

DIFUSIÓN ILÍCITA DEL SEXTING Y VIOLENCIA DE GÉNERO. TRATAMIENTO PENAL Y PROCESAL EN ESPAÑA

ILLICIT DISSEMINATION OF THE SEXTING AND GENDER VIOLENCE. CRIMINAL AND PROCEDURAL LAW TREATMENT IN SPAIN

Nathalie Soriano Ruiz
Directora de Máster
Universidad Internacional de Valencia (España)

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2018.

Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2019.

RESUMEN

La entrada imparable de las nuevas tecnologías en la sociedad supone, no sólo una forma nueva de relacionarnos entre nosotras y con el mundo, sino también un reto para el Derecho Penal, por la introducción de nuevos tipos delictivos. Entendemos *sexting* como la conducta consistente en el envío o grabación de material audiovisual (ya sean fotos, vídeos o audios) de carácter erótico o pornográfico, generados y/o enviados a una persona concreta con consentimiento de la persona grabada o por ella misma. Hasta aquí, no estamos ante ninguna conducta que requiera una intromisión del Derecho Penal. El problema surge cuando estos documentos o archivos son difundidos a otras personas sin el consentimiento de la persona cuya imagen, voz o ambas aparece en ellos. ¿Cómo lo tratamos cuando se da en el seno de una relación de pareja o expareja?

ABSTRACT

The unstoppable entrance of new technologies in society means, not just a new way to relating between us and the world, but also a challenge for Criminal Law, by the introduction of new criminal types. We understand *sexting* as the behavior of sending or recording audiovisual material of an erotic or pornographic nature, recorded and sent with the consent of the recorded person or herself. We are not facing any conduct that requires an intrusion of Criminal Law. Problem comes when these documents are disseminated without the consent of the person appearing in them. How do we treat it when it occurs in a relationship of partner or ex-partner?

PALABRAS CLAVE

Violencia sexual; violencia género; *sexting*.

KEY WORDS

Sexual violence; gender violence; sexting.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTUALIZACIÓN PENAL DEL SEXTING. 3. SEXTING, VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU TRATAMIENTO. 3.1. Agravación no específica. 3.2. Penalidad. 3.3. Concursos. 3.3.1. Sextorsión. 3.3.2. Tratos humillantes y/o degradantes. 3.3.3. Contacto por medios tecnológicos con menores de 16 años. **4. BREVE REFERENCIA A LOS ESTUDIOS SOBRE LA PREVALENCIA DEL SEXTING ENTRE PERSONAS ADULTAS EN ESPAÑA. 5. REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA**

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. CRIMINAL CONCEPTUALIZATION OF THE SEXTING. 3. SEXTING, GENDER VIOLENCE AND TREATMENT. 3.1. Non specific aggravation. 3.2. Penalty. 3.3. Linked crimes. 3.3.1. Sextortion. 3.3.2. Humiliating and degrading treatment. 3.3.3. Contact through technological resources with under the age of 16. **4. BRIEF MENTION TO THE STUDIES ABOUT THE PREVALENCE OF THE SEXTING BETWEEN ADULTS IN SPAIN. 5. FINAL REFLECTION. 6. BIBLIOGRAPHY**

1. INTRODUCCIÓN.

Los tiempos cambian, y con ellos, cambia también la manera que las personas tenemos de relacionarnos. Incluso, cambian las formas de comisión de delitos: las sociedades son cada vez más tecnológicas, y esto supone un reto al Derecho Penal.

Con la introducción cada vez mayor de las TICs (tecnologías de la información y comunicación) y nuevas tecnologías en la sociedad, se han creado nuevos tipos delictivos que antes el legislador no se planteaba regular; además, han variado las formas de comisión de delitos “clásicos”. Ante esta nueva coyuntura, nuestro Ordenamiento Jurídico ha tenido que adaptarse a una sociedad cada vez más tecnológica, para impedir que conductas que dañan bienes jurídicos protegidos queden impunes por la falta de descripción típica de las mismas.

Muchas son las tipologías delictivas susceptibles de ser cometidas a través de TICs y otros elementos electrónicos, y los delitos de violencia de género son uno de ellos¹.

¹ En el blog *nomásvg* hacen una pequeña introducción a estas nuevas conductas de acoso, coacciones y maltrato psicológico online, y nos hablan de conductas como el sexting o el cyberbullying de esta forma:

En este sentido, resulta interesante la existencia del *sexting*², atípico en España hasta la reforma del Código Penal orquestada por la LO 1/2015. Así, se introduce, en el artículo 197, situado en la sede de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen, y la inviolabilidad del domicilio (Título X), concretamente en el Capítulo I, referente al descubrimiento y revelación de secretos, una nueva redacción a su punto séptimo. En éste, se castiga *“con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”*. Además, se añade un subtipo agravado cuando el sujeto pasivo de la conducta es alguna de las personas descritas en el artículo 173.2 CP³.

La Exposición de Motivos de la LO 1/15, por la que se modifica el CP, justifica de la siguiente manera la reforma del art. 197:

“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. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”.

“Estas conductas son repetidas, implican intimidación, acoso, malos tratos y una acción agresiva e intencionada sobre la víctima, y se caracterizan por un desequilibrio de poder y la rápida difusión de la información”. “Adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo”. Consulta en: <http://nomasvg.com/adolescencia-y-sexting-que-es-y-como-prevenirlo/>

² La palabra sexting nace de la unión de las palabras inglesas *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles). Consulta en: <http://nomasvg.com/adolescencia-y-sexting-que-es-y-como-prevenirlo/>

³ La literalidad del artículo 173.2 del Código Penal español establece una pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, y cuando el Juez o Tribunal así lo establezca, la inhabilitación especial de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un tiempo de uno a cinco años, al *“... que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación aún sin convivencia, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hayan sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados...”*

En el momento de redacción del anterior artículo 197 CP, no existían chats y aplicaciones de mensajería instantánea, por lo que se hacía muy complicada la difusión viral de un archivo audiovisual. De esta forma, no se requería una tipificación de este tipo de conductas. Posteriormente, el *whats app* y otras apps similares se hicieron cotidianas, y se convierten en herramientas perfectas para la vulneración de algunos bienes jurídicos, como los derechos de intimidad y propia imagen.

