, en un supuesto donde un funcionario del Cuerpo de Bomberos instaló una cámara en el vestuario de mujeres con el fin de verles en ropa interior, ha considerado que debe haber una afectación de la vida sexual y explícita de las afectadas para apreciar esta agravante, entendiendo que un cuerpo al desnudo no implica sexualidad. Dicha sentencia dice que si no hay afectación a la vida sexual de las personas, no se trata de una grabación de actos sexuales explícito, al carecer estos actos de contenido que impliquen la afectación a la sexualidad en cuanto expresión o manifestación de la persona, o la exteriorización de su práctica, y por tanto que no se encuadra en lo que puede entenderse como vida sexual, determinando que la agravación ha de reservarse para supuestos en los que el ataque a la intimidad (obtención de las imágenes sin el consentimiento) tenga contenidos de actos de sexualidad explícita.²³

c) **Las características del sujeto pasivo**, cuando se trate de datos sensibles que afecten a menores o incapaces. Este supuesto se encuentra vinculado al anterior en referencia a los datos de carácter personal, pero con la consecuencia añadida que se trata de un menor de edad o persona con una especial necesidad de protección.

Esta agravante queda recogida en la STS 1045/2011, en la cual el encausado alegando ser ginecólogo de profesión, cuando realmente no lo era, examinaba a las mujeres que en su consulta le visitaban, y aprovechándose de su situación les introducía su pene, sin que ellas lo supieran, y lo grababa en vídeos para su posterior reproducción.

La acción que desarrollaba como *modus operandi*, con cada una de sus “*pacientes*” era la siguiente: “*le introdujo su pene en la vagina sin que ella en ningún momento fuese consciente de lo que le estaba haciendo pues momentos antes, con el pretexto de tratarle un problema de matriz baja, le enseñó un aparato en forma de consolador comentándole que se lo iba a introducir en su vagina para paliar los efectos de dicha patología derivados, grabando los dos actos con una cámara de video que luego copió en un DVD, que tituló 'ligadura de trompas'.*”

En este caso, una de las víctimas fue menor. Por ello, se cumple con lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 197, precepto que tiene por objeto, la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, incluyendo aquellos supuestos en los que la víctima fuera menor de edad o incapaz, y que justifica que la pena se vea agravada en su mitad superior, con respecto a la pena dispuesta por los preceptos anteriores.²⁴

²³ España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de 17 de febrero de 2021 con ROJ SAP 3/2021.

²⁴ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda) Sentencia de 14 de octubre de 2011 con ROJ STS 1045/2011.

d) **Que tenga finalidad lucrativa.** El lucrarse suele ser el motivo principal por el que, el autor de la conducta típica suele obtener la información de carácter confidencial, generalmente imágenes íntimas, para luego venderlas a un público que espera de ellas, sin pudor alguno en si se trata de menores, y sin pensar en las posibles consecuencias traumáticas que para la víctima tiene el hecho de que sus fotografías, que quizás ni ha compartido con ningún tercero, como puede ser su pareja, sean intercambiadas en Internet a cambio de un precio, sobre todo si aparece su rostro que les permite identificarla de manera sencilla a sus amigos, familiares o simples conocidos.²⁵

La STS 302/2008 define al lucro de esta conducta típica como “*el beneficio patrimonial injusto, entendido como antijuridicidad material, y por tanto por la obtención de una ventaja patrimonial derivada directamente de la utilización de los datos obtenidos ilícitamente.*”²⁶ Esta agravante fue recogida en la STS 1532/2000, donde un trabajador que tenía acceso a datos confidenciales de personas vulnerables, los utilizó para obtener de ellos, una rentabilidad económica. El acusado se apoderó de los datos reservados y confidenciales de una Asociación a la que acudían personas con discapacidad, consistentes en indicaciones expresas de sus minusvalías, estados médicos, domicilios, teléfonos, etc.; con el fin de utilizar éstos, en su propio beneficio, y por medio de actividades relacionadas con el sexo o con trabajos fraudulentos que, él mismo ofrecía en el nombre de las víctimas. En dicha conducta queda acreditada la concurrencia del fundamento fáctico de la agravación prevenida en el párrafo 6º del art. 197 CP.²⁷

2.5. Conclusiones provisionales sobre este delito.

A lo largo del análisis del delito de descubrimiento y revelación de secretos las palabras más utilizadas son: descubrir, secretos y apoderarse. Así, el propio art. 197.1 CP “*El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de...*” En palabras de TOMAS-VALIENTE LANUZA, el objeto de protección penal del bien jurídico de este delito viene dado por el acceso ilegítimo a la intimidad, siendo necesario que antes de la revelación o la difusión se haya producido alguna de las conductas invasoras de la intimidad, previstas en el art. 197 CP.²⁸

²⁵ MARTÍN, M. Á. R. (2004). *Protección penal de la intimidad personal e informática...* óp. cit., p. 104.

²⁶ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda) Sentencia de 27 de mayo de 2008 con ROJ STS 302/2008.

²⁷ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda) Sentencia de 9 de octubre de 2000 con ROJ STS 1532/2000.

²⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2018). *Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)*. IDP: Revista de Internet, Derecho y Política. Dialnet. La Rioja.

La jurisprudencia exige que para aquellos casos en los que se difunden fotografías o vídeos de carácter sexual y erótico, que obran en poder del autor de la difusión bien porque previamente se ha apoderado de ellos o bien porque él mismo ha utilizado artificios de captación de imágenes, será necesario que para todas estas conductas no medie el consentimiento de la víctima que permita el acceso a dichas imágenes.²⁹

Por tanto, el delito de descubrimiento y revelación de secretos gira en torno a la falta de consentimiento previo de la víctima para acceder al contenido de las imágenes eróticas³⁰. La doctrina con anterioridad a la inclusión del tipo penal del *sexting*, consideraba que, si la información era obtenida con el consentimiento de la persona titular, ésta era atípica, considerándose al consentimiento otorgado por su titular como una causa de justificación. La creación de la figura penal del *sexting* surge con la necesidad de dar respuesta penal ante este tipo de conductas, en las que se había otorgado un consentimiento previo para acceder a la intimidad, pero no para menoscabarla con la difusión de un contenido sensible.

Como ya hemos expuesto, si la víctima envió con consentimiento las imágenes al sujeto activo, no se da el requisito exigido por la jurisprudencia y la doctrina de *descubrir ilícitamente*, al ser ella misma quién libremente se despoja de parte de su intimidad.

El sujeto activo ha tenido acceso a esas fotografías porque el sujeto pasivo le ha consentido hacerlo. Esto genera que la acción típica de la difusión sin consentimiento de un contenido íntimo obtenido lícitamente, no se pueda encuadrar en el tipo penal del delito de descubrimiento y revelación de secretos, pues el bien jurídico de la intimidad no ha sido vulnerado, ya que es la propia víctima quien decide compartir con un tercero una faceta de su intimidad.³¹ Por el contrario, si el receptor de las imágenes hubiese obtenido de manera ilícita las fotografías, a través de los medios e instrumentos que recoge el apartado 1 y 2 del art. 197 CP, si cabría la aplicación de este tipo penal, más el agravante del art. 197.5 CP, por tratarse de la difusión de un contenido sensible.

En base a las consideraciones jurídicas anteriores, corresponde ahora analizar el tipo específico del art. 197.7 CP, denominado como *sexting*, que se ajusta más al supuesto de hecho de este estudio, pues como así se desprende del artículo mentado...

²⁹ España. Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia de 9 de septiembre de 2015 con ROJ SAP Málaga 396/2015.

³⁰ PAÍS, A. D., & BORRALLO, E. A. (2016). *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I): delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. In *Derecho penal. Parte especial*. Iustel. Madrid. pp. 493-546.

³¹ PUENTE ABA, L. M (2007). *Delitos contra la intimidad y las nuevas tecnologías*, Eguzkilore, núm. 21, San Sebastián, pp. 173 y ss.

