

DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS: ACERCA DE SU APLICACIÓN AL *SEXTING* ENTRE ADULTOS *

Álvaro Mendo Estrella

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad Católica de Ávila

MENDO ESTRELLA, Álvaro. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-16, pp. 1-27. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-16 (2016), 26 nov]

RESUMEN: En el presente trabajo se pretende analizar cuál ha de ser la calificación jurídico penal que merecen determinadas conductas de *sexting* sin consentimiento del protagonista de las imágenes o grabaciones difundidas y, más concretamente, si dichas conductas pueden ser calificadas como delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197 y siguientes del Código penal). Tras el planteamiento del problema y de las hipótesis conductuales que se pretenden calificar, se estudia el bien jurídico protegido en estos delitos, que servirá como guía interpretativa, para continuar con la exposición de jurisprudencia y doctrina al respecto, a las que seguirá la toma de postura por parte del autor a la luz de los resultados derivados de la investigación realizada, finalizando con propuestas de futuro ante las carencias de la regulación actual.

PALABRAS CLAVE: *Sexting*, intimidad, delito, descubrimiento, revelación.

ABSTRACT: This paper aims to analyze what should be the legal assessment and determination of the offence of certain behaviors consisting in the publication of sexting without consent of parties in the image. More specifically, whether such behaviors can be classified as crimes of disclosure and revelation of secrets (Article 197 et seq. of the Penal Code). Once stated the problem and the behavioral hypothesis that are intended to determine, we will study the legally-protected interests in these crimes, which will serve as an interpretive guide. We will continue with the exposure of case law and academic opinion on the subject. Next, we will position ourselves in the light of the results derived from our research. Finally, we will offer proposals for future due to the dearth of current regulation.

KEYWORDS: Sexting, privacy, crime, disclosure, revelation.

Fecha de publicación: 26 noviembre 2016

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS. II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS E HIPÓTESIS PLANTEABLES. III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. IV. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ANTE EL SEXTING. a) Posiciones jurisprudenciales contrarias a calificar el sexting como constitutivo de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. b) Posiciones doctrinales contrarias a calificar el sexting como constitutivo de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. c) Posiciones juris-

prudenciales partidarias de calificar el sexting como delito de descubrimiento y revelación de secretos. V. TOMA DE POSTURA Y PROPUESTA DE FUTURO. a) Supuestos de sexting subsumibles en delitos de descubrimiento y revelación de secretos. b) Supuestos de sexting de difícil encaje en delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Sobre la posible aplicación del 197.2. c) Propuesta de lege ferenda. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

* El presente trabajo es fruto de una estancia de investigación realizada en el área de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid en los meses de enero y febrero de 2015.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Como se ha sugerido, es un hecho notorio y una cuestión ya tópica que nuestra sociedad va cambiando, y no necesariamente avanzando, a pasos agigantados y a un ritmo verdaderamente vertiginoso, generando necesidades y creando exigencias hasta hace poco impensables¹. Nos encontramos en una sociedad globalizada en la que ya no existen distancias y en la que lo ocurrido en un punto de España se conoce y puede tener incidencia en el otro extremo del país e, incluso, del mundo. A ello, indudablemente, contribuye de manera decisiva lo que, con carácter general, podemos denominar el “uso de las nuevas tecnologías” que, sin darnos cuenta, no son tan nuevas o dejan de serlo a golpe de ingenio.

Lo acabado de exponer es perfectamente extrapolable al universo de la criminalidad; los beneficios, de todo tipo, que puede generar el buen uso de las nuevas tecnologías son más que evidentes pero también lo son, por desgracia, los perjuicios que pueden causarse a través de las mismas y que, en muchos más casos de lo que fuera deseable, pueden llegar a suponer graves ilícitos penales².

Y es que cada vez son más los comportamientos que, utilizando de una u otra manera las nuevas tecnologías, pueden ser constitutivos³ de un buen número de

¹ GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Protección penal de la intimidad: el art. 197.1º del Código penal” en GARCÍA GONZÁLEZ, J (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), pp. 107-108, afirma que “en la sociedad de la información, las propias relaciones sociales se han modificado en todos y cada uno de sus ámbitos, a una rapidez vertiginosa” refiriéndose igualmente a la “turbulencia social que estamos viviendo”.