La necesidad de la reforma de los tipos relativos a la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio se hace evidente si tenemos en cuenta el nivel de exposición social que por regla general tenemos hoy en día todas las personas: colgar fotos y videos nuestros en *facebook*, o enviarlos por *whats app* o *telegram* a personas individuales o incluso a grupos. Aquí, pese a que ese material íntimo, con contenido de cualquier índole, es generado por nosotras mismas, lo cierto es que una vez entra en "la nube" le perdemos por completo el rastro: puede ser reenviado y compartido por otras personas, puede ser descargado en otros dispositivos móviles u ordenadores y quedar guardado en éstos indefinidamente... y todo esto sin que la persona que ha generado esos videos o fotos pueda controlarlo o mucho menos pararlo.

Es especialmente grave cuando los archivos audiovisuales a los que nos venimos refiriendo son de contenido sexual, precisamente por el grado de afectación a la intimidad de la persona que puede darse por su difusión no consentida. Así, pese a que en ambos casos se vulnera el derecho de propia imagen de la persona, la viralización de un vídeo en el que se ve al protagonista del mismo comiendo en un restaurante con su pareja, por ejemplo, no supone la vulneración extrema a la intimidad de la persona que se daría si en ese video viralizado se mostrara a la persona manteniendo relaciones sexuales.

Llegados a este punto, tenemos que hacer una breve mención a la imprudencia. Si bien es cierto que la víctima de estos delitos está poniendo en riesgo de forma grave su propia intimidad al grabar imágenes pertenecientes a una parte muy íntima de su vida, o dejando que lo haga otra persona⁴, esta ampliación de la exposición al riesgo no puede significar que la conducta de la persona que sobrepasa el consentimiento dado por la víctima deba ser atípica. Así, por muy imprudentes que podamos ser colgando fotos nuestras, poniendo en un *muro* con cierto alcance social donde estamos y con quien, o incluso enviando un video casero de contenido erótico a una persona con la que nos una un vínculo afectivo – sexual, y lo hagamos voluntariamente, eso no justifica que alguien pueda disponer de esos documentos en los que nosotras somos las protagonistas, y difundirlos a su antojo. Es más, en el caso en el que ocurra, la víctima ha de contar con una protección jurídica que le permita hacer valer su derecho a la intimidad.

⁴ En este sentido, MARTÍNEZ QUIROGA, se pregunta, al ser la propia víctima la que se pone en peligro, depositando en un tercero videos e imágenes íntimas propias, "si no es excesiva la protección penal de esta conducta". MARTÍNEZ QUIROGA, J. F., "Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal", pp. 21 – 22.

En este sentido, el Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante, nos dice que: "*Obviamente, puede asegurarse que la grabación de las imágenes se hace bien por la víctima, o por la persona que con ella está, pero ello no conlleva de forma automática que exista una autorización implícita de que estas se pueden difundir a terceros, salvo que existiere el consentimiento de la persona que aparece en las imágenes, ya que este consentimiento no se puede presumir por el hecho de que permita que se le grabe*"⁵.

Por otro lado, la descripción típica de este artículo no queda, como vemos, limitada a la difusión de archivos de contenido sexual, sino que se puede justificar la aplicación del art. 197.7 CP por la difusión no consentida de cualquier archivo que vulnere gravemente la intimidad de la víctima, pero es en éste donde incardinamos la difusión ilícita de este tipo de material erótico.

Además, la agravación contemplada en el segundo párrafo del precepto, en función de la persona del sujeto pasivo, no queda limitada a la mujer pareja o expareja, sino que acoge a todos los sujetos pasivos de la violencia doméstica.

En los casos en los que nos referimos a parejas⁶, precisamente por esta relación de las partes, previa o coetánea a la comisión del ilícito penal, no es poco habitual que el victimario tenga imágenes íntimas de la víctima en su móvil, enviadas por la misma mujer, o tomadas por el hombre con anuencia de ésta. Por ello, la difusión no consentida del *sexting* es una conducta frecuente en episodios de violencia de género. ¿Cómo tratamos jurídicamente estos casos?

2. CONCEPTUALIZACIÓN PENAL DEL SEXTING.

Entendemos *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. Esta conducta, mientras no sobrepase lo descrito, es, por supuesto, atípica. El problema surge cuando el receptor de esos documentos que muestran la imagen o la voz de otra persona en actitudes con carga sexual decide sobrepasar los límites del consentimiento del emisor o la emisora, difundiendo por redes sociales y otras *apps* estos archivos. El delito, como vemos, comienza con la difusión ilícita del *sexting* generado previamente⁷.

⁵ MAGRO SERVET, V. "*Los delitos de sexting y stalking en la refoma del Código Penal*", Ponencias de la formación continuada, Fiscalía General del Estado, 2015, pág. 3.

⁶ El tipo penal no exige que entre las partes haya una relación afectiva conyugal o análoga, sino que cabría el enjuiciamiento por este delito incluso respecto a imágenes enviadas en contactos esporádicos.

⁷ El sexting es un fenómeno que en el último lustro se ha extendido muchísimo, especialmente entre los y las más jóvenes. En este sentido, CASASEMPERE RUIZ, M. "*Violencia de género y TICs: destapando el sexting*". Se puede consultar en: <http://www.generandoigualdad.com/violencia-de-genero-y-tics-destapando-el-sexting/>

La principal particularidad de este tipo del 197.7 CP es que es el mismo sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido, quien ha permitido a una tercera persona acceder a un espacio de su intimidad⁸.

Para FERNÁNDEZ OLMO, el *sexting* cuenta con cinco características⁹:

a) voluntariedad inicial; b) tenencia de un dispositivo móvil; c) universalidad; d) captación de imágenes sexuales o eróticas; e) los sujetos activos y pasivos lo son de todas las edades.

El delito de *sexting* cuenta con dos fases, si tenemos en cuenta el consentimiento de la víctima:

a) En un primer momento, es la propia víctima la emisora de los vídeos, fotos y/o audios, o quien permite, sin coacciones, que otra persona se los tome;

b) Posteriormente a esta fase, el consentimiento de la víctima es sobrepasado por el victimario, el cual los difunde, generalmente con la finalidad de dañar su imagen y honor.

Hasta 2015, esta conducta se entendía atípica, pues no cumplía con el requisito típico del delito de revelación de secretos del artículo 197 CP, que exigía que aquello que el sujeto activo revelaba hubiera sido conseguido sin consentimiento del sujeto pasivo¹⁰.