“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 anuencia que, posteriormente se definirá de manera más extensa, puede definirse como el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo para intercambiar contenido de carácter íntimo con el sujeto activo con base en una relación de confianza. Este consentimiento (anuencia) sólo es otorgado por el protagonista del contenido erótico para que el sujeto activo conozca del contenido íntimo.

La difusión posterior del contenido conocido lícitamente por el sujeto activo, es el ilícito penal que se castiga en el apartado 7 del art. 197, pues el emisor no cuenta con el consentimiento de la víctima para la difusión de dicho contenido. Como así establecen los autores JUANATEY DORADO y DOVAL PAÍS es preciso: *“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.”*³²

3.- EL SEXTING.

Por las propias especificidades de Internet cualquier dato o información vertidos a la red incrementa exponencialmente sus posibles conocedores, pero que además dejan una huella indeleble en el tiempo que permite que otros carroñeros del sufrimiento ajeno se unan al hostigamiento con posterioridad. Estos hechos atentan no solo contra la integridad moral, sino también contra la intimidad o la imagen, según el art. 197 CP.³³

El *sexting* que proviene del acrónimo derivado de las palabras inglesas *sex* y *texting* se define como la acción de enviar o recibir fotografías o vídeos de contenido sexual y erótico, desde teléfonos móviles hasta cualquier medio que así lo permita, a través de redes sociales, como puede ser WhatsApp o Twitter.

³² DORADO, C. J., Y PAÍS, A. D. (2010). *“Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”*. En *La protección jurídica de la intimidad*. Iustel. Madrid, p. 163.

³³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, C., (2017), *La jurisdicción de menores ante los casos de bullying y cyberbullying*. Revista de Estudios de Juventud, nº 115. Dialnet. La Rioja. pp. 31-54.

Además de imágenes y vídeos también puede ser objeto de esta conducta cualquier tipo de comunicación que tenga un contenido sexual, como pueden ser mensajes de texto.

Jurisprudencialmente, el *sexting* que carece de relevancia penal, es aquella acción de envío de imágenes estáticas, como fotografías, o dinámicas como vídeos, de contenido sexual o erótico y en el ámbito de una relación privada entre personas que voluntariamente consienten en ello, y que forma parte de la actividad sexual que se desarrolla libremente.³⁴

Esta conducta de *sexting* descrita, totalmente lícita y carente de reproche penal, se define como *sexting primario*. La conducta objeto de este artículo, caracterizada por el envío posterior de las imágenes sin el consentimiento del protagonista a un tercero, y ahora sí, perseguible penalmente, es definida como el *sexting secundario*.³⁵

Por tanto, la relevancia penal del *sexting* viene dada por la falta de consentimiento del titular de las imágenes y la redifusión a terceros de dicho contenido. En el momento en el que la redifusión se produce entre personas distintas al protagonista de las imágenes, sin que sea parte en la misma y sin que medie su consentimiento para permitir su reenvío, estamos ante el ilícito penal del *sexting secundario*.

El aumento de las aplicaciones y redes sociales, ha originado que sea cada vez más común que se dé esta práctica, pues el anonimato y la rápida difusión del contenido, por razones como la venganza, definida para estos casos como *revenge porn*, en la que una expareja difunde una serie de imágenes que la víctima le envió con su consentimiento cuando aún estaban unidos por la relación. La acción en un principio es voluntaria pues la persona afectada genera contenido de índole íntima y sexual para compartirlo de manera voluntaria con otra persona, pero lo que incurre en un ilícito penal es cuando esa persona receptora de la imagen la difunde sin su consentimiento con terceros.³⁶

El intercambio de este tipo de imágenes de carácter sexual es libre y voluntario, siempre y cuando se dé el consentimiento de la parte que las envía de querer transmitir ese contenido a la otra persona, que no tiene porque siempre ser una pareja, pues puede ser también entre personas que se acaban de conocer. En relación a la situación mencionada, de personas que no son pareja, en un principio entraña menos confianza entre las partes para el envío de este contenido, pues al no entablar entre ellos una confianza de pareja hay

³⁴ España. Audiencia Provincial de Granada. Sentencia de 5 de junio de 2014.

³⁵ MENDO ESTRELLA, Á., (2016), *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología, nº. 18. Dialnet. La Rioja, p.16.

³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J., GÓRRIZ ROYO, E., & MATALLÍN EVANGELIO, Á., (2015), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch. Valencia, p. 670.

más riesgo de que se produzca la tipificación penal de la conducta, es decir, que esas imágenes posteriormente se difundan con terceros, pero esto no quita para que también haya riesgo cuando se trate de una relación sentimental, pues la confianza que hoy se tenía, mañana puede desvanecerse y esto conllevar que, por razones de celos o de venganza, se inicie la conducta sancionable penalmente del *sexting*³⁷

El *sexting* objeto del presente estudio es el definido como secundario, que se circunscribe a aquella conducta en la que una vez se ha sido destinatario de una imagen o vídeo de carácter sexual, se procede a su difusión con uno o varios terceros –*sexting* ajeno– sin el consentimiento del titular de las mismas.

3.1. Inclusión del *sexting* como tipo específico del art. 197.7 CP.

La difusión de imágenes de contenido sexual sin el consentimiento de la víctima, con anterioridad a la reforma del año 2015 del Código Penal, quedaba impune pues la jurisprudencia manifestaba que si las imágenes habían sido intercambiadas, entre el protagonista y el receptor inmediato, de manera voluntaria, no cabía su encuadre en el tipo penal del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP.

En particular, un Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz en Toledo afirma lo siguiente: “...no podría hablarse de infracción penal puesto que el video que posteriormente es reenviado, conducta que se intenta reprochar, se obtiene directa y legalmente de la propia protagonista.”³⁸

La situación de riesgo que crea el titular de las imágenes plantea hasta qué punto dicha situación de riesgo y la posterior lesión es merecedora de amparo y protección por parte de la legislación penal. Parte de la doctrina considera que la voluntad primigenia de enviar el contenido por su titular, debe evitar el despliegue de los mecanismos de protección penal, en base a uno de los principios fundamentales del Derecho Penal, el derecho a la intervención mínima del mismo, “que actúa como límite al poder punitivo del Estado.”³⁹

³⁷ PODER JUDICIAL (2020). *El Tribunal Supremo considera delito difundir imágenes que afectan gravemente a la intimidad de una persona*. Poder Judicial. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-considera-delito-difundir-imagenes-que-afectan-gravemente-a-la-intimidad-de-una-persona>

³⁸ España. Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo). Auto de 15 de marzo de 2013.

³⁹ GARCÍA, A. O., & LANZ, J. G. (2015). *Derecho Penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*. Tecnos. Madrid, p.90.

Esto generaba que hasta la reforma del 2015 del CP, se acudiese a la legislación civil, a pesar de que estas conductas atentaban de manera grave y directa contra los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y, por ende, penalmente. Como era evidente, la vía civil fue insuficiente y no dio respuesta suficiente a la vulneración de un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad, lo que determinó la regulación penal de esta infracción.⁴⁰

Con la llegada de las TICS la difusión de contenido sexual sin consentimiento generó que fuese necesaria la intervención del legislador para dar respuesta penal a este tipo de conductas, lo que derivó en la inclusión del tipo penal del apartado 7 del artículo 197 CP, definido como *sexting*. La necesidad de regular esta conducta deriva del auge de las TICS, de la insuficiencia de la vía civil para dar una respuesta efectiva ante tal ilícito y de la necesidad de protección de un derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad del art. 18 CE.

3.2. Posturas jurisprudenciales respecto a la inclusión del *sexting* en el delito de descubrimiento y revelación de secretos.

En este apartado se hará referencia a aquellas posturas jurisprudenciales que abogan por incluir el tipo específico del *sexting* dentro del delito de descubrimiento y revelación de secretos, como otras que defienden lo contrario.