² Como señala HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “El delito informático”, en *Eguzkilore*, nº 23, diciembre de 2009, p. 230, “Hoy, con la expansión del uso de los sistemas informáticos y de la telemática en todos los ámbitos, tanto públicos como privados, prácticamente cualquier delito (homicidio, tráfico de drogas, delito de terrorismo, etc.) puede ver favorecida su comisión a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación). Por su parte, de “Sociedad del riesgo informatizada” habla ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información” en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, Vol. I, 2002, pp.194 y ss.

³ En este sentido, resulta apropiado traer a colación la conocida Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2011 sobre el *Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las Fiscalías*, la cual establece 3 grupos de delitos relacionados con las nuevas tecnologías, en los que se incluyen muy diversos preceptos del Código penal (en la versión entonces vigente, aunque perfectamente extrapolable a día de hoy).

los delitos tipificados en el Código penal, ya sean ilícitos penales tradicionales u otros de más reciente aparición. Y en ese cada vez más amplio elenco de comportamientos encontramos uno que, como tantos otros, ha alcanzado denominación propia con un anglicismo, el *sexting*, y que constituye el núcleo del presente trabajo.

Por tanto, es el objetivo de las siguientes páginas abordar el tratamiento jurídico penal que merece dicho comportamiento a la luz de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, y así comprobar si el mismo (en diversas hipótesis imaginables) puede ser subsumido en algún tipo penal de los recogidos en el Capítulo correspondiente a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos o si existen otras posibles calificaciones alternativas, valorando igualmente la opción que de forma expresa y para algún supuesto concreto acogió el legislador en la Ley Orgánica 1/2015 y, tras todo ello, obtener diversas conclusiones y propuestas de *lege ferenda* como resultado.

Vaya por delante, igualmente, que en el presente trabajo sólo nos referiremos al *sexting* producido entre adultos, puesto que el tratamiento jurídico penal del *sexting* que se produce entre adolescentes⁴ presenta una problemática muy distinta a la que se aborda en esta obra.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS E HIPÓTESIS PLANTEABLES

Son diversos los conceptos que se han ofrecido a la hora de abordar la definición de *sexting*; etimológicamente proviene de la unión de dos términos anglosajones: sex (sexo) y texting (envío de mensajes). De esta forma, pudiera definirse como “la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico”⁵. En parecido sentido K. JAISHANKAR lo define

⁴ En este contexto existen diversos estudios monográficos que profundizan en el aspecto sociológico y conductual de estos comportamientos entre menores. Especialmente la literatura anglosajona es prolija en este sentido siendo destacable, entre otros, SHARIFF SHANEN, *Sexting and cyberbullying. Defining the line for digitally empowered kids*. Ed. Cambridge University Press (N. York, 2015) o RINGROSE, J., GILL, R., LIVINGSTONE, S y HARVEY, L., “A qualitative study of children young people and sexting” (London, 2012). Igualmente MITCHELL, FINKELHOR, JONES, WOLAK “Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study”, *Pediatrics*, volume 129, number 1, January 2012, p. 4, sobre una población de 1.560 jóvenes estadounidenses entre 10 y 17 años, recoge interesantes datos acerca de si los menores consultados aparecían o habían creado imágenes de contenido sexual, más o menos explícito, de ellos mismos o de terceros, o si habían recibido imágenes de tal naturaleza. No obstante, alcanzan la conclusión de que la aparición, creación o recepción de imágenes de contenido sexual está lejos de ser un comportamiento habitual entre jóvenes. Por su parte, WOLAK, J y FINKELHOR, D., “Sexting: a typology” *Crimes against children*, 2011, p. 9, exponen resumidamente las medidas adoptadas en diversos Estados de Norte América en relación al *sexting* en el que intervienen menores y abogan por la despenalización en los supuestos que ellos denominan “experimental”, semejante a lo que aquí hemos denominado *sexting* primario, y reclaman la intervención normativa en los supuestos que denominan “aggravated” siempre que concurra alguna condición: fines comerciales, falta de consentimiento de la víctima, distribución del material a terceros, etc.

⁵ Guía sobre adolescencia y sexting: ¿qué es y cómo prevenirlo? Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (Madrid, 2011), p. 4 disponible en

como “a self photographing nude body or body parts and sending to others, as well texting obscene words to known persons (in most cases) using mobile phone”⁶. Otras definiciones se refieren al “envío, normalmente a través de internet o de un dispositivo móvil, de mensajes de contenido sexual producidos y protagonizados por el emisor”⁷.