Es con la Reforma del Código Penal orquestada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 197, cuando la conducta de difusión ilícita del *sexting* queda penalmente tipificado, a través de la introducción del punto 7, cuya literalidad dice:

7. *"Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de 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.*

⁸ COLÁS TURÉGANO, A., *Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter)*, p. 668. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanch. 2015.

⁹ FERNÁNDEZ OLMO, I., *"El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles"*, Ponencia de la Fiscal Delegada de la Fiscalía de Menores de Málaga, p. 7.

¹⁰ En este sentido, es paradigmático el mediático caso de Olvido Hormigos, concejala de Los Yébenes, la cual sufrió la viralización de un video grabado por ella misma en su intimidad sexual, después de que lo hiciera público el receptor de dicho video. El caso fue sobreseído precisamente porque el difusor del mismo no lo consiguió de forma ilícita, sino que le fue remitido por la misma emisora. Aquí, como dice BORGES BLAZQUEZ, R., en su artículo *"El sexting, la violencia de género y la prueba electrónica en el Proceso Penal"* (Revista General de Derecho Procesal, 44, 2018), la mayoría de grupos políticos parlamentarios se comprometieron a generar un cambio legislativo que pudiera proteger a las próximas víctimas de este tipo de actuaciones tan lesivas.

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

Como vemos, el artículo 197.7 CP cuenta con una descripción que incluye un subtipo agravado. Para que pueda observarse el tipo, se han de dar unos requisitos¹¹, a saber:

- La conducta típica es la de difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales. Es, pues, un tipo mixto alternativo.
- Estos archivos han sido grabados por la misma víctima o con consentimiento de ésta.
- Su difusión ha de hacerse sobrepasando el consentimiento de la víctima, sin que ésta lo sepa o incluso después de haberse negado.
- El archivo que se difunde ha de ser susceptible de afectar gravemente la intimidad personal de la persona que aparece.

En relación al contenido que ha de tener aquel archivo audiovisual que se está difundiendo, no exige el legislador ninguna temática concreta, únicamente que el video o las fotos hayan sido tomadas en un lugar apartado de las miradas de terceros, y que pueda dañar gravemente la intimidad de la víctima. Esta exigencia de grave menoscabo a la intimidad de la víctima quedará a la valoración judicial¹².

Así, podrá ser objeto de enjuiciamiento la difusión ilícita de videos o fotos en los que se muestre algún aspecto de la intimidad de la persona, como su estado de salud o las opiniones políticas y religiosas que profesa. No obstante, este tipo de acciones suelen realizarse con videos y fotografías de contenido erótico; de hecho, es precisamente la difusión de un archivo de naturaleza sexual la que acelera la tipificación de esta conducta, siendo, pues, la difusión ilícita del *sexting* la conducta paradigmática de este nuevo artículo 197.7 CP.

Si aquello que se está difundiendo, pese a haber sido compartido con otras personas sin consentimiento de la persona que aparece en los archivos, no muestra nada susceptible de dañar gravemente la intimidad del sujeto pasivo, la conducta sería penalmente atípica, quedando reservada su sanción a la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen.

En siguiente lugar, con este nuevo precepto, se pretenden castigar dos conductas distintas:

- La de quien graba esas imágenes o vídeos íntimos, y él mismo las difunde.

¹¹ En el mismo sentido, GUARDIOLA, M., "El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal" Consulta: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp>

¹² MAGRO SERVET, V., ob. Cit., p.6.

- La de quien, sin haber estado presente en el momento de la grabación o toma de imágenes, las reenvía y las difunde sin consentimiento del sujeto pasivo, después de que estos vídeos hayan llegado a él.

La conducta que se quiere sancionar, pues, es la de *difundir, revelar o ceder a terceros*, independientemente de que la persona que está "rebotando" el archivo haya estado presente en la grabación del mismo¹³.

El bien jurídico que con el mismo se protege es la intimidad personal, puesta en relación con la propia imagen. Se plantea como un delito especial de propia mano, en tanto en cuanto la persona que está difundiendo el archivo íntimo lo consiguió de la propia víctima o lo grabó con su consentimiento.

Esto, sin embargo, nos deja una duda: ¿qué ocurre con el tercero que simplemente "rebota" el documento, sin haber participado en la grabación, ni haberla obtenido del sujeto pasivo? La conducta de éste se halla castigada en la descripción típica. No obstante, si aceptamos el tipo como un delito especial propio, la conducta del tercero habría de quedar impune¹⁴. Este tercero, el *extraneus*, ha de ser considerado cooperador necesario, pues el resultado de grave menoscabo de la intimidad de la víctima se consigue con la viralización del archivo, es decir, de su difusión masiva, y ésta sólo se conseguirá con la participación de las personas a las que les llega el documento erótico, y lo reenvían a sus contactos. Ese tercero que sólo reenvía el archivo está participando en una cadena de transmisión del objeto material del delito¹⁵. Ante esto, acudiremos al art. 65.3 del Código Penal español, que prevé para el cooperador necesario la pena inferior en grado.

Por su parte, la carga de la prueba caerá sobre el infractor, el cual habrá de demostrar, en caso de alegarlo, que contaba con la autorización de la víctima para difundir esas imágenes o vídeos; en caso contrario, estaríamos ante una prueba diabólica¹⁶ si forzáramos a la víctima a acreditar que no prestó su consentimiento para la difusión a terceros de los archivos audiovisuales.

Interesante es también el subtipo agravado, que establece la imposición de la pena en su mitad superior cuando el sujeto pasivo del delito sea:

¹³ En este sentido, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 228/2018, de 15 de junio. En ella, resultan condenados varios menores de edad por este artículo 197.7 CP, habiendo sido sólo uno al que las imágenes eróticas ilícitamente difundidas le habían llegado. El resto había compartido esas fotos en otros grupos, mereciendo también la sanción. La autoría de estos delitos, pues, se le imputará a cada persona que comparta el archivo sin consentimiento de la persona que aparece, independientemente de que los haya grabado él o haya sido el receptor directo de estos por parte de la víctima.

¹⁴ En este sentido, MARTINEZ QUIROGA, J. F., ob. Cit. pp. 23 – 24.

¹⁵ DÍAZ TORREJÓN, P., "Tratamiento penal del sexting".