En primer lugar es importante destacar que la característica principal del *sexting* es que las imágenes sexuales son enviadas por el protagonista de manera voluntaria al receptor inmediato, por lo que, el sujeto activo de la posterior difusión no procedería a descubrir ningún secreto de manera ilícita, ya que, el titular de la información confidencial le ha permitido con su consentimiento acceder a esa esfera de su intimidad. A pesar de ello, hay numerosas resoluciones judiciales que califican al *sexting* como constitutivo de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, a pesar de que las imágenes objeto de difusión, hayan sido cedidas voluntariamente o se haya consentido su difusión por la víctima.⁴¹

En el fallo de la citada Sentencia se hace referencia a que caben los elementos del tipo penal de los arts. 197.2. y 3 CP, pues se trata de *“fotos hechas en la intimidad de la pareja que el acusado, tras romper su relación con la perjudicada, colgó en un portal de Internet, concretamente en la red social Tuenti, siendo evidente el perjuicio causado a la*

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

⁴¹ España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de febrero de 2012.

misma, toda vez que aparece semidesnuda, permitiendo que pudieran ser observadas e incluso descargadas por toda persona que accediera a dicho portal siendo incardinable dicha conducta en el apartado 3 del artículo 197.”

En cuanto a las **posiciones jurisprudenciales contrarias** a calificar al *sexting* como constitutivo de un delito de descubrimiento y revelación de secretos es importante destacar una serie de resoluciones judiciales.

Entre ellas la SAP Lleida⁴² en la que se enjuicia un caso en el que una pareja se graba entre ellos mientras realizan el acto sexual, con el consentimiento de ambos, y luego uno de ellos difunde el vídeo a una tercera persona. La Audiencia Provincial considera que no concurre lo previsto en el apartado 1 del art. 197 CP, relativo al descubrimiento de secretos, pues como así se recoge en dicho precepto legal es necesario que la grabación de las imágenes se haya realizado sin el consentimiento, pues si lo hay, la información deja de ser descubierta y pasa a ser conocida por voluntad expresa de su titular. La Audiencia aclara en su fallo que se hubiese entendido a esta acción como una conducta del art. 197.1 CP si la grabación se hubiera obtenido sin el consentimiento del protagonista, y que por ello, ha de calificar a dicho ilícito penal como un delito grave de injurias con publicidad.⁴³

Relevante es por su alcance mediático el mencionado Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orgaz de 15 marzo 2013, en el que se trataba el conocido como caso “*Olvido Hormigos*”. En este supuesto, la víctima se graba así misma un vídeo de carácter sexual y se lo envía a un tercero y posteriormente ese tercero a otra persona. Es decir, la acción se inicia voluntariamente por la protagonista, pues es en ella quien comparte voluntariamente y consiente que un tercero conozca de su intimidad –*sexting* primario-. El Juzgado, en base al consentimiento primigenio de la protagonista como causa del atentado contra su dignidad acuerda lo siguiente “*que no puede considerarse la subsunción de tales hechos en el delito de descubrimiento y revelación de secretos pues “Las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código Penal exigen, con carácter general, un acceso incontenido a un secreto. Pues bien, en el supuesto de autos, ni hubo acceso por cuanto el acusado lo que hizo fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen, ni cabe hablar de no consentimiento cuando lo que desencadena la difusión en cascada del mensaje es un acto previo de la víctima que es su remisión al teléfono móvil de un hombre con el que mantenía una relación”*”.⁴⁴

⁴² España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de febrero de 2004.

⁴³ España. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de febrero de 2004.

⁴⁴ España. Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo). Auto de 15 de marzo de 2013.

A su vez, **en contra** de la inclusión del *sexting* como delito de descubrimiento y revelación de secretos, hay autores como PUENTE ABA que considera que en aquellos supuestos en los que se produzca la difusión de imágenes que previamente hayan sido captadas o recibidas con el consentimiento del afectado, no puede hablarse de un delito contra la intimidad, en todo caso, podría constituirse como una infracción que deriva en responsabilidad civil o como un delito contra el honor.⁴⁵

Según la jurisprudencia expuesta, el hecho de haber consentido la víctima la grabación de las imágenes reenviadas o haber sido ella misma quien las produjo y envió al difusor, aunque no consintiera expresamente su difusión a terceros, nos permite concluir que el no descubrimiento del secreto por el sujeto activo impide encuadrar estas conductas dentro del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 y 2 CP (con anterioridad a la reforma del CP del año 2015). Es importante mencionar que con la inclusión del apartado 7 del art. 197 CP se da respuesta a este ilícito penal, en el que el legislador tiene como objetivo castigar al que quebrantase y se aprovechase de una relación de confianza previa que derivó en el intercambio de imágenes.

3.3. El *sexting* como delito.

El *sexting* como tipo penal se regula en el Título X del Código Penal, titulado “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*” y en particular en el Capítulo Primero de dicho Título, bajo la denominación “*Del descubrimiento y revelación de secretos*”, al cual hicimos referencia en el primer apartado de este artículo, con el objetivo de ser el índice de las conductas penales que ahora se describen.

En concreto, el art. 197.7º CP regula la conducta del *sexting*, como aquella que tiene por principales características la difusión, revelación o cesión, sin autorización de la persona afectada, a terceros de imágenes o grabaciones de la víctima que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar; así es como el art. 197.7 CP define el *sexting*.⁴⁶

⁴⁵ PUENTE ABA, L., (2009) *Difusión de imágenes ajenas en internet: ¿ante qué delitos nos encontramos? Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch. Valencia., pp. 1544 y 1547.

⁴⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, óp. cit., art.197.7.

Dos sentencias provenientes del TS, definen a la perfección la conducta típica del delito, y son la STS 1356/2019 de 21 de marzo, y la STS 223/2021 de 21 de enero. La primera de las sentencias, la STS 1356/2019 establece como definición del *sexting* la conducta del acusado, en la que éste se pone en contacto con un menor, y con ánimo de obtener imágenes de naturaleza sexual, le advierte que si no cumple con lo que le ordena, difundiría las imágenes que había obtenido de él, y que habían sido almacenadas por el acusado, sin su consentimiento. La amenaza del acusado determinó que el menor accediese en varias ocasiones para que el procesado le grabase.⁴⁷

A colación, la STS 223/2021 también establece como conducta típica del tipo penal, aquella situación en la que el acusado solicita a la víctima, una serie de fotografías, grabadas por ella misma, en la que se podía ver su cuerpo al desnudo, como también otras en las que se acariciaba o se masturbaba. Estas fotografías luego eran enviadas al acusado a través de WhatsApp, y éste sin el consentimiento de la víctima, las almacenaba en su teléfono móvil. Cuando se produce la ruptura sentimental, el procesado amenaza a la víctima con que si no vuelve a salir con él, se verá obligado a compartir con otras personas, todas las imágenes y vídeos de carácter sexual, que habían sido intercambiados por ella durante la vigencia de la relación. La víctima, ante la amenaza, mantiene la relación con el acusado hasta que se denuncian los hechos.⁴⁸

MARTÍNEZ OTERO afirma que las vertientes que revisten al *sexting*, y que le diferencian de otras conductas penales, son: la voluntariedad, el carácter sexual y erótico del contenido, el ámbito de una relación privada entre los intervinientes y el empleo de las TICS que permiten el intercambio de las imágenes a través de las redes.⁴⁹

A partir de todo lo anterior podemos determinar los requisitos del tipo delictivo que se exponen a continuación.

⁴⁷ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia de 21 de marzo de 2019 con ROJ STS 1356/2019.

⁴⁸ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia de 21 de enero de 2021 con ROJ STS 223/2021.

⁴⁹ MARTÍNEZ OTERO, J.M (2013), *La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecom. Dialnet. La Rioja, p. 2.