Encontramos también definiciones en la jurisprudencia reciente. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de junio de 2014 lo define 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.*”⁸

Las definiciones acabadas de exponer responden, propiamente, al concepto de *sexting* primario caracterizado porque el protagonista de las imágenes las envía a otros sujetos en el ámbito de una relación privada⁹, comportamiento que por sí mismo carece de relevancia penal.

Junto a estas definiciones, encontramos otras que tienen en cuenta y añaden el matiz sustancial de la redifusión a terceros y la falta de consentimiento del protagonista de las imágenes en esa difusión lo que imprime, ahora sí, relevancia penal a este comportamiento que, propiamente, ha sido definido por la doctrina como *sexting* secundario en el que el presunto autor posee el mensaje, la imagen o vídeo ajeno de contenido sexual y lo difunde a terceros empleando tecnologías de la información y comunicación todo ello, como hemos adelantado, sin consentimiento de alguno de los protagonistas del mensaje, vídeo o imagen.

Por otro lado, si bien es cierto que el *sexting* implica normalmente la transmisión de imagen, queremos resaltar que también debe incluirse en el concepto, como acabamos de señalar, cualquier comunicación de contenido sexual (v. gr mensajes) empleando la tecnología.

Para perfilar aún más el comportamiento que queremos analizar, vaya por delante que no nos referiremos a los supuestos en los que el protagonista de las imágenes es un menor de edad, pues en tales casos la calificación jurídico penal podría entrar propiamente en el campo de los delitos de pornografía infantil, siendo por ello incluso subsumible en alguno de los apartados del artículo 189 del Código penal¹⁰,

<http://www.sexting.es/wp-content/uploads/guia-adolescentes-y-sexting-que-es-y-como-prevenirlo-INTECO-PANTALLASAMIGAS.pdf> [consulta 18/02/2016].

⁶ JAISHANKAR, K., “Sexting: a new form of victimless crime?” en *International Journal of Cyber Criminology*, vol 3, junio 2009., p. 21.

⁷ MARTÍNEZ OTERO, J.M. “La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, diciembre-febrero 2013, p. 2.

⁸ Igualmente lo define el mismo órgano judicial en su posterior sentencia de 18 de septiembre de 2014.

⁹ BIANCHI, M. *Il sexting minorile non è piu reato?*, www.penalcontemporaneo.it [consulta 18/10/2016] p.2.

¹⁰ Para un conocimiento más preciso y exhaustivo del *sexting* en el ámbito de menores, me remito al valioso trabajo de AGUSTINA SANHELLÍ. J.R. “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-11 (2010), p. 38, quien acepta la calificación del *sexting* infantil como un comportamiento

principalmente el 189.1.b. No obstante, sí será aplicable todo lo que aquí se dirá si no concurren los requisitos exigidos en el delito de pornografía infantil lo que es factible, pues ciertamente en varios casos el menor no participa propiamente en actos de contenido sexual, como define el artículo 189, sino que aparecerá por sí solo en dichas imágenes.

En coherencia con todo lo expuesto y aun siendo plenamente consciente, dada la variedad de matices y supuestos que adopta el *sexting*¹¹, que puede resultar pretencioso e incluso arriesgado presentar una serie de hipótesis sobre las que posteriormente centrar el análisis jurídico penal, plantearé las siguientes situaciones por considerar que pueden ser más habituales y factibles en la realidad práctica:

- **Supuesto 1:** A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A.
- **Supuesto 2:** A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A y alguno/s de estos lo difunden a su vez a otras personas.
- **Supuesto 3:** A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B con consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A.
- **Supuesto 4:** A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B sin consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A.
- **Supuesto 5:** A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B, reenviados por B a C sin consentimiento de A y reenviados a su vez por C a terceras personas.

Pues bien, como se ha dicho, a lo largo de las siguientes páginas se procederá a analizar la calificación jurídica penal de los comportamientos mencionados, todo ello a la luz de opiniones doctrinales y aportaciones jurisprudenciales, con el objetivo final de ofrecer soluciones interpretativas y propuestas de *lege ferenda*, si resultan estas necesarias por las posibles deficiencias de la regulación actual, necesidad que deberá comprobarse tras el análisis anunciado.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

Como es bien sabido, resulta casi obligado en cualquier análisis jurídico penal comenzar con la determinación y concreción del bien jurídico protegido en el delito o delitos objeto de estudio, por lo que en nuestro caso debemos comenzar por

encuadrable en el mencionado artículo 189 del Código penal. Igualmente, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves” en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 20, 2002.