¹⁶ Podemos definir el concepto de prueba diabólica como "aquella en la que el titular de cualquier derecho, con buena fe y legítimo y pacífico ejercicio, ha de acreditar su titularidad frente a quien pretende perturbarle o privarle del mismo". Definición extraída de http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAANTI3NztbLUouLM_DxblwMDC0MDQzOQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoA6RAQbDUAAAA=WKE

- Cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, sea presente o pasada la relación.
- Víctima menor de edad.
- Víctima con diversidad funcional.
- Cuando se realice con un móvil económico.

Como vemos, la agravación producida se refiere a la comisión de este delito en el seno de una relación de pareja, pero sin especificar el género ni del sujeto activo ni del pasivo. Por lo tanto, y como en el nuevo delito de *stalking*¹⁷, no hay una diferencia penológica entre la violencia doméstica y la violencia de género, pudiendo ser indiferentemente hombre o mujer tanto sujeto activo como sujeto pasivo. Nos ocuparemos de este tema más adelante.

3. *SEXTING*, VIOLENCIA DE GÉNERO, Y SU TRATAMIENTO.

Después de analizada esta conducta, no cabe duda de que puede darse en casos de violencia de género: dada la relación íntima del agresor y la víctima, éste puede tener guardadas imágenes y vídeos del sujeto pasivo, y decidir difundirlas para conseguir algo de su pareja o expareja (*sextorsión*) o como método de mantener su dominio sobre ella o dañarla intencionadamente.

Las nuevas tecnologías pueden influir en los grados de afectación de ciertos fenómenos sociales, y el patriarcado es uno de ellos, haciendo cada vez más grande la asimetría de posiciones y de derechos entre sujeto pasivo y sujeto activo. Así, herramientas de comunicación como *whats app*¹⁸ y similares, pueden facilitar actitudes que suponen un ataque hacia la mujer, como el control, el acoso, e incluso coacciones y chantajes, máxime cuando vivimos en una sociedad que mantiene como paradigma de amor y de forma de relaciones afectivas interpersonales el "*amor*

¹⁷ Artículo 172 ter Código Penal español, introducido también por la Reforma de 2015. Nos referimos con el término anglosajón *stalking* al "*acecho obsesivo, insistente y reiterado, no consentido por la víctima, que ve alterada y perturbada de manera grave el desarrollo de su vida cotidiana*". Es, pues, un delito de acoso, impune antes de la Reforma de 2015. Este tipo penal pretende dar respuestas a algunos casos de hostigamiento que por su intensidad no llegan a considerarse coacciones y amenazas pero que, sin embargo, dificultan –a veces imposibilitan– la vida normal de la persona que es víctima del mismo, intensificadas éstas por las TICs y otras nuevas tecnologías. Las conductas que se engloban en este precepto son variadas: llamar insistentemente, enviar *whats app* o mensajes de texto indeseados, seguir por la calle, acudir a los lugares que frecuenta la víctima...

Este tipo penal prevé una agravación cuando el sujeto pasivo del mismo es cualquiera de las personas del artículo 173.2 CP español.

Definición de *stalking* extraída de: Boletín de la Comisión de Violencia de Género, nº 2, Jueces para la Democracia, 2016.

¹⁸ ORTIZ DE LATIERRO, Z., "*Acechadas por Whatsapp*". Congreso para el estudio de la Violencia contra las Mujeres (2010-2014). Consejería de Justicia e Interior. Junta de Andalucía.

*romántico*¹⁹. Este tema es especialmente grave si tenemos en cuenta que las estadísticas de violencia de género en relaciones adolescentes nos muestran que las y los jóvenes de hoy en día aún no tienen asumido el principio de igualdad de género e igualdad en la pareja.

El mismo Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en su VI Congreso anual²⁰, recogió el *sexting* en su Guía de Criterios de Actuación contra la Violencia de Género, como un tipo delictivo frecuente en violencia de género, con el que tendrán que tratar los órganos judiciales con competencias en violencia contra la mujer. La inclusión de este tipo, que no era en un primer momento un tipo propio de violencia machista, se debe a la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género a algunas conductas no cometidas por la pareja o pareja, pero que suponen violencia patriarcal, según el Convenio de Estambul y otras disposiciones de la ONU²¹.

De hecho, la reforma legislativa de 2015, en lo referente a violencia de género, lo que pretendía era acercar nuestra legislación interna a la protección especial para las mujeres víctimas de violencia patriarcal establecida en el Convenio de Estambul.

El texto presentado en este VI Congreso del Observatorio contra la Violencia de Género indica que se habrán de introducir en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, formas de violencia contra las mujeres, precisamente por el hecho de serlo éstas, que no están incluidas en el Ordenamiento Jurídico español como tipos delictivos de violencia de género, por no ser perpetradas en el seno de una relación afectiva heterosexual, y otras que, siendo cometidas por la pareja, se derivan por lo general a Juzgados no especializados.

Muy interesante es el tema de qué entiende el legislador español por violencia de género, al darnos una definición bastante reduccionista de un fenómeno que, desgraciadamente, goza de universalidad²². Si acudimos al artículo 1 de la LO 1/04, que define el objeto de la Ley, podemos leer que *“la violencia de género a que se refiere la*

¹⁹ Modelo de amor, construido social e históricamente, que nos dicta los tópicos aceptables en las relaciones de pareja. Se construye sobre una base heteropatriarcal, y genera unas metas irreales que difícilmente se cumplen. De esta forma, se crean frustraciones que pueden acabar con violencia en la pareja, además de dictar patrones de conducta a las personas que se centran en valores como la posesión, los celos, el sometimiento, etc.

²⁰ VI Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, celebrado en el antiguo Salón de Sesiones del Senado el día 3 de noviembre de 2016.

²¹ Conductas como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, las esterilizaciones y abortos forzados, la trata de blancas, el favorecimiento de la inmigración ilegal con fines de explotación sexual, el acoso sexual, etc, cuando no hay relación afectiva entre las partes. Se puede consultar en: <http://www.abogacia.es/2016/11/03/el-observatorio-contra-la-violencia-de-genero-incluye-los-nuevos-delitos-de-acoso-sexting-y-mutilacion-genital-en-la-guia-de-criterios/>

²² Universalidad en todos los sentidos, pues se da en todas las sociedades y culturas, épocas, en todos los niveles socio económicos, y en todos los contextos de la vida, no sólo en el de pareja. La violencia de género es una violencia de base estructural, y reducirla a las relaciones interpersonales afectivas heterosexuales es negar todo su alcance, de manera que, al no poder perseguirse todas las formas de violencia contra la mujer, señalándolas como tal, estamos también dificultando su erradicación.

presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”, y siempre que estos se ejerzan “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Como vemos, pues, el tipo de *sexting* no queda dentro de este elenco de lucha contra la violencia de género.