4. DIFUSIÓN SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

Para apreciar la conducta de *sexting* debe existir una difusión del contenido sexual, y ésta debe llevarse a cabo sin el consentimiento del protagonista del contenido. Es decir, la obtención de las imágenes se hace con anuencia, pues la víctima consintió al sujeto activo conocer de ese contenido, pero ésta no consiente para que ese contenido sea conocido por terceros, a través de un acto de difusión. Como afirma MORALES PRATS “*el elemento de la posterior difusión sin autorización no contempla otra variante que no sea el absoluto desacuerdo por parte de la víctima con la propagación de las imágenes.*”⁵⁰

La mayor propagación del contenido íntimo en la conducta de la difusión vendrá determinada por el medio tecnológico que se use. Si el sujeto activo utiliza aplicaciones como WhatsApp en la que la recepción de la imagen sólo va a ser efectuada por otra persona –alcance reducido-, es distinto a que el emisor cuelgue el contenido en una aplicación mundial, a la que tienen acceso sin restricción alguna, miles o millones de personas, por ejemplo, Twitter –alcance amplio-.⁵¹ La doctrina plantea como necesaria la inclusión de un tipo penal agravado en función del alcance de la difusión, con una mayor pena para los casos en los que el sujeto realice la acción, asegurándose de que las imágenes obtenidas se propaguen entre la mayor cantidad de gente posible.⁵² Lo que si es evidente es que el uso de las redes sociales dotan de una mayor difusión, sea cual sea, el alcance que el sujeto activo quiere provocar y “*teniendo en cuenta la facilidad de circulación por medios informáticos, la revelación o cesión a tercero, aun siendo una única persona, puede acabar hoy día alcanzando los mismos tintes de expansión.*”⁵³

El tipo penal básico del *sexting* pretende castigar cualquier conducta de difusión de contenido sexual, sin el consentimiento de la víctima, sea cual sea el alcance de la difusión. Al igual que la doctrina considero que a mayor escala de difusión, en mayor pena debe incurrir el sujeto activo, pues publicando el contenido en páginas de gran difusión tiene como único objetivo, y obviamente doloso, causar el mayor daño o menoscabo posible en la intimidad de la víctima.

⁵⁰ MORALES PRATS, F. (2016), *Del descubrimiento y revelación de secretos (arts.197 a 201)*. Comentarios a la parte especial del derecho penal. Décima edición. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.

⁵¹ FERNÁNDEZ NIETO, J (2016). “*Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de sexting y grooming*”, Diario La Ley, N° 8714, Sección Doctrina. Dialnet. La Rioja, p.2.

⁵² ZARAGOZA TEJADA, J.I (2019), *El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado*. En: Revista Aranzadi Doctrinal. núm. 2. Navarra, pp. 183-220.

⁵³ CASTELLÓ NICÁS, N., (2015) “*Delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor*”, en Morillas Cueva, L. (Dir.). Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), ed. Dykinson S.L. Madrid, pp. 488-489.

4.1. El requisito de la anuencia.

El legislador define al requisito de la anuencia como la conducta basada en obtener el material sexual, con independencia de la grabación del mismo, es decir, el legislador diferencia la obtención del contenido, de la creación del mismo. Para definir a la anuencia se va a hacer referencia a dos supuestos prácticos:

En el **primer supuesto**, una persona se saca a sí misma una serie de imágenes, tanto estáticas como dinámicas, y pone en conocimiento de otra persona, su pareja, la existencia de las mismas. La pareja le solicita las fotografías y el sujeto protagonista procede a enviárselas, en base a su consentimiento y a la confianza en la otra persona. En este caso, hay anuencia porque se desarrolla en la conducta de *sexting primario*, pues es donde se produce la obtención por el receptor inmediato del contenido.

En el **segundo supuesto**, dos personas mantienen relaciones sexuales y una de ellas, decide grabar el acto sexual sin el conocimiento por la otra persona de que se está filmando. Para este caso, la doctrina considera que no hay anuencia, porque no se está produciendo la obtención de ese contenido por medio de otra persona; es decir, para el *sexting*, es necesario que haya un intercambio de contenido con el consentimiento del titular del mismo. No obstante, cuando el sujeto tenga conocimiento de la existencia de este material, y solicita que se le envíe este contenido, podrá decirse que se da el requisito de la anuencia.

Como hemos descrito en el apartado anterior, el *sexting* se podría dividir en dos conductas. 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*-, y dado que la anuencia se centra en la conducta de la obtención de las imágenes, se encuadraría dentro de la acción del *sexting primario*.⁵⁴

Sobre la coetilla del art. 197.7 CP en referencia al requisito de la anuencia “...*fuesen captados en el domicilio de la víctima o en cualquier lugar donde exista una previsión de intimidad.*”; la SAP de Madrid 37/2007 considera para delimitar los lugares fuera del alcance de la mirada de terceros se debe acudir a criterios tanto subjetivos como objetivos, por lo que, según la concepción puede variarse entre distintas opiniones, lo que constituye un lugar privado.

⁵⁴ HERAS VIVES, L. (2017), *La protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español*. Deposito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Por ello, se aboga por referirse a todos aquellos lugares en el que los titulares de la relación sexual – física o telemática- se sientan en un ambiente íntimo, por lo que, puede variar entre un lugar físico como un domicilio o un lugar tecnológico, como es una aplicación de mensajería instantánea.⁵⁵

4.2. Elemento espacial del delito.

Se desprende de la literalidad del art. 197.7 CP que las imágenes o vídeos de contenido erótico deben ser realizadas en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Estos términos, utilizados por el legislador, son imprecisos, pues para este tipo penal el material puede haber sido obtenido por el sujeto activo, con independencia de una situación locativa física, por ejemplo, su teléfono móvil.

A falta de lugar físico donde haber obtenido las imágenes, la STS 492/2020 ha aclarado la aplicación del art. 197.7 en cuanto a la literalidad que se desprende del mismo. La Sala considera que, en referencia a la situación locativa que determina el artículo (*en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*), no es solo aplicable cuando se dé en alguno de estos lugares, pues puede producirse por cualquier medio convencional o programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas, sin que sea necesario que haya un lugar físico como tal.⁵⁶

La imprecisión de los términos utilizados hace que autores como MUÑOZ CONDE planteen como cuestión controvertida que puedan incluirse las relaciones íntimas llevadas a cabo en un lugar público ante la mirada de terceros, pero los cuales con carácter general, se entienden como aquellos fuera del alcance de la mirada de terceros, porque están apartados o deshabitados. Con atención a esto se hace referencia a qué, si la presencia de terceros en dichos lugares públicos excluiría a estos de la conducta delictiva, si proceden a la difusión de lo presenciado.⁵⁷

La doctrina considera que la conducta delictiva sigue existiendo pues, no parece ser la voluntad del legislador, el solamente proteger la intimidad del que la comparte con una persona y no del que la comparte con varios sujetos a la vez.⁵⁸

⁵⁵ España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de 6 de febrero de 2007 con ROJ SAP M 37/2007.

⁵⁶ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia de 24 de febrero de 2020 con ROJ STS 492/2020.

⁵⁷ GARCÍA, A. O., & LANZ, J. G. (2015). *Derecho Penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*. Tecnos.... óp. cit., p. 95.

⁵⁸ PÉREZ CONCHILLO, E. (2018), *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch. Valencia. p. 84.

A tenor del art. 197.7 CP la jurisprudencia resalta aún más la necesidad de consentimiento de la víctima, considerando que la obtención del material sexual sólo podrá obtenerse en los lugares previstos, sin que quepa la recepción del mismo en un lugar distinto a los señalados. Esta opinión jurisprudencial no es contraria a la realidad, pues el sujeto activo puede obtener dicho material en cualquier lugar, no es necesario que sea en el domicilio de la víctima o en un lugar ajeno a terceros. El material puede ser grabado y obtenido por el sujeto activo en cualquier lugar, como puede ser un baño público, que no es ajeno a la mirada de terceros.