¹¹ AGUSTINA SANHELLÍ, J.R., op. cit., p. 25, nos alerta con acierto que “el *sexting* adopta, en realidad, formas muy variadas. Como se verá, las numerosas acusaciones o investigaciones abiertas por *sexting* en Estados Unidos obedecen a situaciones, contextos y motivaciones bien diversas”.

delimitar el bien jurídico protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Y ello no sólo por lo acabado de señalar relativo a la habitualidad en cualquier estudio jurídico penal sino, más bien, por la conveniencia de hacerlo así dado que la determinación y delimitación previa de cuál es el bien jurídico protegido nos servirá como guía de interpretación de los delitos a los que se refiere este trabajo y, probablemente, de ayuda para la formulación fundamentada de alguna de las opiniones y resultados que se alcancen en el mismo.

Así las cosas, a priori, y a la vista de la rúbrica bajo la que se encuadran los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, que encabeza el Título X del Libro II del Código penal y que lleva por título “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, parece que potencialmente son tres los bienes jurídicos objeto de protección: la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

Parece evidente, por lo que huelgan mayores comentarios, que el bien jurídico inviolabilidad del domicilio es objeto de protección en los delitos previstos y penados en los artículos 202 y siguientes es decir, el allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público que se recogen bajo el Capítulo II del referido Título X del Libro II del Código penal.

Por tanto, la cuestión se circunscribe a dilucidar si el bien jurídico protegido en los delitos que nos ocupan es la intimidad, la propia imagen o ambos. Y para una mejor comprensión y un tratamiento adecuado y completo de la cuestión, estimo que debemos partir de la conceptualización que de ambos bienes realiza nuestro Tribunal Constitucional para posteriormente abordar la cuestión desde un punto de vista doctrinal pues, no en vano, se trata nada más y nada menos que de dos derechos fundamentales consagrados en el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna, de la que es máximo intérprete el mencionado Tribunal, a cuyo tenor “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, el Alto Tribunal en su Sentencia 117/94 de 25 de abril ya expuso que *“el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de la libertad de una persona respecto a sus atributos más característicos propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como cualidades inherentes e irreductibles de toda persona, de modo que, en la medida de que la libertad de ésta se mantiene en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y al tiempo el poder de decisión sobre los fines a los que haya que aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”*.

Por su parte, la más reciente **Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001** de 26 de marzo señala, en su fundamento jurídico número 2º, que “*el derecho a la propia imagen (...) atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea su finalidad – informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde*”.

Por tanto, a la vista de la doctrina constitucional expuesta podemos concluir que el derecho a la propia imagen se configura desde dos vertientes principalmente: una **positiva**, consistente en la libertad de una persona sobre su imagen y su voz, lo que le confiere la facultad de configurar las mismas según sus preferencias y otra **negativa** consistente en el derecho a impedir la reproducción, obtención o publicación de dicha imagen sin la autorización del titular si bien, añadimos, con las exclusiones que establece la L.O 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, especialmente en su artículo 8.2.

En cuanto al derecho a la intimidad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2005 de 26 de septiembre, considera que el mismo implica “*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*”. En parecido sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2003 al señalar que “*el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida*”.

Desde el punto de vista doctrinal no se encuentran posturas que consideren que en los delitos que nos ocupan el bien jurídico protegido lo es tanto la intimidad como la propia imagen. A lo sumo, y específicamente en relación al comportamiento objeto de estudio en este trabajo, el *sexting*, algún autor considera que el bien jurídico afectado lo es, además de la intimidad, también la propia imagen pues “en la medida en que la persona que difunde *sexting* ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento, conculca el derecho a la propia imagen reconocido en la Constitución”¹².

Sin embargo es unánime en la doctrina penal española¹³ que el bien jurídico pro-

¹² Así, MARTÍNEZ OTERO, J.M, “La difusión de sexting sin consentimiento...”, op. cit. p. 4.