El caso que podemos utilizar como paradigma en la explicación de la difusión ilícita del *sexting* como algo íntimamente relacionado con la violencia de género, es aquel en el que, después de una ruptura sentimental, el hombre utiliza videos y fotos que tiene de su pareja para sacar ventaja en el proceso de divorcio, por pretensiones económicas, para influir a su antojo en la custodia de los hijos, etc, o simplemente como venganza a la mujer.

En este último caso, entiendo que podríamos estar frente a una forma de violencia psicológica, aparte de evidentemente estructural, en tanto en cuanto, mediante este ataque a la intimidad de la persona, lo que se está pretendiendo es mantener una relación de poder del género dominante frente al socialmente entendido como sometido.

Vamos a analizar a continuación los aspectos más llamativos al respecto.

3.1. Agravación no específica.

Como ya hemos comentado a lo largo del presente texto, el artículo 197.7 CP no cuenta con una agravación específica para violencia de género, sino que ésta es genérica en violencia doméstica y violencia contra la mujer, limitándose a hablar de la difusión de archivos cuyo contenido lesione gravemente la intimidad de la pareja o persona con la que el victimario esté unida de forma afectiva. Así, no se especifica el género ni de agresor ni de víctima, pudiendo ser tanto hombre como mujer sujeto activo y sujeto pasivo del delito. La pena prevista será la misma tanto en violencia doméstica como en violencia de género.

La agravación planteada es la aplicación de la sanción prevista para el tipo básico en su mitad superior, sin indicarse sanciones alternativas por la comisión de los hechos en un contexto de violencia de género.

3.2. Penalidad.

En los casos de violencia de género, la pena por *sexting* a aplicar al infractor será de 7 meses y 16 días a 1 año de prisión, es decir, la pena asignada al tipo básico en su mitad superior, así como multa de 9 meses y un día a 12 meses.

Para poder tratar correctamente este tema, tenemos que hacer necesariamente mención al delito de *stalking*, introducido también en nuestro Código Penal en la reforma de 2015. Este nuevo tipo delictivo, también muy relacionado con violencia de género, tiene asignada una pena de prisión de 6 meses a 2 años, que puede ser sustituida por pena de multa de 6 a 24 meses. No obstante, cuando nos

encontramos ante un caso de *stalking* en violencia de género, la pena de multa queda invalidada, y es en todo caso sustituida por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días. Además, la pena de prisión para el delito de *stalking* en los casos de violencia de género no es la pena del tipo básico en su mitad superior, como ocurre con el delito de *sexting*, sino que se cambia por la pena de prisión de 1 a 2 años²³.

Así pues, pese a que la gravedad del *sexting* puede ser igual que la del *stalking*, a este último se le prevén penas concretas que cubran todo el desvalor de la conducta cuando el sujeto pasivo del delito es la mujer con la que el agresor mantiene o ha mantenido una relación de pareja.

Hay que hacer necesaria mención al mantenimiento de la pena de multa como alternativa a la de prisión cuando el *sexting* se ha dado en un contexto de violencia de género. En casos de violencia de género no se debe sancionar al infractor con multas, en tanto en cuanto el correctivo económico puede ser utilizado por el sujeto activo de la agresión como excusa para incumplir obligaciones económicas impuestas en el proceso de separación o divorcio, como el pago de pensiones de alimentos o de la pensión compensatoria.

El fundamento, pues, de cambiar en la descripción típica del delito de *stalking* la pena alternativa de multa por la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad en los casos de violencia contra la mujer, es precisamente que ésta no experimente victimización terciaria, es decir, que no haya de lidiar con consecuencias nocivas derivadas de la misma aplicación de la sanción al infractor.

Para paliar este problema, la misma reforma del 2015 introduce el artículo 84.2 CP, señalando que: *“Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia (...), el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”*²⁴.

Por ello, aunque el tipo acepte la pena de multa en casos de violencia de género, ésta sólo será susceptible de ser aplicada en aquellos casos en los que el agresor no tenga una obligación económica hacia la víctima.

3.3. Concursos.

El delito de difusión ilícita del *sexting* puede darse en concurso con otros delitos, también muy relacionados con la violencia de género. En este apartado vamos a comentar brevemente los tipos delictivos junto a los cuales más a menudo se pena el *sexting*.

23 La agravación de este tipo también es genérica para violencia de género y violencia doméstica.

24 Artículo introducido por el número 43 del artículo único de la LO 1/2015, por la que se modifica el CP.

3.3.1. Sextorsión.

Entendemos *sextorsión* como el acto mediante el cual el infractor, teniendo en su poder archivos eróticos protagonizados por el sujeto pasivo, obliga a éste a realizar otros actos de índole sexual, bajo la amenaza de hacer público ese material audiovisual.

Esta figura delictiva está muy relacionada con el *sexting*, en tanto en cuanto la coacción se materializa con la amenaza de la difusión ilícita de esas fotos o videos de naturaleza sexual. Lo que pretende el autor del hecho típico, pues, es conseguir que la víctima haga o no haga aquello que le impone el agresor, bajo la amenaza de la difusión del material erótico con el que cuenta.

Pese al nombre con el que conocemos esta práctica, poco tiene que ver con la extorsión, tal y como se configura ésta en el Ordenamiento Jurídico español. Así, el delito de extorsión, descrito en el artículo 243 CP, requiere para su consumación que el sujeto activo tenga ánimo de lucro, así como que el sujeto pasivo sufra una pérdida económica. No obstante, la finalidad de esta conducta es el abuso sexual y/o la obtención de material pornográfico²⁵.

Este tipo penal no tiene cabida, como decimos, en el tipo de la extorsión, pero tampoco está previsto su castigo en el artículo 197.7, por lo que el precepto penal en el que se integra es en el 172.1 CP, referente a las coacciones, y que prevé una pena de 6 meses a 3 años de prisión, o multa de 12 a 24 meses. En el 172.2, por su parte, se castigan las coacciones leves hechas sobre la mujer con la que se mantiene o se ha mantenido una relación sentimental. No obstante, la coacción hecha mediante la *sextorsión* no puede considerarse como leve.

