

EL DELITO DE *SEXTING* FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-CRIMINOLÓGICA

THE CRIME OF *SEXTING* AGAINST THE RIGHT TO PRIVACY. AN APPROACH TO THE CONCEPT FROM A LEGAL-CRIMINOLOGICAL PERSPECTIVE

Noelia Valenzuela García
Doctoranda en Criminología y Personal Técnico de Apoyo y Gestión de la I+D+I
Universidad de Cádiz (España)

Fecha de recepción: 10 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2020.

RESUMEN

El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española ha sido objeto de protección por el Código Penal de 1995 desde su creación. El desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación han permitido la aparición de nuevas injerencias ilegítimas a este derecho fundamental, como es el caso del *sexting*. Frente a las modificaciones y las demandas sociales, el legislador reforma Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para adaptarla a las nuevas dinámicas sociales, en ocasiones, no con un resultado favorable o coherente. El objetivo de este trabajo es comprobar la coherencia entre las prácticas de *sexting* que tienen lugar entre los sujetos y la redacción de la conducta típica recogida en el artículo 197.7 del Código Penal. El análisis refleja falta de coherencia entre la redacción de la norma en relación a características básicas de las dinámicas de *sexting*.

ABSTRACT

The right to privacy enshrined in article 18.1 of the Spanish Constitution has been protected by the 1995 Penal Code since its creation. The development of New Information and Communication Technologies has allowed the appearance of new illegitimate interference with this fundamental right, as is the case of sexting. Faced with the modifications and social demands, the legislator reforms Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code to adapt it to new social dynamics, sometimes not with a favorable or coherent result. The objective of this work is to

check the coherence between the sexting practices that take place between the subjects and the wording of the typical behavior included in article 197.7 of the Penal Code. the analysis reflects lack of coherence between the wording of the norm in relation to basic characteristics of the dynamics of sexting

PALABRAS CLAVE

Sexting, intimidad, delito, nuevas tecnologías, críticas

KEYWORDS

Sexting, privacy, crime, new technologies, critics

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. OBJETIVOS. 3. EL *SEXTING* COMO FENÓMENO SOCIAL. 4. EL *SEXTING* COMO DELITO. 5. *SEXTING* PRIMARIO VERSUS *SEXTING* SECUNDARIO. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. OBJECTIVES. 3. *SEXTING* AS A SOCIAL PHENOMENON. 4. *SEXTING* AS A CRIME. 5. PRIMARY *SEXTING* VERSUS SECONDARY *SEXTING*. 6. CONCLUSIONS. 7. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN.

A lo largo del tiempo, el concepto de intimidad ha sido definido de distintas maneras, desde un significado simple, derecho a “*ser dejado solo*”, hasta uno más complejo. En la era actual, el concepto de intimidad recoge un amplio contenido, debido a la evolución de su estructura técnico-jurídica y a su ámbito de protección material (Moreno Castillo, 2003).

La intimidad es considerada aquella esfera privada necesaria para el desarrollo y el fomento de la personalidad de las personas, así como un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y la participación del individuo en la sociedad (Moreno Castillo, 2003).

El derecho a la intimidad fue recogido, por primera vez, como derecho a la intimidad personal y familiar en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 12 (Martínez de Pisón, 2016), en el que se articula:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Posteriormente, este derecho fue recogido por textos de ámbito nacional, referente a la promulgación de las distintas constituciones. En España, el derecho a la intimidad se recoge en el artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978, en el que se recoge lo siguiente: *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

Además, este derecho va más allá del derecho a no sufrir injerencias o ataques, sino que se configura como un derecho activo de participación y de control sobre el flujo de información (Moreno Castillo, 2003) al que pueden acceder terceras personas.

En definitiva, una definición completa sobre el derecho a la intimidad, que será utilizada como referencia en este estudio, es la proporcionada por Moreno Castillo (2003), que define el derecho a la intimidad como *el derecho de toda persona a mantener un ámbito individual alejado de intromisiones ilegítimas y como resultado de ello ejercer un control constante y efectivo sobre la información relativa al mismo, que permita el libre desenvolvimiento de su personalidad* (pág. 78).

Para salvaguardar y proteger este derecho fundamental, nuestro ordenamiento jurídico prevé una serie de normas y mecanismos legales, entre ellos el Código Penal de 1995 (en adelante C.P.) para castigar aquellos atentados o injerencias más graves contra este bien jurídico.

Con el desarrollo y la generalización de las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TIC), se ha abierto la puerta a una serie de nuevas conductas atentatorias contra un bien jurídico clásico, encuadradas bajo la rúbrica de ciberdelincuencia. Entre estas conductas se encuentra el delito de *sexting* tipificado en el artículo 197.7 del C.P.:

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

El elevado número de sentencias absolutorias¹, debido a la redacción técnica del artículo 197 del Código Penal anterior, en la que se castigaban solo aquellos casos en los que se obtenía la información sin la anuencia de la víctima, además del caso “Olvido Hormigos”, considerado como el caso de mayor calado mediático (Castelló Nicas, 2015; Jiménez Segado, 2016; Manzanares Samaniego, 2015; Martínez Otero, 2013), abrieron la puerta del Congreso para debatir sobre su posible tipificación.

De este modo, con el Proyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se tipificó el delito de

¹ SSAP 90/2004, de 25 de febrero; 351/2014, de 5 de junio; 155/2016, de 30 de junio; 197/2017, de 31 de julio; 432/2017, de 22 de noviembre; 434/2018, de 7 de septiembre; 562/2018, de 11 de julio; 43/2019, de 5 de marzo.

sexting, en cuya Exposición de Motivos se alude que “*se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas*”².