Como así dispone la STS 492/2020 no es solo aplicable cuando se dé en alguno de estos lugares, pues puede producirse por cualquier medio convencional o programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas, sin que sea necesario que haya un lugar físico como tal. Es el caso de aquel material que ha sido grabado personalmente por la víctima, en cualquier lugar, como puede ser por la vía pública, y que ésta luego se lo envíe al sujeto activo con anuencia, es decir, el posterior emisor ha obtenido las imágenes en un lugar distinto al que señala el tipo del art. 197.7 CP.

4.3. Exigencia de grave afectación a la intimidad personal.

También, como elemento normativo del tipo, se exige al final del art. 197.7 CP que el contenido que menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima, sea la esfera sexual al denominarse como el núcleo duro de la intimidad.⁵⁹ Este requisito tiene como objetivo materializar el grado de lesión en su intimidad que sufre la víctima, una vez se produce la conducta típica. El grado de materialización no queda fijado por la norma, debiendo ser resuelto atendiendo a las características concretas de cada supuesto y deberá ser a su vez valorado bajo el libre albedrío del juzgador, apuntando MORALES PRATS que la valoración de la gravedad del menoscabo quedará “*bajo las oscilaciones interpretativas, y de los prejuicios y concepciones subjetivas que sobre las cosas y la vida tenga cada juzgador*”.⁶⁰

En base a lo anterior, Sentencias como la de la AP de Madrid de 21 de junio de 2017 fallaron que en este supuesto, en el que un hombre publicó una fotografía de los senos de su expareja, y en la que sólo se veía esa parte del cuerpo, sin poder identificarla, que dicho supuesto no constituía una conducta punible de *sexting* pues no atentaba contra la intimidad de la víctima, al no existir identificación evidente de la afectada.⁶¹

⁵⁹ España. Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia de 24 de febrero de 2020 con ROJ STS 492/2020.

⁶⁰ MORALES PRATS, F. (2016), *Del descubrimiento y revelación de... óp. cit.*, p. 87.

⁶¹ España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de 21 de junio de 2017.

Este sería un claro ejemplo del margen y las diferencias de valoración en las que entran los tribunales a la hora de apreciar si se ha producido o no un menoscabo en la víctima.⁶²

Por tanto, las conductas que puedan afectar al núcleo duro de la intimidad, no vienen limitadas por el tipo. De acuerdo al principio de intervención mínima y última ratio debería circunscribirse como conductas punibles sólo aquellas que difunden imágenes sensibles, que evidentemente atentan gravemente contra la intimidad personal del sujeto pasivo, descartando todas aquellas que pueden atacar contra la intimidad, pero de manera más leve, sin afectar el contenido y objetivo principal del legislador de castigar aquellas conductas que producen un altísimo menoscabo en la intimidad de las personas⁶³

La doctrina exige, a pesar de que sea ya insolente tener que haber sufrido la injerencia a su intimidad, que se pruebe que se ha producido en la víctima dicho daño irreparable. Es decir, el menoscabo grave de la intimidad personal no se presume, sino que tendrá que ser probado a través de cualquiera de las formas admitidas en derecho, como la prueba pericial, con un informe emitido por un psicólogo o psiquiatra, o la prueba testifical de aquellas personas cercanas a la víctima.⁶⁴

4.4. Régimen jurídico.

Dado que, en este delito la conducta típica viene dada por el intercambio de fotografías o vídeos, se pone en estudio si para este ilícito penal, el bien jurídico protegido es además del derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen o quizás, ambos.

La jurisprudencia constitucional define el derecho a la propia imagen como la atribución a su titular del derecho “*a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea su finalidad perseguida por quien la capta o difunde*”.⁶⁵

⁶² MORALES PRATS, F. (2016), *Titulo X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.. óp. cit.*, p. 87.

⁶³ CUSSAC, J. L. G., EVANGELIO, Á. M., ROYO, E. G., SOUTO, M. A., RIMO, A. A., JIMÉNEZ, E. B., ... & ANTÓN, T. S. V. (2015). “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 668.

⁶⁴ HERAS VIVES, L. (2017), *La protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español*. Deposito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

⁶⁵ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia de 26 de marzo de 2001 con ROJ STC 81/2011.

Con atención a la doctrina constitucional, el derecho a la propia imagen se delimita atribuyéndole a su titular la libertad sobre su imagen de acuerdo a sus preferencias y, por otro lado, el derecho a impedir la obtención, publicación o difusión de su imagen sin su autorización. Para el *sexting*, la atribución de libertad a su titular para el uso de su imagen –sexual o erótica- con su consentimiento da pie a la conducta sexual de *sexting* legítima, pues es la protagonista quien decide usar su imagen de tal forma. Por tanto, la difusión de su imagen sin consentimiento determinara que el receptor principal y, a su vez, emisor del contenido sea responsable de un delito de *sexting* del art. 197.7 CP.

A su vez, en la STC 233/2005 se vincula el derecho a la intimidad con el derecho a la propia imagen al considerar que el primer derecho citado atribuye a su titular el poder de proteger el ámbito reservado de su vida y de su imagen de una publicidad no deseada⁶⁶

A pesar de ello, en la doctrina no hay unanimidad a la hora de considerar que para este delito de *sexting*, el bien jurídico protegido lo es tanto el derecho a la intimidad como a la propia imagen. Para algún autor como MARTÍNEZ OTERO, el bien jurídico afectado es la intimidad, como la propia imagen pues la persona que difunde el contenido sexual sin autorización de su titular, dispone de la imagen de un tercero.⁶⁷

En conclusión, la mayoría de la doctrina penal española tiende a afirmar que el **bien jurídico afectado** de este delito es sólo el derecho a la intimidad, al encuadrarse este tipo específico dentro de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, y por ende, coincidir con el bien jurídico de éstos.⁶⁸

Por lo tanto, el **legislador sanciona dos conductas**, en atención a los sujetos:

- La difusión o revelación del receptor inmediato, que constituye el destinatario de la imagen o de la grabación, y que difunde sin el consentimiento de la víctima.
- La difusión o revelación de los terceros receptores a los que se haya reenviado la imagen o la grabación, sin el consentimiento de la víctima.⁶⁹

En relación a la difusión de los terceros receptores, establece la SAP Madrid 515/2018, de 19 de julio, que los actos de difusión posteriores que llevan a cabo el resto de usuarios o “*sexting ajeno*”, “*aunque reprobables y lesivos al derecho de intimidad personal de la víctima, son inmunes a la intervención del derecho penal.*”⁷⁰

⁶⁶ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia de 19 de junio de 2003 con ROJ STC 123/2003.

⁶⁷ MARTÍNEZ OTERO, J.M (2013). *La difusión del sexting... óp. cit., p. 6.*

⁶⁸ ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2016) “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*” en LAMARCA PÉREZ, C (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, ed. Dykinson S.L. Madrid, p.214.

⁶⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, óp. cit. art.197.7.

⁷⁰ España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de 19 de julio de 2018 con ROJ SAP M 515/2018.

Con respecto al receptor inmediato, debe hablarse del dolo. El dolo, como tal, se define como la indisociabilidad entre el elemento volitivo y el elemento intelectual, es decir, la voluntad y la conciencia de realizar la difusión del contenido sexual, sin consentimiento del protagonista, y que se obtuvo con su anuencia. Por tanto, en el caso de que el sujeto activo tenga como principal objetivo efectuar esta lesión grave en la intimidad del titular del contenido por medio de la difusión del material en cuestión, se podrá apreciar dolo directo, mientras que para el supuesto de que no se busque objetivamente este resultado, a pesar de que se asuma el riesgo de la difusión, se podrá estimar dolo de segundo grado.⁷¹

Destacar que la atipicidad penal en cuanto al reenvío de imágenes de contenido sexual por terceros, distintos al receptor principal, por evidentes razones de política criminal y en correlación con los principios de intervención mínima y fragmentariedad del derecho penal, no determina que en otras situaciones esta conducta no sea penalizada, por ejemplo, en los delitos de difusión de pornografía infantil del art. 189.1 b) CP.⁷²

5.- TIPO SUBJETIVO. DOLO Y ERROR DE TIPO DELICTIVO.