¹³ Además de las referencias que se recogen en el texto, CARBONELL MATEU, J.C y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en VIVES ANTÓN, T.S (et. al), *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), p. 323, al señalar que “El bien jurídico protegido es la intimidad”. Igualmente MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, 20ª ed, (Valencia, 2015), señala que “La regulación penal de esta materia se inserta en un contexto más amplio en el que no solo se brinda protección a los hechos que se consideran secretos, sino, de un modo más general, al derecho a la intimidad” pp. 233 y ss. Es claro en este

tegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos es la intimidad. En este sentido ALONSO DE ESCAMILLA señala que “el bien jurídico protegido en estos delitos es la intimidad” añadiendo que “la intimidad es un bien jurídico protegido de naturaleza subjetiva, por lo que la delimitación y el contenido de la misma en el caso concreto pertenecen al sujeto pasivo, quien será en buena medida el que determine el ataque a la misma”¹⁴.

Delimita correctamente el significado del derecho a la intimidad MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L al presentarlo como “el reducto más privado de la vida íntima del individuo, esto es, como aquellos extremos más personales de su propia vida y de su entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar”¹⁵

Por su parte, CASTIÑEIRA PALOU, aclara que “a pesar de que la rúbrica del Título X del Libro II del Código penal parece indicar que en él se tipifican tres grupos de delitos –contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio- dicho Título contiene en realidad sólo dos clases de infracciones, ya que no contempla ninguna figura delictiva que atente contra la propia imagen”¹⁶.

Y precisamente en esta línea de dilucidar si los delitos que nos ocupan afectan a la intimidad, a la propia imagen o a ambos derechos a la vez resulta especialmente ilustrativo el trabajo de VALEIJE ÁLVAREZ¹⁷. Nos recuerda esta autora que “la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, tanto en el plano conceptual-categorial como en el plano jurídico positivo, no reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad” añadiendo que a juicio de tales autores “el derecho a la imagen se encuentra abarcado en la expresión amplia de intimidad constituyendo una faceta del mismo (...) y solo en el caso de que el contenido de las imágenes captadas y posteriormente difundidas resulten denigratorias, dañinas para el prestigio o invasoras de la privacidad, y hayan sido realizadas sin consentimiento, tales efectos han de enjuiciarse desde el punto de vista del derecho al honor o del derecho a la intimidad” concluyendo que “al con-

sentido RODRÍGUEZ RAMOS, L (Dir.), *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, ed. La Ley, 5ª edición (Madrid, 2015), p. 1.081.

¹⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en LAMARCA PÉREZ, C (Coord), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, ed. Dykinson S.L, (Madrid, 2016) p.214.

¹⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, ed. Dykinson, (Madrid, 2005), p. 170, citando a ESPÍN, E, “Los derechos de la esfera personal” en LÓPEZ GUERRA, *Derecho Constitucional*, vol I, Valencia, 1994, pp. 208 y 209.

¹⁶ CASTIÑEIRA PALOU, Mª.T. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ, J.Mª (Dir), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, ed. Atelier, 3ª ed, (Barcelona, 2011), p. 141.

¹⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Directores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch (Valencia, 2009), pp. 1882-1883.

trario de lo que una primera lectura pudiera sugerir, el Derecho penal español apenas reconoce a la imagen más que una tutela refleja en el contexto y los límites de la protección directa del secreto y la intimidad”.

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia expuesta y de las referencias doctrinales citadas, se atisba una diferenciación entre ambos derechos fundamentales que camina por el carácter de reservado, propio y privado de la intimidad personal frente a la imagen que, queramos o no, está expuesta a los demás en nuestro quehacer diario y en nuestras imprescindibles relaciones sociales.

Pareciera como si la afectación a la imagen no necesariamente comportara una afectación a la intimidad y que solo cuando ello se produzca tendrá relevancia jurídico penal, pues el único bien protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, a la luz de las opiniones doctrinales expuestas, es la intimidad lo que, añadido, parece evidente pues el artículo 197 se refiere a la intimidad no de forma tangencial o aislada sino, precisamente, como bien que se pone en peligro (art. 197.1 que es referencia de los apartados 2 a 6, refiriéndose el 2 también a lo reservado) o que específicamente debe lesionarse (art. 197.7 al requerir que “menoscabe gravemente la intimidad”).