No obstante, no hubo unanimidad por parte de la doctrina sobre la tipificación de estas conductas en el Código Penal. Por un lado, existe una presencia de autores que se presentan contrarios a la tipificación de esta conducta (Morales Prats, 2015; Pérez Conchillo, 2018). Entre los motivos que llevan a parte de la doctrina a estar en contra, se encuentran aquellos autores (Comes Ragas, 2013; Morales Prats, 2015) que consideran que el Derecho Penal no es el instrumento adecuado para tutelar aquellas conductas en las que los sujetos se exponen, por sí mismos, en una situación de riesgo, cuando se despojan libremente de su intimidad, en relación a imágenes o grabaciones propias que son cedidas a terceros y que, atendiendo al principio de *última ratio*, de *intervención mínima* y de *fragmentariedad*, solicitar esta protección jurídico-penal resulta desproporcionada y contraria a estos principios.

Por otro lado, la parte opuesta de la doctrina considera que no se puede aceptar un despojo total en situaciones que afectan al núcleo duro de la intimidad (González Collante, 2015; Jiménez Segado, 2016; Mendo Estrella, 2016; Muñoz Conde, 2015). Este núcleo duro se compone de los “*hechos o circunstancias de la vida personal que, de ser expuestos a la opinión pública, podrían suponer una falta de consideración personal y social del sujeto en cuanto miembro de una comunidad social cohesionada*” (Comes Raga, 2013, p. 2). Por tanto, se engloba aquí aspectos como la religión, la ideología, la intimidad corporal, los sentimientos más profundos, la salud o la vida sexual (Martínez Otero, 2013; Morales Prats, 2015; Muñoz Conde, 2015). Esto también ha sido ratificado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 179/2013 de 8 de marzo y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 302/2017 de 24 de abril.

Por tanto, las relaciones sexuales forman parte de este núcleo duro de la intimidad en el que se producen principalmente estas prácticas de *sexting* y que, por tanto, requiere de una protección exclusiva, dado el carácter y de las graves consecuencias que pueden afectar a la víctima la exposición pública. Por tanto, la protección jurídico-penal quedaría justificada.

2. OBJETIVOS.

El presente estudio se centra en el análisis del fenómeno del *sexting*, desde una perspectiva amplia, siendo el objetivo principal de esta investigación comprobar la coherencia entre las prácticas de *sexting* reales entre los sujetos que las llevan a cabo y la conducta típica recogida en el artículo 197.7 del Código Penal.

Para la consecución de este objetivo se plantean como objetivos específicos los siguientes:

- Analizar el concepto de *sexting* en sentido amplio.
- Examinar el hecho típico del artículo 197.7 del Código Penal

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281 § 25444 (1995).

- Comparar las similitudes y diferencias entre la concepción del fenómeno del *sexting* y su calificación jurídica-penal.

3. EL *SEXTING* COMO FENÓMENO SOCIAL.

Los conceptos de *sexting* ofrecidos por los distintos autores que han investigado sobre el tema son abundantes y diversos. Etimológicamente, el concepto *sexting* es un neologismo formado por la fusión de dos vocablos de origen inglés; *sex* (sexo) y *texting* (texto o envío de mensajes de texto) (Alonso Ruido, Rodríguez Castro, Lameiras Fernández y Martínez Román, 2018; Mendo Estrella, 2016; Pérez Conchillo, 2018; Peris Hernández y Maganto Mateo, 2018).

La diversidad de conceptos sobre estas prácticas sexuales ofrece dos visiones sobre qué es el *sexting*. Una parte de la doctrina lo define en sentido estricto, mientras que la otra parte aporta un concepto más amplio.

Atendiendo al *sexting* en sentido estricto, Menjívar Ochoa (2010) lo define como *“el envío de imágenes, como fotografías y vídeos, explícitamente sexuales de sí mismo o misma y, en ocasiones, de otros”* (p. 2).

Aparicio Torres y López Lara (2017) consideran al *sexting* como *“el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre”* (p. 6).

La profesora García Magna (2019) declara que estas prácticas de *sexting* primario *“consisten en enviar fotos o vídeos propios de contenido íntimo a un tercero”* (p. 6). Para Díaz Cortés (2017) supone la autoproducción de imágenes sexuales que son remitidas posteriormente a otro sujeto para hacer de ellas un uso exclusivo y privado.

Teniendo en cuenta el *sexting* en sentido amplio, Martínez Otero (2013) lo califica como *“la producción y envío de mensajes de contenido sugerente o insinuante, con la finalidad de despertar en el receptor atracción o deseo sexual [...] utilizando los nuevos medios de comunicación (webcam, WhatsApp, correo electrónico, mensajes de texto...)”* (p. 63). Peris Hernández y Maganto Mateo (2018) hablan del *“intercambio de contenido provocativo, sexual y erótico, ya sea en forma de mensaje, foto o video”* [...] *“a través de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación”* (p. 77). A diferencia de las definiciones anteriores, también se incluyen los mensajes de textos sugerentes como parte del contenido del *sexting*,

Para Guardiola Salmerón (2016) el *sexting* supone *“la emisión voluntaria, consciente y legítima de imágenes, vídeos y otros contenidos de carácter íntimo, erótico o sexual”*. Esta autora va un paso más allá y habla de *“otros contenidos”*, aportando un concepto amplio e impreciso de qué tipo de contenidos entran dentro de estos comportamientos sexuales. En esta misma línea se pronuncia Soriano Ruíz (2019) al hablar del *sexting* como *“el envío y/o grabación de archivos de contenido erótico, sexual o pornográfico, generado por el mismo protagonista o con consentimiento de éste/a, generalmente como parte de un juego erótico entre dos personas unidas por un vínculo sexual – afectivo”* (p. 5). Sin embargo, avanza un paso

más y dentro de este contenido incluye “los vídeos, fotos y/o audios” (p. 6) emitidos por la persona protagonista.