Para el delito del *sexting* del art. 197.7 CP sólo se prevé la acción dolosa del sujeto activo, quedando excluida la comisión por imprudencia al no estar prevista expresamente en el Código Penal.⁷³

El dolo exigido se basa en que el difusor de las imágenes tenga el conocimiento y la voluntad *–animus nocendi*⁷⁴- de llevar a cabo la conducta típica que recoge el artículo mencionado, por tanto, la difusión, revelación o cesión a terceros de dichas imágenes, que han sido obtenidas por el sujeto activo con el consentimiento de la víctima, pero con la certeza de que dicho consentimiento no es para posteriormente enviarlas a otras personas, y que vulnera la intimidad personal del sujeto pasivo.

⁷¹ GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M. (2011). *Conceptos básicos del Derecho penal*, Melendo Pardos, M., Núñez Fernández, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid. p. 230... *En el dolo de segundo grado, el resultado de la acción que el autor realiza no es el fin último planeado por dicho autor, pero este sabe que se producirá, pues esta acción es necesaria para conseguir el fin planeado*

⁷² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, óp. cit., art. 189.

⁷³ CUSSAC, J. L. G., EVANGELIO, Á. M., ROYO, E. G., SOUTO, M. A., RIMO, A. A., JIMÉNEZ, E. B.,... & ANTÓN, T. S. V. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*... óp. cit. p. 670.

⁷⁴ Se define como el estado mental subjetivo del autor de un delito, con referencia al conocimiento exacto del contenido ilegal de su comportamiento, y de sus posibles consecuencias.

Es decir, para apreciar dolo en el sujeto activo, éste debe tener el conocimiento y la voluntad de que concurren las exigencias del tipo, que será cuando tenga como objetivo atentar contra la intimidad de la persona afectado divulgando las imágenes de carácter sexual y que utilice todos los medios necesarios de los que disponga, para garantizar dicho resultado lesivo.⁷⁵

El error en el envío de imágenes íntimas de un tercero constituye un error de tipo. Conviene diferenciar dos tipos de situaciones en las que media el error en un supuesto de envío de imágenes íntimas.

La primera situación es cuando el que obtiene con el consentimiento de la víctima las imágenes de ámbito sexual –*sexting* primario- las difunde con un tercero por error. En este caso, la doctrina considera que para que concorra este delito, es necesaria la existencia de dolo por parte del sujeto activo, es decir, la voluntad y el conocimiento del emisor de atentar contra la intimidad personal de la víctima. Si no media dolo, debe apreciarse el error de tipo, lo que conlleva que el sujeto activo no sea culpable de la acción, al no preverse la modalidad de comisión por imprudencia, siendo para el *sexting* únicamente prevista, la modalidad dolosa.

Respecto a la segunda situación, en la que es la protagonista de las imágenes quién envía las mismas por error, y luego el receptor es quien las difunde, la doctrina, entre ellos, ZARAGOZA TEJADA considera que “*si se subsume este caso bajo el tipo del apartado 7º se estaría realizando una aplicación extensiva del mismo*”. Esta explicación se debe a que el receptor principal no ha recibido las imágenes con anuencia, pues el protagonista del contenido lo envía por error, no concurre voluntad de hacerlo libremente.

A su vez, también argumenta que la conducta de enviar un contenido sin anuencia de su titular, no encajaría con la intención primordial del legislador que es castigar al que quebrantase y se aprovechara de una relación de confianza previa que derivó en el intercambio de imágenes. Para este caso en particular, debe reconducirse al apartado 5 del art. 197 CP “*cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual...*”⁷⁶

⁷⁵ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L. (2014), *El nuevo delito contra...* óp. cit. p. 599

⁷⁶ PÉREZ CONCHILLO, E. (2018), *Intimidación y difusión de sexting no consentido*, óp. cit. p.87.

5.1. Subtipos agravados.

En el apartado segundo del art. 197.7 CP se hace referencia a los subtipos agravados de este delito que se agrupan, en base al **sujeto activo del delito, al sujeto pasivo y a la finalidad lucrativa.**

Por razón del sujeto activo del delito.

La primera agravante que recoge este artículo se refiere a que el delito haya sido cometido por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Se procede al análisis de este agravante de la conducta del *sexting*.

Esta agravante resulta necesaria en tanto que en el tipo básico se dirige a cualquier persona que cometa esta conducta y no al cónyuge o pareja o una situación análoga a las anteriores, siendo cualificada en este apartado la especial relación de afectividad, pues el menoscabo a la intimidad se produce en términos especialmente gravosos como consecuencia de la traición a la expectativa de confidencialidad que se tiene en este contexto.⁷⁷ Como es evidente, la confianza entre personas que se encuentran unidas por una relación de amor, es mucho mayor que entre personas que se conocen de manera espontánea, por lo que, el grado de traición a la confidencialidad es mucho mayor cuando la conducta punible se realiza en conocimiento de una relación previa que ha determinado el intercambio de dicho material erótico. He ahí la intención principal del legislador de castigar de manera más elevada la conducta que traiciona el deber de confidencialidad que existió en una relación previa y consolidada.

Este subtipo penal puede producirse entre parejas a consecuencia generalmente de una ruptura, una infidelidad, o simplemente, por el hecho de ser mujer. Esto hace que deba hablarse brevemente sobre la violencia de género.

En el presente contexto de profunda transformación digital, la violencia de género no solo persiste, sino que se reinventa y es aún más incontrolable, pues escapa del ámbito privado, y se desarrolla en un ámbito virtual en línea, el cual por medio de delitos como el *sexting*, se provoca sobre la víctima, la misma violencia que físicamente con solo un *click*.

⁷⁷ PÉREZ CONCHILLO, E (2018), *Intimidad y difusión...* óp. cit. p. 88.

Como así establece el autor SORIANO: “*las nuevas aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp y otras similares pueden facilitar actitudes como el acoso, el chantaje o las coacciones hacia la víctima, contribuyendo a perpetuar la asimetría de posiciones entre hombres y mujeres.*”⁷⁸

La existencia de una relación íntima previa entre la víctima y el sujeto activo, determina que este pueda disponer de material erótico, que fue obtenido con anuencia de la afectada durante la relación sentimental. El caso más común, es de aquel hombre que difunde ese contenido sexual, una vez se ha producido la ruptura del vínculo afectivo, con el ánimo de atentar contra su intimidad, su dignidad y su honor. Esta práctica se denomina como porno-venganza y es dimanante de la conducta de *sexting*.⁷⁹

Por todo ello, el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género⁸⁰ ha procedido a actualizar la Guía de criterios de la actuación judicial frente a la violencia de género⁸¹, en la que se han incluido nuevos tipos penales, como el anteriormente citado, al *sexting*, como también otros que, por desgracia, cada vez más frecuentes y que precisan de la actuación judicial para el castigo del culpable y la evitación de los mismos, como son el acoso, los matrimonios forzados o la mutilación genital.

Por razón del sujeto pasivo del delito.

En segundo lugar, se prevé otra agravante para este tipo penal en base a la condición del sujeto pasivo del delito. Si la víctima es menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección será aplicada sobre el sujeto activo, la agravante prevista en el art. 197.7.2º CP. A pesar de su previsión, la aplicación de esta agravante plantea dificultades interpretativas en torno a la anuencia exigida para este tipo delictivo. Dado que se concibe que un menor de edad o una persona discapacitada son vulnerables, cabe cuestionarse si han tenido capacidad psicológica suficiente para consentir válidamente en el intercambio de imágenes de carácter sexual.

⁷⁸ SORIANO, N. (2019). *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad nº 4. Dialnet. La Rioja.