IV. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ANTE EL *SEXTING*

Las siguientes páginas estarán dedicadas al análisis del tratamiento que desde el punto de vista judicial y doctrinal se ha dado al comportamiento que es objeto de estudio en este trabajo: el *sexting*, especialmente en su modalidad secundaria. Para una mayor claridad expositiva dividiremos el análisis entre aquellas referencias, doctrinales y jurisprudenciales, alejadas de su calificación como delito de descubrimiento y revelación de secretos y aquellas otras que lo consideran como tal¹⁸. Será en el epígrafe siguiente, el V, a la luz de lo expuesto en cuanto al bien jurídico protegido y lo que derive del presente epígrafe, cuando tomemos postura acerca de la calificación jurídico penal del *sexting* en las diversas hipótesis que planteamos en su momento (vid, *supra II*).

a) **Posiciones jurisprudenciales contrarias a calificar el *sexting* como constitutivo de un delito de descubrimiento y revelación de secretos**

Siguiendo un criterio meramente temporal, de más antigua a más reciente, podemos citar en primer lugar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de febrero de 2004 en la que se juzga un supuesto de hecho que coincide con el que presentamos como hipótesis número 3 a saber: A y B protagonizan actos de conte-

¹⁸ En cuanto a jurisprudencia en uno u otro sentido ver también, por todos, MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant Monografías, nº 868, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2013), pp. 216 y ss.

nido sexual que son grabados por B con consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A. Efectivamente los hechos declarados probados consistieron en la grabación, consentida, en una cinta de vídeo de imágenes de la querellante y del acusado mientras mantenían relaciones sexuales, así como su posterior difusión por parte del acusado a terceros que la visionaron, difusión sobre la que no consta consentimiento. Este comportamiento es, por otra parte, al que habitualmente se han tenido que enfrentar nuestros Tribunales.

Pues bien, precisamente la querellante y recurrente se alza en apelación por considerar que los hechos eran constitutivos de un delito contra la intimidad previsto en el artículo 197.1 y 3 del Código penal¹⁹. La Audiencia Provincial rechaza el recurso pues, evidentemente, el apartado primero del mencionado precepto requería, y requiere, que la grabación de imágenes lo sea sin consentimiento y, como hemos mencionado, había consentimiento por parte de la querellante en la grabación de dichas imágenes; por su parte, tampoco procedía la aplicación del apartado tercero del artículo 197 pues, como señala la propia resolución judicial, *“el supuesto de la aplicación de dicho subtipo agravado es la comisión de los delitos cometidos en los tipos penales básicos del pfo. 1º o del pfo. 2º del citado precepto, es decir, en cuanto a lo que aquí concierne, sería preciso que las imágenes difundidas a terceros a través de la cinta de video hubieran sido grabadas sin el consentimiento de la querellante, a diferencia de lo sucedido”*.

Por todo ello, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida de 20 de junio de 2003, calificando los hechos como de injurias graves con publicidad, previstas y penadas en el artículo 209 en relación con el 211 del Código penal. A día de hoy no cabe duda que el hecho descrito encaja en el delito previsto en el apartado 7 del artículo 197, con una pena algo superior a la de injurias con publicidad por prever la de prisión, si bien la alternativa de multa es ligeramente menor en su límite máximo a la prevista en las injurias.

En esencia en parecido sentido si bien con una condena, a efectos de pena, bastante menor que la anterior se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de abril de 2005 al calificar como falta de injurias los hechos consistentes en que *“El día 8 de enero de 2005 el denunciado colgó en una página de Internet unas fotos obscenas de la denunciante. Esta fue alertada por un amigo*

¹⁹ A la sazón la redacción de los apartados mencionados era la misma que la actual, a pesar de que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio se reordenaron apartados. Así las cosas, establecía en su redacción original el 197.1 del Código penal que *“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”* añadiendo el 197.3 que *“Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”*.

quien le manifestó que dichas fotos se encontraban expuestas en la página: <http://webs.ono.com/usr049/>. Tras comprobar la veracidad de lo contado por su amigo, la denunciante procedió a telefonar al denunciado manifestándole éste que "lo había hecho para reírse y para joderla". Estima la Sala que con la exposición de las fotografías y el altisonante nombre de la dirección web en la que colgó las fotos el denunciado "se atentaba, aunque de manera leve, contra su dignidad y fama y el sentido de su propia estimación" de ahí la calificación como injurias leves.

Por su parte la Audiencia Provincial de Palencia en su sentencia de 28 de junio de 2006 y en supuesto en el que el denunciado remitió en un fichero, con formato Power Point, unas fotos de la querellante con alto contenido erótico y que, igualmente, después las colocó en Internet a través de un concreto programa, que usan en todo el mundo millones de personas, y con manifiesta publicidad, condenó al acusado por un delito de injurias graves hechas con publicidad.