Por tanto, existe un concepto más amplio y abarcador del fenómeno del *sexting* al calificarlo como “el envío, recepción y reenvío de contenidos de tipo erótico-sexual, sean fotografías, vídeos o textos, a otras personas a través de teléfonos móviles, tablets, redes sociales u otros medios informáticos” (Alonso-Ruido, Rodríguez-Castro, Pérez-André, Magalhães, 2015, p. 1).

De esta forma, la diferencia entre *sexting* en sentido amplio o estricto radica en el contenido producido y enviado. Hay autores que consideran que, aunque la foto y el video de carácter sexual vaya acompañado de un texto, el rasgo principal de las prácticas de *sexting* es la imagen (Arias, 2018), mientras que otros afirman que, aunque de manera general, lo que se transmite es la imagen, también se debe incluir en el concepto de *sexting* cualquier comunicación de tipo sexual empleando la tecnología, como es el caso de mensajes de textos, correos electrónicos, etc. (Mendo Estrella, 2016). Sin embargo, las discrepancias sobre qué se incluye y qué no como contenido erótico genera inconsistencia en la definición de *sexting*, al no delimitarse de manera concreta y precisa.

Por otro lado, no solo existen controversias respecto al contenido de las prácticas sexuales, sino que también hay diferencias referentes a la intensidad de este contenido. La mayoría de los estudios no reflejan disparidad entre esta intensidad, midiendo todo el abanico de actitudes y comportamientos susceptibles de calificarse como *sexting*, sin hacer diferencias entre sexualmente explícito o no (Pérez Domínguez, 2020). Otras investigaciones recogen como prácticas de *sexteo* solo aquel contenido explícitamente sexual o comportamientos explícitamente provocativos (Menjívar Ochoa, 2010; Narvaja y De Piero, 2016). Desde una perspectiva más amplia, se distingue entre *sexting soft*, esto es, publicaciones sin desnudez, y *sexting hard*, publicaciones desnudas o semidesnudas) (Peris Hernández y Maganto Mateo, 2018) Siguiendo esta línea, se encuentra el estudio llevado a cabo por Agustina y Gómez Durán (2016) permitiéndoles medir con mayor precisión la prevalencia del fenómeno del *sexting* al distinguir este contenido erótico entre *soft sexting* y *hard sexting*.

Las inconsistencias en la definición del *sexting* no solo se reducen al contenido erótico sexual, sino también a las distintas acciones que se integran bajo el amplio abanico de las conductas de *sexting*. En las diferentes conceptualizaciones de la doctrina se observa posturas contrapuestas sobre qué acciones conforman el *sexting*. Una parte de la doctrina define el *sexting* como el acto de enviar, recibir y reenviar el contenido erótico. Por tanto, se distingue así entre *sexting* activo, esto es, la producción y envío del contenido sexual y erótico; y pasivo, consistente en la recepción y reenvío del contenido audiovisual sexual (Agustina y Gómez Durán, 2016; Alonso-Ruido et al., 2015; Peris Hernández y Maganto Mateo, 2018). La posición opuesta considera como prácticas de *sexteo* la producción o autoproducción y el envío (Díaz Cortés, 2017; Soriano Ruíz, 2019) o solo el envío del contenido erótico sexual (Aparicio Torres y López Jara, 2017; García Magna, 2019). Como consecuencia, en los diferentes estudios empíricos, al medir una serie de acciones distintas en cada investigación, provoca la imposibilidad o dificultad de realizar estudios comparativos o evolutivos de estas prácticas. Por ejemplo, estudios como el de Alonso y Romero

(2019) y Quesada, Fernández González y Calvete (2018) solo miden la prevalencia del envío de fotos, videos o mensajes de contenido sexual como comportamientos de *sexting*. Mientras que Rodríguez Domínguez y Durán Segura (2019) analizan como contenido tanto el *sexting* primario activo (la conducta de enviar el contenido) como el *sexting* primario pasivo (la situación de recibir el contenido). Hay otros estudios que dan un paso más y consideran como prácticas de *sexting* no solo el envío y la recepción sino también solicitar el contenido sexual y erótico (Rodríguez-Castro, Alonso-Ruido, Lameiras-Fernández y Faílde-Garrido, 2018).

Por último, a pesar de la falta de acuerdo sobre qué acciones conforman las prácticas de *sexteo*, se pueden extraer cuatro elementos básicos en las prácticas de *sexting*: el carácter erótico y sexual del contenido, la naturaleza privada y casera del contenido que se produce para un uso exclusivo y privado, la relación de confianza y el carácter voluntario de su emisión y la utilización de dispositivos tecnológicos.