⁷⁹ CHACÓN, C (2019). “*El sexting no consentido como forma de violencia contra la mujer. Abordaje jurídico en Colombia y España*”. Editorial López, AJ (Ed.), *Violencias de género. Persistencia y nuevas formas*. Catarata, p. 72.

⁸⁰ *El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género es un instrumento de análisis y de actuación que, en el ámbito de la Administración de la Justicia, promueve iniciativas y medidas dirigidas a erradicar el problema social de la violencia doméstica y de género.*

⁸¹ *La Guía, que actualiza los criterios prácticos que se aplican en el trabajo diario de los órganos judiciales con competencias en violencia de género, pretende servir como documento práctico para todos los profesionales implicados en la erradicación de este tipo de delitos y unificar la forma de proceder en esos Juzgados para que el tratamiento y protección de las víctimas sea igual en todo el territorio nacional*

Como es lógico el texto punitivo pretende castigar más rotundamente aquellos delitos en los que el sujeto activo es un mayor de edad, y la víctima una persona vulnerable, como así es un menor o una persona discapacitada. Es más que evidente que existe una situación de desigualdad y asimetría de poder entre un adulto –plenamente consciente y racional- y un menor o persona necesitada de especial protección –ingenuos y no previsores de un peligro real-.

La STS 37/2021 establece que cuando se difundan las imágenes de carácter sexual de un menor, no se incurre en un delito de elaboración de pornografía infantil, sino en el de *sexting* del art. 197.7.2º: “Además, las circunstancias de "colaboración" en el envío de la imagen voluntariamente de la menor al adulto implican este beneficio penal que provoca una vis atractiva del tipo del art. 197.7 CP que la condena por la que se opta del art. 189.1.b) CP contemplada para hechos más graves adaptados a las acciones que fija este tipo penal del que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil”.⁸²

En ocasiones, se contempla que cuando se difundan imágenes de contenido sexual de un menor puede apreciarse un concurso ideal del delito de *sexting* del art. 197.7 CP agravado, y un delito de difusión de pornografía infantil del artículo 189.1.b) CP.

Finalidad lucrativa.

En este particular, el sujeto lleva a cabo la conducta de *sexting* únicamente por motivos económicos. Como se ha hecho referencia anteriormente, el *revenge porn* puede considerarse un delito de *sexting* con un motivo moral, en el caso de infidelidades o rupturas sentimentales. El sujeto activo pretende hacer daño a su víctima porque considera que ella con anterioridad también se lo ha hecho. Por tanto, el legislador sanciona de manera más grave cuando el único fin del sujeto activo es obtener un rendimiento económico del ilícito penal, por ejemplo, vendiendo las fotografías a un precio.

Además, también presenta un mayor desvalor al considerar el legislador que el autor material posee muchas más formas para conseguir medios económicos que difundir imágenes o grabaciones íntimas de una persona.

En ocasiones, este **tipo agravado** entra en relación con el delito de coacciones del art. 172.1 CP, lo que se denomina como “*sextorsión*”.

⁸² España. Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia de 21 de enero de 2021 con ROJ STS 37/2021.

Esta conducta se basa en un mero chantaje, por la que el sujeto activo coacciona a su víctima para que haga o deje de hacer algo a su favor, y él, en cambio, no difundirá o revelará las imágenes a terceros. Por ello, también cabe apreciarse, según las circunstancias de la conducta delictiva, el concurso real entre el delito de *sexting* del art. 197.7 CP y el delito de coacciones del art. 172.1 CP.

6. CONCLUSIONES

Primera.

El aumento en el uso de las nuevas tecnologías y el desarrollo de las aplicaciones informáticas y redes sociales han supuesto un antes y un después en la comunicación interpersonal, causando –de mala fe- la posibilidad de inferir en las esferas más privadas de la vida de una persona.

Con anterioridad a la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, las conductas basadas en la difusión a terceros por parte de un sujeto de material íntimo obtenido con el consentimiento de la protagonista, no encontraban cabida en la regulación penal, considerándose como indispensable y necesario que el material difundido fuese obtenido de manera ilícita por parte del difusor para que se tratara de un delito contra la intimidad. Tras la reforma del CP, se incluye al *sexting* en el apartado 197.7 CP que, se define como la difusión de fotografías o material de carácter erótico y sexual, y que se obtiene por el difusor con el consentimiento de la persona afectada.

El bien jurídico protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos es la intimidad. La intimidad es un bien jurídico protegido de naturaleza subjetiva, por lo que, siendo la voluntad del sujeto pasivo quien determina el grado de injerencia en su esfera personal, es discutido si el Derecho Penal debe castigar la práctica del *sexting* cuando es el afectado quien inicialmente muestra de manera voluntaria su propia intimidad a otro sujeto que valora como digno de su confianza. Consideramos que el Derecho Penal debe castigar cualquier conducta no tolerada por la persona afectada y que atente contra alguno de sus derechos.

No hay unanimidad a la hora de considerar que para este delito de *sexting*, el bien jurídico protegido lo es tanto el derecho a la intimidad como a la propia imagen. Como opinión personal, estoy a favor de la doctrina que considera que el bien jurídico afectado es la intimidad como la propia imagen, pues la persona que difunde el contenido sexual sin autorización de su titular, dispone de la imagen de un tercero y dicha imagen permite reconocer a la víctima, lo que atenta de manera más contundente contra su dignidad y honor. Sin embargo, la mayoría de la doctrina penal española tiende a afirmar que el bien jurídico afectado de este delito es sólo el derecho a la intimidad.

El objeto de protección penal del bien jurídico del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 C viene dado por el acceso ilegítimo a la intimidad, siendo necesario que antes de la revelación o la difusión se haya producido alguna de las conductas invasoras de la intimidad, previstas en el citado artículo. Hecho distinto es para el caso del *sexting*, pues la obtención no se produce de manera ilegítima, todo lo contrario, es el sujeto pasivo quién le facilita al activo, la injerencia a su intimidad. Es evidente que se precisaba de la creación de un tipo específico que diese respuesta penal a este tipo de supuestos, en los que no se descubre de manera ilícita un secreto si no, todo lo contrario siendo el protagonista quien consiente al sujeto activo a conocer del mismo.

Segunda.- *Sexting* primario y secundario

El *sexting* que carece de relevancia penal es aquella acción de envío de imágenes estáticas, como fotografías, o dinámicas como vídeos, de contenido sexual o erótico y en el ámbito de una relación privada entre personas que voluntariamente consienten en ello, y que forma parte de la actividad sexual que se desarrolla libremente. Esta conducta de *sexting* descrita, totalmente lícita y carente de reproche penal, se define como *sexting primario*. La conducta objeto de este artículo, caracterizada por el envío posterior de las imágenes sin el consentimiento del protagonista a un tercero, y ahora sí, perseguible penalmente, es definida como el *sexting secundario*.

A partir de la definición que elabora el art. 197.7 CP, se determinan cómo requisitos del *sexting* las siguientes circunstancias: la conducta típica es la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales; sin el consentimiento de la persona afectada; las imágenes o grabaciones han de tener un contenido erótico o sexual, que afecten gravemente a la intimidad personal de la víctima, y el contenido ha de ser obtenido por el autor con la anuencia de la persona afectada.

Algunos autores consideran como necesario que el emisor de las imágenes íntimas sea partícipe en las mismas por lo que, si es la propia víctima quien se auto-graba o fotografía, no puede entenderse a la persona que posteriormente difunde dichas imágenes o grabaciones, como sujeto activo de dicha conducta. A la vista de ello, considero que deben ser castigadas ambas conductas, tanto si quien las difunde es el autor material y principal de las imágenes o grabaciones, como si la víctima de motu proprio es quien efectúa las grabaciones o imágenes que envía al sujeto que, las difundirá posteriormente.

Tercera. *Sexting* multitudinario.

Es evidente que, en el momento en que una persona comparte o permite acceder a su intimidad a otra, existe un riesgo de que después dicha persona pueda revelar datos de esa intimidad obtenida a terceros. A pesar de ello, la voluntad de una persona de compartir su esfera más íntima con otra, no otorga la facultad de poder difundir o revelar lo compartido por la víctima.