Si finalmente difundiera las fotos y videos, al sujeto activo se le castigaría con la pena correspondiente tanto al delito de coacciones del artículo 172.1 CP, como con la prevista en el artículo 197.7 CP, de difusión ilícita de *sexting*.

3.3.2. Tratos humillantes y/o degradantes.

Este nuevo tipo penal del 197.7 CP podría también entrar en concurso con el artículo 173 CP, de delitos contra la integridad moral, cuando, por la casuística concreta, la difusión del material íntimo goce de una gravedad y una afectación tal a la intimidad de la víctima, que pueda entenderse como un acto degradante. Entiendo que esto podría ocurrir en los casos de maltrato habitual, cuando, en un ambiente de humillación continua, el agresor difunde vídeos de naturaleza sexual de su pareja o expareja única y exclusivamente para dañarla moral y psicológicamente.

En este sentido, señala MARTINEZ QUIROGA que "(...) nuestra Circular 4/2005, referida a los criterios de aplicación de la referida Ley Orgánica (la 1/2004) ya señalaba como uno de los tipos de violencia la psicológica. Pues bien, la conducta que

²⁵ MAGRO SERVET, V., ob. Cit. P. 11.

describiremos (el sexting) es ejemplificativa o muestra de esa violencia psicológica a la que se refiere la Ley”²⁶. Sigue señalando que estos delitos, cometidos contra la pareja o expareja, pueden tener dos intenciones: “una compeler a la mujer a realizar comportamientos no deseados, otra castigarla por el varón despechado que no puede admitir la pérdida del poder que tenía y ejercía diariamente sobre ella”. En cualquiera de los dos casos, lo que el agresor pretende es humillar a la mujer con todo lo que está en su mano, causándole un perjuicio en su bienestar psicológico y en su autoestima.

El ataque a la intimidad, pues, puede estar muy ligado a la agresión a la integridad moral, y con la violencia psicológica empleada por el infractor durante la relación de pareja, así que la difusión, por su intensidad, puede merecer ambas calificaciones, al dañar dos bienes jurídicos distintos de la víctima a la vez (derecho a la integridad moral y el derecho a la intimidad y propia imagen).

3.3.3. Contacto por medios tecnológicos con menores de dieciséis años (grooming)

En la modificación del CP de 1995 llevada a cabo por la LO 5/2010 se introduce el artículo 183 ter²⁷, cuya literalidad dice:

“1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189²⁸, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Por ello, cuando el sujeto pasivo del delito de difusión ilícita de sexting sea menor de dieciséis años, se aplicará el tipo agravado del 197.7 en concurso de delitos con el artículo 183 ter 2 del Código Penal español.

²⁶ MARTINEZ QUIROGA, J. F., ob cit. P. 3.

²⁷ Art. 183 ter, Capítulo II bis, de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, introducido por el artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995.

²⁸ La conducta típica descrita en el artículo 183 del Código Penal español es la siguiente la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años. Por su parte, en el mismo Título VIII, Capítulo V, referente a los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, se ubica el artículo 189 CP, en el cual se castiga todo aquello relativo a la producción, tenencia y tráfico de pornografía infantil.

El concurso se daría cuando un adulto contacte con un menor de dieciséis años, por ejemplo a través de un chat o de aplicaciones como *Instagram*, con una finalidad de satisfacción sexual, amenazando posteriormente al menor con difundir alguna imagen suya precisamente para conseguir más imágenes o videos, o incluso que el joven se cite personalmente con él o con otro adulto.

Como hemos podido entrever hasta llegar aquí, pese a que no sea el objeto de este artículo, el legislador español es consciente de la absoluta exposición de los menores a estos nuevos medios de comunicación e información, especialmente a las redes sociales, exposición la cual amplía el riesgo del niño/a o adolescente a ser objeto de un abuso sexual. Esta preocupación ha quedado patente en las últimas reformas de la Ley penal.

En relación con este artículo 183 ter, entiende SILVA CUESTA que aceptar como únicos medios comisivos, de la conducta típica de acercarse un menor de 16 años para iniciar un contacto sexual en cualquiera de sus formas, los telemáticos, hace que queden fuera de su ámbito objetivo otras conductas. Así, señala la autora que limitar el delito a *“conductas preparatorias de delitos contra la indemnidad sexual de menores cometidas empleando nuevas tecnologías cuando estadísticamente todo apunta a que los abusos sexuales a menores donde tienen mayor incidencia es en el ámbito familiar o en el círculo de relación social íntimo del menor, en que el empleo de nuevas tecnologías para realizar acciones de solicitud es testimonial”*²⁹.

3.4. Competencia judicial.

Pese a que, en los casos de *sexting* cometidos por el hombre contra la mujer que ha sido su pareja, lo idóneo es que conozca un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, precisamente por la especialización con la que cuentan, en el momento de la tipificación de este delito, la competencia judicial del *sexting* correspondía a los Juzgados de Instrucción.

Hemos de hacer mención otra vez al delito de *stalking*, del cual sí conocerá el Juzgado de Violencia contra la Mujer cuando sea un caso subsumible en violencia de género. La razón nos la daba el artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previo a la reforma de la LO 7/2015, cuando señalaba que:

1. *“Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:*

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su

²⁹ SILVA CUESTA, A., “La violencia de género tras la reforma penal de 2015”, en CUADRADO RUIZ, M. A., (dir), Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015”, Madrid, Dykinson, 2016, p. 52.

esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”.

El delito de *stalking* se encuentra en el artículo 172 ter 2 CP, en sede de los delitos contra la libertad, por lo que los Juzgados de Violencia de Género podrán conocer de su instrucción cuando se hayan dado en el seno de una relación afectiva heterosexual, presente o pasada, del hombre hacia la mujer.

Por su parte, el delito de *sexting* está incluido en el Título X CP, dedicado a los delitos contra la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y la propia imagen. Por ello, a no ser que hubieran sido cometidos con violencia o intimidación, su instrucción correspondería a los Juzgados de Instrucción.

Para corregir esto, y teniendo en cuenta la gran incidencia de este delito en los casos de violencia de género, el legislador español hubo de modificar el artículo 87 ter 1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de forma que incluyera también los delitos contra la intimidad, para que así un tribunal especializado en violencia patriarcal pueda conocer de estos casos de *sexting* siempre que se den contra la compañera sentimental o ex pareja del sujeto activo³⁰.