Es notoria, en las diversas definiciones aportadas por la doctrina, la presencia de los medios tecnológicos en la práctica del *sexting*. Estos nuevos sistemas de comunicación instantáneos son considerados como los cauces naturales para la comisión de ciertos delitos (Aparicio Torres y López Lara, 2017), como es el caso del *sexting*. El *sexteo* se ha visto favorecido, en gran medida, por la potencialidad de las TIC³, debido a la incorporación de cámaras y videocámaras a los dispositivos tecnológicos (Peris Hernández y Maganto Mateo, 2018). Pérez Conchillo (2018) considera que el *sexting* se compone de dos sumandos, siendo uno de estos el uso generalizado de las nuevas tecnologías, y para Soriano Ruiz (2019) las conductas de *sexting* van de la mano del desarrollo de las TIC. Teniendo en cuenta la unanimidad de la doctrina sobre el carácter tecnológico y siguiendo la línea de la Dra. Arias (2018), se considera que los dispositivos tecnológicos son un elemento indispensable en las conductas de *sexting*.

En definitiva, todas estas conductas se engloban bajo el nombre de *sexting* primario. Sin embargo, estas prácticas, no presentan problemas legales, ya que el envío se enmarca en un contexto de voluntariedad y confianza, en el que los sujetos libremente comparten esta información y no se vulnera ningún bien jurídico.

4. EL *SEXTING* COMO DELITO

El interés jurídico penal de las prácticas de *sexting* se encuentra en lo que se ha definido como *sexting* secundario. A diferencia del *sexting* primario, cuando se produce esta conducta, se está lesionando un bien jurídico, mientras que en el *sexting* primario ningún derecho resulta lesionado.

El *sexting* secundario supone la difusión, reenvío o divulgación de imágenes, vídeos y otros contenidos de carácter íntimo, erótico o sexual, sin la anuencia de la víctima, vulnerando gravemente la intimidad de esta. Este hecho delictivo se tipificó por primera vez en la reforma operada en 2015 y se recoge en el artículo 197.7 del CP.

³ Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, BOE núm. FIS-C-2017-00003 (2017).

El bien jurídico, tal y como ha sido señalado a lo largo de este trabajo, es el derecho a la intimidad personal. Sin embargo, es preciso concretar qué aspectos de la intimidad son protegidos por esta norma penal, pues atendiendo a los principios generales del Derecho Penal, en concreto al *principio de intervención mínima*, no se puede exigir responsabilidad ante comportamientos que podrían ser susceptibles de resolverse en otros ámbitos del derecho. De este modo, se habla del “núcleo duro de la intimidad”, tratándose este núcleo de la esfera más reservada y protegida de la intimidad. No obstante, esta interpretación ha sido formulada por la doctrina, pues como critica Colás Turégano (2015), la norma no recoge de manera expresa que la conducta punible deba limitarse a aquellas imágenes de carácter sensible.

Por otro lado, la intimidad es un derecho de contornos difícilmente definibles, por lo que no resulta sencillo precisar cuándo una conducta requiere ser objeto de una sanción penal. La protección que se quiera otorgar a la intimidad estará marcada por el deseo personal (Castelló Nicás, 2015). Es por ello por lo que en el delito de *sexting* se exige la presentación de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para la persecución de este delito. De este modo, se trata de un delito de carácter semipúblico, por lo que, como indica la Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 3/2017, el perdón del ofendido o de su representante legal extinguirá la acción penal.

El tipo básico prevé como conducta típica la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la víctima, pero si el beneplácito de esta para la divulgación. Se está ante tres acciones de diferente calado, pues la difusión parece tener mayor potencialidad lesiva, ya que se pierde el control del objeto material una vez terceras personas acceden a él (Colás Turégano, 2015). Sin embargo, tal y como señala Castelló Nicás (2015) y Díaz Cortés (2019), el uso de las TIC y con la facilidad con la que circula esta información por el espacio virtual, la revelación y cesión puede alcanzar la misma expansión que la difusión y, por tanto, alcanza un grado de lesividad similar.

Respecto al objeto material, tres son los elementos claves que lo configuran: el tipo de contenido al que se otorga protección, que este contenido haya sido obtenido con anuencia por el sujeto activo y el espacio en el que se obtiene.

En primer lugar, respecto al contenido, el precepto penal señala a aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales que se hayan obtenido con anuencia de la víctima. Sin embargo, no se especifica a qué temática concreta o clase de imágenes o grabaciones audiovisuales se hace referencia. Por tanto, podrá ser objeto de enjuiciamiento cualquier imagen o video que muestre algún aspecto de la intimidad de una persona. No obstante, para justificar la intervención del Derecho Penal en base a sus principios, este contenido debe afectar al núcleo duro de la intimidad (García Magna, 2019). Asimismo, no se puede olvidar que, en la práctica, tal y como señala esta autora, y el caso más mediático que aceleró la tipificación del *sexting* secundario, el Caso Olvido Hormigos, son de naturaleza sexual, por lo que en la práctica este precepto penal se aplica en mayor proporción cuando se trata de cuestiones relativas a la vida sexual privada.

Por otro lado, existe cierta incertidumbre sobre qué aspectos debe extenderse la protección. El precepto queda limitado a las imágenes y grabaciones audiovisuales

eróticas. Esta limitación lleva a cuestionar qué ocurre con otro tipo de contenido intercambiable y con ciertas comunicaciones. Así, en el caso de grabaciones visuales sin audio la doctrina entiende que sí se extiende el paraguas de la protección, ya que no sería congruente castigar imágenes fijas, pero no imágenes en movimiento, cuando estas últimas ofrecen más información sobre el hecho (Doval Pais y Anarte Borrallo, 2016). En el caso de audio sin imágenes existen posturas enfrentadas en la doctrina. De esta forma, Pérez Conchillo (2018) considera que el precepto no abarca los sonidos al tratarse de supuestos no previstos en el tipo penal y Morales Prats (2016), Colás Turégano (2015) y Díaz Cortés (2019) expresan que en el caso de audios y grabaciones acústicas bastaría con acudir a la vía civil para proteger aquellos ámbitos no visuales. En la parte opuesta de la doctrina, Castelló Nicás (2015, pp. 501-502) considera que, al igual que hay *“gestos más elocuentes que muchas palabras, también hay sonidos significativos que pueden integrar una grabación comprometida, con voces claramente reconocibles”*. En el caso de terceras comunicaciones, como una carta amorosa o mensajes de texto de carácter sexual, tampoco quedarían recogidos en el tipo penal.