Entiende la Sala la afectación a la fama y autoestima de la denunciante pues la acción descrita *"objetivamente puede causar un menosprecio o demérito que lesione la dignidad de la querellante, pues ha de tenerse en cuenta que en principio se envía a dos personas conocidas de esta sin justificación (...) y que además se exponen las fotografías en Internet; que son de alto contenido erótico; no van a poder ser borradas del sitio o sitios en que se encuentran, y ello quiérase o no, e independientemente de la opinión que al respecto puedan tener todas y cada una de las diferentes personas que componen la sociedad local, regional, nacional o trasnacional, supone apreciadas tales circunstancias en conjunto un manifiesto demérito o menoscabo de la persona que aparece en las fotos (...) y es evidente que no solo el propio significado de lo grabado, sino las expresiones que lo acompañan pone en duda la honestidad de la denunciante"*.

Relevante es, por su alcance mediático, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orgaz de 15 de marzo de 2013 en el que se trataba el conocido como caso "Hormigos". En este caso la denunciante había protagonizado y grabado, con su propio teléfono móvil, un vídeo erótico y lo había enviado a uno de los acusados a petición de éste, el cual lo había reenviado a una tercera persona quien, a su vez, lo había reenviado a un correo electrónico. Como puede apreciarse, este supuesto encajaría en las hipótesis planteadas (vid, *supra* II) como números 1 y 2:

- Supuesto 1: A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A.
- Supuesto 2: A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A y alguno/s de estos lo difunden a su vez a otras personas.

Así las cosas el Juzgado referido archivó provisionalmente la causa por entender que no concurría el delito contra la intimidad por el que se venía acusando y ello

porque, de nuevo, esas imágenes no se habían obtenido sin consentimiento de la denunciada sino todo lo contrario pues ella era la que voluntariamente había enviado a uno de los acusados dichas imágenes. Así, expresa el mencionado auto que “...la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad” y en relación a la redifusión realizada por la tercera persona mencionada, y también acusada, concluye la resolución judicial que “no cabe achacar un reproche penal por la conducta realizada”.

Más recientemente, encontramos dos resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de Granada. La primera, de 15 de junio de 2014, declara probado que en día no concretado de la primera semana de enero de 2012, la menor Amparo envió a través de su móvil al también menor, Daniel -con el que salía por aquellas fechas- una fotografía en la que se mostraba desnuda, obtenida con la finalidad de que la utilizara de forma exclusiva y privada. Sin embargo éste envió por whatsapp a otros 3 compañeros dicha foto, uno de ellos a su vez lo reenvió a otra tercera persona y esta tercera persona a algunas más, obviando todos el consentimiento de la interesada y a sabiendas del daño que le causaban con la distribución no consentida de su desnudo. Así las cosas y debido a la cadena de difusión relatada, lo cierto es que en el mes de mayo de 2012, gran parte de los alumnos del Instituto en el que estudiaban todos los mencionados tenían en su poder la infausta fotografía. Los hechos relatados, de nuevo, coinciden con los expuestos como hipótesis 1 y 2.

Concluye igualmente la Sala, y por las mismas razones que las sentencias anteriormente expuestas, que no puede considerarse la subsunción de tales hechos en el delito de descubrimiento y revelación de secretos pues “Las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código Penal exigen, con carácter general, un acceso inconsentido a un secreto. Pues bien, en el supuesto de autos, ni hubo acceso por cuanto los acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen, ni cabe hablar de no consentimiento cuando lo que desencadena la difusión en cascada del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación”.

La segunda de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada es de fecha 18 de septiembre de 2014. En este caso el acusado había grabado, con consentimiento de la denunciante, diversos encuentros cibersexuales mantenidos con aquella a través de Skype. Al deteriorarse la relación entre ambos, el acusado decidió atentar contra su intimidad dando a conocer a terceros, a través de un correo electrónico masivo, un gran número de aquellos encuentros cibersexuales. Supuesto que resulta cercano a la hipótesis planteada con el número 3 al inicio del presente trabajo. Una vez más la Sala considera que no pueden calificarse tales hechos como un delito contra la intimidad del artículo 197 pues no ha habido un acceso incon-

sentido a tales imágenes; así, textualmente, concluye que “*las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código Penal exigen, con carácter general, un acceso inconsciente a un secreto. Pues bien, en el supuesto de autos, ni hubo acceso por cuanto el acusado lo que hizo fue recibir, y no acceder, una imagen en movimiento, ni cabe hablar de no consentimiento*”.