Por lo tanto, cuando se de en casos de violencia contra la mujer, la competencia para conocer de la difusión ilícita del *sexting* la tendrá el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del lugar de residencia de la víctima, en virtud de la regla de competencia territorial especial introducida por el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. BREVE REFERENCIA A LOS ESTUDIOS SOBRE LA PREVALENCIA DEL *SEXTING* ENTRE PERSONAS ADULTAS EN ESPAÑA.

Las conductas que podemos definir como *sexting*, como ya hemos podido ver a lo largo de este texto, vienen de la mano del desarrollo de las TICs, que abren el campo a que muchas personas puedan, por un lado, producir elementos multimedia y, por otro, ser a la vez receptores de los mismos. Hay autores³¹ que hablan de *prosumidores* (productores y consumidores).

Las redes sociales, y especialmente, las nuevas *apps* de comunicación en línea, han eliminado barreras comunicativas físicas, y se han extendido a lo largo y ancho del

³⁰ En este sentido, MAGRO SERVET, V., ob cit. p. 10.

³¹ MCLUHAN, M; NEVITT, B. 1972 McLuhan, M., y Nevitt, B. *Take Today: The Executive as Dropout*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, citado por: CHACÓN-LÓPEZ, H., BARRIGA, J. F. R., CARRETERO, Y. A., CARA, M. J. C. *Construcción y validación de la escala de conductas sobre sexting (ECS)= Construction and validation of the sexting behaviors scale (SBS)*. REOP-Revista Española de Orientación y Psicopedagogía, 27, 2016, pp. 99-115.

globo. Esto hace que el fenómeno del *sexting*, y por ende el incremento del riesgo a que se produzca una difusión ilícita de esos contenidos, sea un fenómeno generalizable a todos los territorios.

Así, a nivel internacional podemos encontrar gran cantidad de bibliografía académica que trata tanto los porcentajes de aparición de estas prácticas en la población tanto adulta como adolescente, como los factores de riesgo, y las relaciones entre el *sexting* y el contexto psico-social de las personas participantes.

En España, por su parte, los estudios sobre la prevalencia del fenómeno que conocemos como *sexting* no llegan hasta 2015. No obstante, lo cierto es que los estudios con los que contamos en España referidos al *sexting* se centran en un porcentaje muy amplio en la prevalencia de éste entre las y los menores de edad. Los artículos y trabajos centrados en *sexting* y su difusión no consentida entre personas adultas son realmente pocos, si bien podemos encontrar algunos referentes. Además, es anecdótico el número de estudios e investigaciones que se centran en la prevalencia de la difusión ilícita de *sexting* dentro de contextos de violencia de género.

En este sentido, en el estudio dirigido en 2015 por GÁMEZ-GUADIX³², se trabaja con una muestra de 873 personas adultas de nacionalidad española, en un rango de edad de los 18 a los 60 años. Este trabajo, de hace apenas cuatro años, muestra en sus resultados una prevalencia bastante alta a la práctica del *sexting* entre las personas encuestadas: casi un 67% (66.8%) envían o han enviado archivos audiovisuales de contenido erótico o pornográfico de cual son los protagonistas. En general, no aparecen diferencias reseñables entre mujeres y hombres, en lo referido únicamente a la práctica del *sexting*.

No obstante, el estudio muestra algo alarmante: el sexo-género de la persona que envía las imágenes, vídeos o audios sí que influye en las probabilidades de sufrir victimización sexual online (OSV³³). El sexo-género se convierte en un factor de riesgo de la difusión ilícita cuando quien aparece en los mismos es una mujer. Es decir, pese a que tanto hombres como mujeres participen de este fenómeno en un porcentaje muy similar, cuando la protagonista de los archivos audiovisuales es una mujer, se disparan las posibilidades de que estos sean difundidos a terceros sin su consentimiento.

Por otro lado, encontramos en 2016 un estudio de AGUSTINA y GÓMEZ DURÁN³⁴ que trata la prevalencia del fenómeno que nos ocupa entre población

³² GÁMEZ-GUADIX, M., ALMENDROS, C., BORRAJO, E., & CALVETE, E. *Prevalence and association of sexting and online sexual victimization among Spanish adults*. *Sexuality Research & Social Policy: A Journal of the NSRC*, 12(2).

Posteriormente, los estudios sobre sexting se han ido centrando cada vez más en adolescentes. Resulta especialmente interesante este artículo de 2017: GÁMEZ-GUADIX, M; DE SANTISTEBAN, P; RESETT, S., *Sexting among Spanish adolescents: Prevalence and personality profiles*, *Psicothema*, 2017, vol. 29.

³³ *Online Sexual Victimization*.

³⁴ AGUSTINA, J. R.; GÓMEZ DURÁN, E. L.. *Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria*, *Revista d'Internet, Dret i política*, Monográfico sobre "ciberdelincuencia y cibervictimización", Universitat Oberta de Catalunya, Nº 22, 2016.

universitaria, siendo todos y todas las participantes mayores de edad (102 mujeres y 47 hombres de entre 18 y 29 años). En éste, se habla de dos tipologías distintas de *sexting*: por un lado, la práctica a la que se refieren como *soft sexting*, que vendría referida a enviar, reenviar, postear en línea y/o compartir archivos audiovisuales de contenido erótico o pornográfico, cuando el sujeto que realiza la acción no es el protagonista de los mismos; por otro lado, se habla de un *hard sexting*, que se daría cuando la persona que lo envía o comparte es el protagonista de los videos o audios.

Si acudimos a los resultados del estudio vemos que la prevalencia del *soft sexting* es del 2.1% en la franja de edad de los 18 a los 22 años, y de un 20% en la franja de 23 a 29 años. Por su parte, en relación al envío de material audiovisual de contenido erótico o pornográfico por parte del mismo protagonista, lo que en el estudio denominan como *hard sexting*, su prevalencia es de un 7.5% en la primera franja de edad (18-22), y del 21.7% en la segunda (23-29). En este estudio se muestra que la práctica de estas conductas de *sexting* es mayor a mayor edad de la persona.

Los resultados de esta investigación son muy interesantes, pues podemos ver una prevalencia alta este fenómeno entre la población encuestada, si bien no podemos extraer datos relativos al género de ella, pues la muestra es en su amplia mayoría femenina.