La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado sobre esta cuestión en su Circular núm. 3/2017 al recoger que *“hay que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo”*. Es decir, según esta circular, el tipo abarcaría como objeto material la imagen visual y también el contenido sonoro. En contraposición a esta afirmación la jurisprudencia ha venido siguiendo la línea de Pérez Conchillo. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 95/2018 de 23 de febrero, considera que *“el objeto los son, en consecuencia, imágenes de aquella estén acompañadas o no de sonido”*, excluyendo *“las grabaciones de audio o meramente acústicas”*.

En cuanto a la exigencia de que el contenido audiovisual haya sido obtenido con la anuencia del sujeto pasivo implica dos supuestos: por un lado, que sea la propia víctima quien produce el contenido y posteriormente lo envía al sujeto activo y, por otro lado, que la víctima consienta que el sujeto activo sea el que capte el contenido audiovisual. No parece haber unanimidad en la doctrina sobre esta cuestión. En la línea de una interpretación más amplia del precepto se encuentra Morales Prats (2016) al considerar que limitar el precepto solo a aquellos casos en los que el sujeto activo es quien capta el contenido sería contrario al espíritu del precepto, ya que la esencia del desvalor se centra en la defraudación de las expectativas de confidencialidad, siendo relevante quien capta el contenido. Coincide Díaz Cortés (2019) en esto último, al señalar que lo fundamental es que el sujeto pasivo consiente o tolere la obtención del contenido, sin ser relevante quien lo produce. Se suma a esta interpretación García Magna (2019) al calificar que una interpretación estricta del precepto no es la intención del legislador si se atiende a las dinámicas del *sexting* primario, al comprender que el propio titular del contenido puede, en primer lugar, producirlo y, posteriormente, enviarlo al sujeto activo.

En el lado opuesto de esta posición se encuentra Muñoz Conde (2015) al cuestionar que la actual redacción del precepto no se puede deducir que se incluya el primer supuesto. Por lo que solo se otorga protección penal en aquellos casos en los

que el que difunde el contenido participa en la producción de este. Coincide en esta línea Castelló Nicás (2015) al entender que no es el sentido del precepto incluir aquellos casos en los que el sujeto pasivo es quien autoproduce el material. En el caso de que la intención hubiera sido la contraria, el texto que propuso el PSOE, este es, que “la grabación o la imagen fuere realizada por la víctima o con su anuencia”, habría sido una redacción más acertada. González Collantes (2015) lamenta que se rechace esta propuesta ya que si se atiende al significado que ofrece la RAE del término anuencia no hay posibilidad de incluir aquellas conductas en las que la víctima capta el contenido, dado que “anuencia” equivale a la acción y efecto de consentir, es decir, permitir algo.

También se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 302/2017 de 24 de abril considera que la creación de nuevos tipos penales que son fruto de sucesos mediáticos concretos propicia movimientos legislativos inmediatos en los que las palabras del legislador no siempre se corresponden con sus imágenes mentales. Esto ocurre con el Caso Olvido Hormigos, el que sigue calificando como conducta atípica debido a la redacción de la norma. Considera que la conducta de difundir y obtener con anuencia va referida a la misma persona que produce o capta el contenido. Y, por tanto, *la única interpretación lógica es la que precisa de la captación de la imagen o grabación directamente por el sujeto activo del delito "con la anuencia" de la víctima.*

Y respecto al último aspecto clave del objeto material, este es, el espacio en el que se obtiene el contenido, tampoco ha estado exento de críticas. El artículo 197.7 indica que el objeto material debe ser obtenido en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Esta redacción ha sido señalada como superflua y alambicada al recurrir, por un lado, a un concepto jurídico como es el de domicilio y, por otro lado, a uno extrajurídico como es lugares fuera del alcance de la mirada de terceros (Martínez Otero, 2013). Ante esta imprecisión sobre el lugar, son varios los autores que señalan la pertinencia de hablar de lugares privados y cerrados (Díaz Cortés, 2019; González Collantes, 2015; Martínez Otero, 2013). En esta misma línea se pronuncia la Fiscalía General del Estado al entender que la expresión “lugar fuera del alcance de la mirada de terceros” podría ser cualquier lugar cerrado o al aire libre en el que se acredite las garantías suficientes de privacidad para que la captación de las imágenes se realice en un contexto de estricta intimidad. Asimismo, señala que la fórmula que ha empleado el legislador para la redacción del tipo es “excesivamente cerrada”, lo que puede derivar en problemas o dificultades en la práctica. En efecto, no se equivocaba la Fiscalía General del Estado al destacar este carácter estricto y así lo refleja la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 165/2018 de 26 de junio, al absolver al acusado alegando que la grabación difundida no se obtuvo ni en un domicilio ni en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, sino que la propia víctima remitió con anuencia esta grabación a través del teléfono móvil. Por tanto, la conducta sería atípica dado que *“se aparta del tenor literal del precepto”* y su aplicación supondría una *“interpretación extensiva de la norma penal”*. Esta situación paradójica a las dinámicas de *sexting*, potenciadas por el uso de las TIC, lleva a cuestionar la pertinencia sobre este tipo penal, pues carecería de sentido omitir el carácter tecnológico de las prácticas de *sexting*. Y así lo señala el Tribunal Supremo en su Sentencia 70/2020 de 24 de febrero, al considerar que *“una red social multiplica*