En referencia al *sexting* multitudinario, que es el aquel donde el envío inicial de las imágenes se dirigen a una pluralidad de destinatarios, de los cuales ulteriormente cada uno de ellos pueda ser considerado como sujeto activo si procediese a difundir dichas imágenes, resulta conveniente a la luz de la doctrina que, se haga una interpretación restrictiva del art. 197.7 CP que abarque que la tipicidad de la conducta se reduzca tan solo a aquellos supuestos, en los que la víctima envía ese material a una sola persona, con base en la anuencia, manteniendo ese contenido fuera del alcance de más personas.

En términos de la Circular 3/2017, el tipo penal del art. 197.7 CP se ha configurado como un delito especial propio, siendo autores únicamente aquellos que han obtenido con la anuencia de la persona afectada el contenido íntimo, por lo que, los demás terceros que, difundan las imágenes sin que hayan iniciado la cadena de difusión, no serán subsumibles bajo la conducta penal del artículo 197.7 CP.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2016) “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*” en LAMARCA PÉREZ, C (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, ed. Dykinson S.L. Madrid.

CASTELLÓ NICÁS, N., (2015) “*Delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor*”, en Morillas Cueva, L. (Dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, ed. Dykinson S.L. Madrid.

CEREZO CANO, S. (2020). “*Comentario de la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2020 sobre el delito previsto en el artículo 197.7 del Código Penal.*”

CHACÓN, C (2019). “*El sexting no consentido como forma de violencia contra la mujer. Abordaje jurídico en Colombia y España*”. Editorial López, AJ (Ed.), *Violencias de género. Persistencia y nuevas formas*. Catarata, pp.70-75.

CUSSAC, J. L. G., EVANGELIO, Á. M., ROYO, E. G., SOUTO, M. A., RIMO, A. A., JIMÉNEZ, E. B., ... & ANTÓN, T. S. V. (2015). “*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*”. Tirant lo Blanch, Valencia.

DORADO, C. J., Y PAÍS, A. D. (2010). “*Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes*”. En *La protección jurídica de la intimidad*. Iustel. Madrid, pp. 127-170.

FERNÁNDEZ NIETO, J (2016). “*Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de sexting y grooming*”, *Diario La Ley*, N° 8714, Sección Doctrina. Dialnet. La Rioja.

GARCÍA, A. O., y LANZ, J. G. (2015). *Derecho Penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*. Tecnos.

GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M. (2011). *Conceptos básicos del Derecho penal*, Melendo Pardos, M., Núñez Fernández, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., (2015), *Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras*, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, nº 13. Madrid, pp. 51-84.

GONZÁLEZ CUSSAC, J., GÓRRIZ ROYO, E., & MATALLÍN EVANGELIO, Á. (2015), *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch. Valencia.

HERAS VIVES, L. (2018), *La protección penal de la intimidad: una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del Código Penal Español*. Deposito digital de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

JIMÉNEZ SEGADO, C (2016), *La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 917. Navarra.

JORGE BARREIRO, A. (2002). *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995: un análisis del artículo 197 del CP*. Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid.

LEAL, Á. J. (2008). *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*. Iustel.

MARTÍN, M. Á. R. (2004). *Protección penal de la intimidad personal e informática: (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*. Atelier Editorial. Barcelona.

MARTÍNEZ OTERO, J.M (2013), *La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecom.Dialnet. La Rioja.

MENDO ESTRELLA, Á., (2016), *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología, nº. 18. Dialnet. La Rioja, p.16.

MORALES PRATS, F. (2015). *La reforma de los delitos contra la intimidad artículo 197 CP*. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*. Aranzadi. Navarra. (pp. 459- 467).

MORALES PRATS, F. (2016). *Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*. En G. Quintero Olivares (Dir.) y Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi. Pamplona. (pp. 429-507).

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L. (2014), *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013*. Revista de Derecho y Proceso Penal nº 35. Dialnet. La Rioja.

OSA OTERO, S. (2021). *Delito de descubrimiento o revelación de secretos del artículo 197.1 CP*.

PAÍS, A. D., & BORRALLO, E. A. (2016). *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1): delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. In Derecho penal. Parte especial. Iustel. (pp. 493-546). Iustel.

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

PÉREZ DÍAZ, R. (2017), *El fenómeno sexting entre menores*. Diario La Ley nº 9.039.

PUENTE ABA, L. M., (2007) *Delitos contra la intimidad y las nuevas tecnologías*, Eguzkilore, núm. 21. San Sebastián.

PUENTE ABA, L., (2009) *Difusión de imágenes ajenas en internet: ¿ante qué delitos nos encontramos? Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch. Valencia.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., (2015), *Derecho Penal Español parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, C., (2017), *La jurisdicción de menores ante los casos de bullying y cyberbullying*. Revista de Estudios de Juventud, nº 115. Dialnet. La Rioja. pp. 31-54.

RUEDA MARTÍN, M. Á (2018). *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código Penal*. Ed. Atelier. p.165.

SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M.I (2017). *Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVII.

SORIANO, N. (2019). *Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad nº 4. Dialnet. La Rioja.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2018). *Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente)*. IDP: Revista de Internet, Derecho y Política, nº 27.

ZARAGOZA TEJADA, J.I, (2019), *El «revenge porn», análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado*. Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2. Navarra.

JURISPRUDENCIA.

Sentencia Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1999 con ROJ STC 134/1999.

Sentencia Tribunal Constitucional, de marzo 2001, con ROJ STC 81/2011.

Sentencia Tribunal Constitucional de 19 de junio de 2003, con ROJ STC 123/2003.

Sentencia Tribunal Constitucional, de 5 diciembre 2013, con ROJ STC 199/2013.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 5 de mayo de 1988.
STS (Sala Segunda), de 9 octubre 2000, con ROJ STS 1532/2000.
STS (Sala Segunda), de 19 de junio de 2006, con ROJ STS 666/2006.
STS (Sala Segunda), de 27 de mayo de 2008, con ROJ STS 302/2008.
STS (Sala Segunda), de 14 de octubre de 2011, con ROJ STS 1045/2011.
STS (Sala Segunda), de 4 de mayo de 2012, con ROJ STS 331/2012.
STS (Sala Segunda), de 15 de octubre de 2015, con ROJ STS 4132/2015.
STS (Sala Segunda), de 22 de febrero de 2017, con ROJ STS 692/2017.
STS (Sala Segunda), de 23 de julio de 2018, con ROJ STS 377/2018.
STS (Sala Segunda), de 21 de marzo de 2019, con ROJ STS 1356/2019.
STS (Sala Segunda), de 24 de febrero de 2020, con ROJ STS 492/2020.
STS (Sala Segunda), de 24 de febrero de 2020, con ROJ STS 70/2020.
STS (Sala Segunda), de 21 de enero de 2021 con ROJ STS 37/2021.
STS (Sala Segunda), de 21 de enero de 2021, con ROJ STS 223/2021.
SAP de Lleida, de 25 de febrero de 2004.
SAP de Palencia, de 28 de junio de 2006 con ROJ 32/2006.
SAP de Madrid, de 6 de febrero de 2007, con ROJ SAP M 37/2007.
SAP de Alicante, de 2 de febrero de 2012.
SAP de Granada, de 5 de junio de 2014.
SAP de Málaga, de 9 de septiembre de 2015, con ROJ 396/2015.
SAP de Ourense, de 21 de abril de 2017, con ROJ SAP OU 147/2017.
SAP de Madrid, de 21 de junio de 2017.
SAP de Burgos, con ROJ 228/2018.
SAP de Madrid, de 19 de julio de 2018, con ROJ SAP M 515/2018.
SAP de Barcelona, de 17 de febrero de 2021, con ROJ SAP 3/2021.
Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo). Auto de 15 de marzo de 2013.