5. REFLEXIÓN FINAL.

Para finalizar el presente texto me parece necesario destacar, de nuevo, que la introducción de las TICs en nuestro día a día ha cambiado la forma que tenemos de relacionarlos con el mundo, creando, por ejemplo, nuevos medios de comunicación.

Este avance tecnológico que hace décadas que vemos se puede apreciar también en la delincuencia. Así, en los últimos años, especialmente en las últimas modificaciones del Código Penal español (2015), vemos nuevos hechos típicos descritos, como el *online child grooming* del que hablábamos en el apartado de concursos. También han supuesto la aparición de nuevos medios comisivos para hechos típicos “clásicos”. En este último sentido, ilícitos penales “de siempre”, como el acoso, podrán ser cometidos a través de nuevos mecanismos. De hecho, conforme las tecnologías de la información vayan perfeccionándose, podremos ver nuevas conductas delictivas que el legislador tendrá que tipificar en pos de la correcta tutela de los derechos a la intimidad y la propia imagen.

Para acabar con este trabajo quisiera destacar brevemente una idea que pone sobre la palestra el profesor BUENO DE MATA, cuando señala varias cuestiones que han de ser tenidas en cuenta al enjuiciar actos de violencia patriarcal a través de internet o las TICs.

En relación directa con el *sexting*, que es el hecho típico que nos ocupa, destaca especialmente la importancia que tendrá el carácter *abierto* o *cerrado* de la plataforma en la que se lleven a cabo los hechos típicos en relación a la forma de inicio del procedimiento penal. Así, en casos en los que las imágenes o videos de carácter sexual hayan sido colgados o compartidos en lugares de acceso público y general, como un

foro o una *página de facebook*, el procedimiento podrá ser iniciado por la misma víctima, pero también por cualquier persona que vea esos contenidos. Por otro lado, cuando la amenaza de difusión de esas fotos se realiza por un medio privado o cerrado, como una conversación de *whatsapp* entre el sujeto activo y el pasivo, el procedimiento judicial sólo podría iniciarse mediante la denuncia de la víctima ante la autoridad competente³⁵.

El derecho procesal, como vemos, no queda al margen de la influencia de las TICs, pues estas han entrado de lleno en todos los ámbitos de nuestra vida, y aún nos queda mucho más por ver. Así, la Justicia tendrá que adaptarse también a ellas.

6. BIBLIOGRAFÍA.

AGUSTINA, J. R.; GÓMEZ DURÁN, E. L. *Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización. Estudio de factores correlacionados con el sexting en una muestra universitaria*, en TAMARIT SUMALLA, J. M., Monográfico sobre "ciberdelincuencia y cibervictimización", Revista d'Internet, Dret i política, Universitat Oberta de Catalunya, N° 22, 2016, pp. 32 – 58.

Consulta en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n22-agustina-gomez/n22-agustina-gomez-pdf-es>

BORGES BLAZQUEZ, R., *El sexting, la violencia de género y la prueba electrónica en el Proceso Penal*. Revista General de Derecho Procesal, 44, 2018.

BUENO DE MATA, F., *Cuestiones procesales acerca de la e-violencia de género*, Revista Foro Jurídico, N° 15, 2016, pp. 226 - pp. 234.

CHACÓN-LÓPEZ, H., BARRIGA, J. F. R., CARRETERO, Y. A., CARA, M. J. C. *Construcción y validación de la escala de conductas sobre sexting (ECS)= Construction and validation of the sexting behaviors scale (SBS)*. REOP-Revista Española de Orientación y Psicopedagogía, 27, 2016, pp. 99-115.

Consulta en: <http://revistas.uned.es/index.php/reop/article/view/17116/14649>

COLÁS TURÉGANO, A., *Nuevas Conductas delictivas contra la intimidación (art 197, 197 bis, 197 ter)*, Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanch. 2015, p. 668

CUADRADO RUIZ, M. A., (dir), *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*, Madrid, Dykinson, 2016

DÍAZ TORREJÓN, P., "Tratamiento penal del sexting". Revista del Ministerio Fiscal, nº 1, 2016. Pp. 71-103. Consulta en:

<https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/revistaFiscal>

³⁵ BUENO DE MATA, F., *Cuestiones procesales acerca de la e-violencia de género*, Revista Foro Jurídico, N° 15, 2016, p. 230.

FERNÁNDEZ OLMO, I., *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, Fiscal delegada de la fiscalía de menores de Málaga. P. 7. Consulta en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20escrita%20Sra%20Fern%C3%A1ndez%20Olmo%20Isabel%2017-10.pdf?idFile=46512eec1177-450e-b438-2ab47fee5e5e

GÁMEZ-GUADIX, M., ALMENDROS, C., BORRAJO, E., & CALVETE, E. (2015). *Prevalence and association of sexting and online sexual victimization among Spanish adults*. *Sexuality Research & Social Policy: A Journal of the NSRC*, 12(2), pp. 145-154.

Consulta en: <http://dx.doi.org/10.1007/s13178-015-0186-9>

GÁMEZ-GUADIX, M; DE SANTISTEBAN, P; RESETT, S., *Sexting among Spanish adolescents: Prevalence and personality profiles*, *Psicothema*, 2017, vol. 29, pp. 29 – 34. Consulta en: <http://psicothema.com/pdf/4359.pdf>

GUARDIOLA, M., *El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal*. Consulta en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp>

MAGRO SERVET, V. *Los delitos de sexting y stalking en la reforma del Código Penal*, Ponencias de la formación continuada, Fiscalía General del Estado, 2015.

MARTÍNEZ QUIROGA, J. F., *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal*. Consulta en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20escrita%20Sr%20M%20Quiroga.pdf?idFile=1799fd51-5a9c-4d53-b881-ba448075b25b

MONTIEL JUAN, I., *Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra*, en TAMARIT SUMALLA, J. M., Monográfico sobre “ciberdelincuencia y cibervictimización”, *Revista d’Internet, Dret i política*, Universitat Oberta de Catalunya, N° 22, 2016, pp. 119-131

Consulta en: <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n22-montiel/n22-montiel-pdf-es><<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i22.2969>

ORTIZ DE LATIERRO, Z., *Acechadas por Whatsapp*. Congreso para el estudio de la Violencia contra las Mujeres (2010-2014). Consejería de Justicia e Interior. Junta de Andalucía.