exponencialmente el daño generado a la intimidad de una persona que sólo concebía un destinatario para su visión” y que “la defectuosa técnica jurídica” del legislador “dificulta su exégesis”. En contraposición a la Audiencia Provincial de Navarra, considera que el vocablo obtener, según la RAE, es sinónimo de conseguir o tener, por lo que cuando el contenido es recibido a través del teléfono móvil, se tiene o se consigue el objeto. Por lo que el victimario puede obtener el contenido “valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas”. Por tanto, no se puede obviar el carácter tecnológico de las prácticas de sexting en la aplicación del artículo 197.7 del Código Penal.

El artículo 197.7 se configura como un delito especial propio dado que el sujeto activo será aquel que haya obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con la anuencia de la víctima. El legislador limita el círculo de autoría a aquellos que hayan captado o recibido el contenido audiovisual directamente del sujeto pasivo. No obstante, como señala la Circular núm. 3/2017, puede concurrir las diferentes formas de participación recogidas en los artículos 28 y 29 del Código Penal, es decir, la coautoría, la cooperación necesaria, la inducción y la participación como cómplice.

Cabe plantearse qué ocurre con aquellas personas que, sin obtener directamente el contenido de la víctima, participan en la difusión del contenido, enviándolo a otros sujetos. El legislador ha limitado la responsabilidad penal al primer eslabón de la cadena de divulgación, siendo este el que obtiene el contenido directamente por el sujeto pasivo, por lo que se puede exigir responsabilidad penal a estar terceras personas. No obstante, no están exentas de la responsabilidad civil que se pueda derivar de sus actos.

Por último, se configura como un delito de resultado, pues para que se pueda aplicar el tipo penal se exige que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la persona. Morales Prats (2015, 2016) acusa al legislador de generar inseguridad jurídica ya que el único recorte típico a la esfera de incriminación se determina por una clausura jurídica indeterminada, pues la valoración sobre la existencia o no de la conducta delictiva se reduce a la valoración particular de cada juzgador. Castelló Nicás (2015), con el propósito de rebajar la inseguridad jurídica de este criterio, señala que el legislador deberá aplicar cierta racionalidad para interpretar el menoscabo grave a la intimidad pues, en caso contrario, se podrían dar los mismos problemas interpretativos en otros tipos penales, como por ejemplo los atentados a la integridad moral. En definitiva, se deberá valorar cada caso en concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en ese hecho.

5. SEXTING PRIMARIO VERSUS SEXTING SECUNDARIO

Las prácticas de *sexting* suponen un fenómeno complejo que entraña beneficios y riesgos para los sujetos participantes. Pueden favorecer y contribuir al desarrollo de las relaciones sexuales entre sujetos, pero también reportar un peligro para la intimidad de estos.

Del análisis del fenómeno se puede distinguir dos momentos o fases en el *sexting*, con una naturaleza social distinta. Si bien, por un lado, se encuentra el *sexting* primario, el cual se trata de una práctica sexual que se está extendiendo como forma

de socializar y de relacionarse en la vida sexual de las personas más jóvenes. Y, por otro lado, el *sexting* secundario, configurado como un delito, que tiene lugar cuando se produce la difusión ilícita de los contenidos sexuales obtenidos a través de las conductas de *sexting* primario.

De esta forma, la práctica sexual del *sexting* y el delito suponen dos circunstancias distintas y no implica que siempre se de ambas situaciones en un mismo hecho entre los sujetos que intervienen. No obstante, para que se produzca el delito de *sexting* es necesario que previamente la víctima haya compartido el contenido audiovisual erótico con el victimario voluntariamente y en un contexto de privacidad, pero también se podría concluir en el *sexting* primario, práctica sexual en la que los participantes consienten el intercambio de contenido erótico o sexual en una esfera de privacidad, sin difundir el contenido y vulnerando la intimidad de la otra parte.

Sin embargo, aunque se trate de dos circunstancias de naturaleza distinta, es necesario que exista cierta coherencia entre lo que el legislador ha recogido en el tipo penal y la realidad social de estas prácticas.

Tabla 1. Comparativa entre el *sexting* primario y el *sexting* secundario.

	<i>Sexting</i> Primario	<i>Sexting</i> Secundario
Contenido (objeto material)	Contenido amplio: fotografías, videos, mensajes de texto, correos electrónicos, audios...	Contenido estricto: imágenes y grabaciones audiovisuales.
Grado de intensidad sexual	<i>Sexting</i> soft y <i>sexting</i> hard: con mayor o menor carga eróticas, insinuantes o sexualmente explícitos.	Limitado a <i>sexting</i> hard. Aspectos de la esfera íntima del núcleo duro de la intimidad
Acciones (conducta típica)	Dos visiones: <ul style="list-style-type: none"> ● Estricto: (auto)producción y envío ● Amplio: (auto)producción, enviar, recibir, reenviar y solicitar. 	Difundir, revelar y ceder a terceras personas
Espacio o lugar de obtención	Espacio físico (el contenido de produce conjuntamente en un mismo lugar) y espacio virtual (mediante dispositivos tecnológicos e internet se produce y envía al receptor)	Domicilio o lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Cuestionamiento doctrinal sobre la aplicación del tipo cuando la obtención con internet.

Fuente: elaboración propia.

Las prácticas sexuales de *sexting* primario engloban un contenido más amplio, así como el nivel de intensidad sexual de este. Esto se debe a los principios básicos del Derecho Penal, estos son, el *principio de intervención mínima* y el *principio de última*

ratio pues resultaría desproporcionado acudir a esta rama del derecho si el objeto no reviste la suficiente entidad para menoscabar gravemente la intimidad. Por ello, el legislador ha decidido incluir como objeto material del artículo 197.7 los aspectos núcleo duro de la intimidad personal. No obstante, esta autora, siguiendo la línea de Castelló Nicás (2015), considera que no solo una fotografía o una grabación reviste el carácter suficiente para afectar a este núcleo, sino que determinadas grabaciones de audio sin imágenes pueden generar un grave menoscabo a la intimidad. Por ejemplo, en el caso de un personaje famoso o conocido, una grabación de voz sería fácilmente reconocible al igual que una fotografía y el daño puede tener dimensiones similares. Asimismo, en un pueblo o municipio con pocos habitantes, es más probable que sea más fácil la identificación de la víctima. En definitiva, habría que analizar las características concretas de cada hecho para valorar el menoscabo que pueda tener un contenido sonoro en la víctima.

En cuanto a las conductas, es necesario una revisión de qué se entiende por *sexting* primario, pues si se atiende a la visión más amplia, se estaría calificando como práctica sin ninguna importancia legal o repercusión en la intimidad acciones como “reenviar” el contenido que se ha recibido de la víctima, estando ante un posible caso de difusión ilícito de contenidos sexuales sin la anuencia de la víctima.

Por último, es importante destacar el espacio o lugar de obtención. Una de las dinámicas más características de *sexting* es el empleo de los dispositivos tecnológicos y de internet para *sextear*. Sin embargo, la redacción técnica del tipo penal genera dificultades para su aplicación en aquellos casos en los que la víctima envía al sujeto activo el contenido a través del teléfono móvil u otro medio similar. En muchas ocasiones el sujeto es absuelto y, en otras, se recurre para que se tenga en cuenta el carácter tecnológico del *sexting*, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 70/2020 de 24 de febrero mencionada anteriormente.

6. CONCLUSIONES

Las Nuevas Tecnologías se han instalado en los hábitos y conductas cotidianas para relacionarnos. No se puede negar el impacto de las TIC en los procesos de socialización y en los modos que establecemos contactos con el resto de la sociedad. De igual modo, tampoco se puede obviar el impacto en el ámbito de la delincuencia.

A pesar de las distintas posiciones doctrinales enfrentadas, la tipificación del *sexting* secundario en el artículo 197.7 del C.P. se considera pertinente y conforme al Derecho Penal. El derecho a la intimidad no solo hace referencia al derecho a mantener un ámbito individual alejado de posibles intromisiones ilegítimas, sino también poder ejercer un control efectivo sobre qué información se quiere compartir y cuál no. En el caso del *sexting*, el sujeto pasivo ostenta este derecho, por lo que el argumento aportado por autores como Morales Prats, Comes Raga o Pérez Conchillo, sobre el despojo voluntario de la intimidad y la exposición a tales riesgos, no desmerece el derecho de la víctima a ejercer el control de quién quiere que acceda a su intimidad. Asimismo, al tratarse de aspectos del núcleo duro de la intimidad, la repercusión y el menoscabo que puede generar en la víctima la difusión, justifica la intervención del Derecho Penal. Sin embargo, la técnica legislativa empleada no se considera la más oportuna, pues el tipo penal ha sido y sigue siendo objeto de

profundas y duras críticas, en especial por las dificultades que ocasiona la aplicación de la norma.

Otro de los principales inconvenientes en los estudios de *sexting* es la ausencia de unanimidad en el seno de la doctrina sobre la conceptualización del término. El elevado número de definiciones por una gran cantidad de autores refleja una pluralidad de enunciados sobre el *sexting*. La diferenciación entre *sexting* primario y *sexting* secundario supone el punto de partida para diferenciar las prácticas sexuales del delito. Sin embargo, la falta de una definición clara de la delimitación conductual de esta práctica sexual provoca solapamientos y choque con la calificación jurídica del *sexting* secundario. Así, referentes a qué acciones abarca el *sexting*, una parte de la doctrina comparte una perspectiva amplia en la que consideran que reenviar el contenido forma parte de la práctica sexual. Hay que prestar especial atención a esto porque si ese reenvío es ilícito se estaría en la segunda fase de *sexting*, es decir, el delito.

Por otro lado, la deficiente técnica del legislador en relación al carácter tecnológico que reviste las prácticas de *sexting* han provocado contratiempos para aplicar el tipo penal. A pesar de que este carácter es una de las principales características del *sexting*, la redacción del precepto parece omitir toda referencia a él. Esta falta de coherencia legislativa entre el tipo penal y la realidad social de las prácticas de *sexting*, pone de manifiesto una rápida y poco reflexionada introducción del delito de *sexting*. Por tanto, se puede apreciar la necesidad de una revisión de la norma que permita solventar los problemas de aplicabilidad del tipo, pues la realidad social del *sexting* primario no se considera recogida en el artículo 197.7 del C.P.

En definitiva, recuperando el objetivo principal de este estudio, este es, evaluar la coherencia entre las prácticas de *sexting* reales y el hecho delictivo recogido en el artículo 197.7 del C.P. se podría concluir que no hay una coherencia plena entre la práctica sexual y el delito, pues la redacción del mismo impide la aplicabilidad para ciertos supuestos en los que tienen lugar características básicas de las dinámicas del *sexteo*.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Agustina, J. R. y Gómez Durán, E. L. (2016). Estudio de factores correlacionados con el *sexting* en una muestra universitaria. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 22, 32-58.
- Alonso, C., y Romero, E., (2019). *Sexing* behaviour in adolescents: Personality predictors and psychosocial consequences in a one-year follow up. *Anales de psicología*, 35 (2), 214-224.
- Alonso Ruido, P., Rodríguez Castro, Y., Lameiras Fernández M. y Martínez Román, R. (2018). El *sexting* a través del discurso de adolescentes españoles. *Saúde e Sociedade*, 27(2), 398-409. <https://doi.org/10.1590/s0104-12902018171835>
- Alonso Ruido, P., Rodríguez Castro, Y., Pérez André, C. y Magalhães, M. J. (2015). Estudio cualitativo en un grupo de estudiantes ourensanos/as sobre el fenómeno del *Sexting*. *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, 13(extr.), 58-62.
- Aparicio Torres, C. y López Jara, M. (2017). La protección penal del menor víctima de ciberdelitos. Primeras actuaciones. *La Ley*, 5023, 1-25.
- Arias, V. (2018). La mujer t el *sexting*: el cuerpo y la mirada en las nuevas prácticas de exhibición sexual. *Revista Especializada en Periodismo y Comunicación*, 1(59), 1-16.
- Castelló Nicás, N. (2015). Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor. En L. Morillas Cuevas (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. (pp. 487-514). Madrid: Dykinson
- Colás Turégano, A. (2015). Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197, 197 bis, 197 ter). En J. L. González Cussac, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. (pp. 663-X). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Comes Raga, I. (2013). La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida de *sexting* ajeno. *La Ley Penal*, 105, 1-12
- Díaz Cortés, L. M. (2017). El debate sobre la penalización o no del *sexting* primario entre menores: el contexto de respuesta, su incoherencia y el desconocimiento de límites. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18, 39-90.
- Díaz Cortés, L. M. (2019). *El sexting secundario entre menores: bien jurídico y respuesta penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Doval Pais, A. y Anarte Borrillo, E. (2016). Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad. *Diario La Ley*, 8744, 1-18.
- Evangelina Narvaja, M. y De Piero, J. L. (2016). Prácticas juveniles íntimas: *sexting* y vlogging. *Revista de Ciencias Sociales*, 69, 239-270.
- García Magna, D. (2019). Nuevos conceptos de violencia: el delito de *sexting* como parte de otras conductas delictivas. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 5(especial), 1-17.

- González Collantes, T. (2015). Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 13, 51-84.
- Guardiola Salmerón, M. (2016). Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)* I(8), 53-67.
- Jiménez Segado, C. (2016). La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 917, 1-3.
- Manzanares Samaniego, J. L. (2015). *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Madrid: LA LEY.
- Martínez de Pisón Cavero, J. M. (2016). El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. *Anuario de filosofía del derecho*, 32, 409-430.
- Martínez Otero, J. M. (2013). La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Nueva Época*, 12, 1-16.
- Mendo Estrella, A. (2016). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18, 1-27.
- Menjívar Ochoa, M. (2010). El sexting y I@s nativ@s neo-tecnológic@s: apuntes para una contextualización al inicio del siglo XXI. *Revista Electrónica Actualidades Investigativas en Educación*, 10(2), 1-23.
- 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*. (pp. 459-467). Pamplona: Aranzadi.
- 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*. (pp. 429-507). Pamplona: Aranzadi.
- Moreno Castillo, M. A. (2003). La protección del derecho a la intimidad en el Código Penal español. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. *Revista De Derecho*, (6), 65-104.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Conchillo, E. (2018). La difusión de sexting ajeno como violencia de género. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 51, 1-11.
- Pérez Domínguez, M. E. (2020). Comunicación digital entre el placer y el peligro: una lectura feminista del sexting juvenil. *Comunicación y sociedad*, 7432, 1-24.
- Peris Hernández, M. y Maganto Mateo, C. (2018). *Sexting, Sextorsión y Grooming. Identificación y prevención*. Madrid: Pirámide.
- Quesada, S., Fernández González, L. y Calvete, E. (2018). El sexteo (sexting) en la adolescencia: frecuencia y asociación con la victimización de ciberacoso y violencia en el noviazgo. *Revista de Psicología Conductual*, 26(2), 225-242.

Rodríguez-Castro, Y., Alonso-Ruido, P., Lameiras-Fernández, M., & Faílde-Garrido, J. M. (2018). Del *sexting* al cibercontrol en las relaciones de pareja de adolescentes españoles: Análisis de sus argumentos. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 50(3). <https://doi.org/10.14349/rp.2018.v50.n3.4>

Rodríguez Domínguez, C. y Duran Segura, M. (2019). Conductas sexuales de riesgo en la era digital: análisis del fenómeno *sexting* en la población adulta joven española. *Revista Fuentes*, 1(21), 39-49. <https://doi.org/10.12795/revistafuentes.2018.v21.i1.03>

Soriano Ruíz, N. (2018). Difusión ilícita del *sexting* y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 4, 1-21.