A la vista de la jurisprudencia expuesta podemos concluir que la práctica demuestra como habituales y factibles los supuestos planteados en las hipótesis 1, 2 y 3 y que, sin perjuicio de que esta última encaje hoy, aunque no en el momento de enjuiciamiento de los hechos, claramente en el apartado 7 del artículo 197 del Código penal (vid *infra* V), el resto de comportamientos no constituyen actualmente un delito contra la intimidad por el hecho de haber consentido la víctima la grabación de las imágenes reenviadas o haber sido ella misma quien las produjo y envió al difusor, aunque no consintiera expresamente su difusión a terceros, pudiendo, a lo sumo, ser constitutivos de un delito de injurias, graves o leves según las circunstancias del caso y el prudente arbitrio del juzgador.

b) Posiciones doctrinales contrarias a calificar el *sexting* como constitutivo de un delito de descubrimiento y revelación de secretos

Dentro de las opiniones doctrinales que rechazan calificar el *sexting* como delito contra la intimidad del artículo 197 del Código penal, encontramos aquellas que proponen alguna alternativa y otras que rechazan la relevancia penal de tales comportamientos.

Entre los primeros, COMES RAGA²⁰, en la línea de la jurisprudencia expuesta, considera que “en los casos de una difusión o distribución no consentida a terceros de este tipo de material no concurre un apoderamiento ilícito dado que, por definición, el *sexting* es una comunicación libre del emisor que, desde el preciso momento en que transmite estos contenidos sexuales, se despoja libremente de una parcela de su intimidad” añadiendo que “el artículo 197.1 exige que la conducta matriz de apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona afectada, y en nuestro caso, la grabación es consentida”

Pero como adelantábamos el autor citado ofrece una alternativa, también apreciada en la jurisprudencia expuesta en el epígrafe anterior, al considerar que “en el caso de difusión a terceros de contenidos de naturaleza sexual, el ánimo de vejarse y humillar a la víctima es consustancial a la mirada indiscreta de terceros” de forma

²⁰ COMES RAGA, I., “La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconsciente de *sexting* ajeno” en La Ley penal, nº 105, pp. 2 y 3. Igualmente, en cuanto a la conducta del que no es primer difusor, considera el autor citado que “tampoco será penalmente relevante la conducta de aquél que, sin ser el primer difusor, ejecuta ulteriores divulgaciones de *sexting* ajeno. Téngase presente que el segundo párrafo del artículo 197.4 castiga al sujeto que, sin haber tomado parte en el descubrimiento ilícito la obtiene por otras vías y la difunde con conocimiento de su obtención ilícita. Parece lógico que si nos atenemos a lo dicho, al no ser ilícito el descubrimiento de la información sino desvelado con la anuencia del protagonista del *sexting*, la conducta también sería en este caso atípica”.

que “el delito de injurias actuaría como un tipo de recogida o residual, en la medida que encarna una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento contra el mismo bien jurídico protegido que, lógicamente, entra en juego cuando no existe un tipo legal que absorba el desvalor específico de la conducta”²¹.

Por su parte JUANATEY DORADO y DOVAL PAÍS²², si bien para un caso que según la legislación vigente encajaría sin problemas en el actual apartado séptimo del artículo 197, consideraban que “lo más razonable es admitir la atipicidad de la conducta desde el punto de vista de lo previsto en la actual regulación contenida en el artículo 197 del Código penal (aunque podría ser constitutiva de una infracción contra el honor, en tanto que se trata de una acción que lesiona la dignidad de la persona, atentando contra su propia estimación, art. 208 CP)”.

En la misma línea, PUENTE ABA²³, y para los supuestos de difusión de imágenes captadas con consentimiento del afectado considera que “en estos casos no podemos hablar de la comisión de un delito contra la intimidad” de forma que “si las imágenes difundidas han sido captadas con el consentimiento de los afectados, lícitamente, su difusión no consentida podría constituir como máximo una infracción de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo” en el ámbito civil, si bien considera la autora citada que “sería admisible considerar que en esos casos puede llegar a verificarse un delito contra el honor”.

Como adelantábamos al comienzo del presente epígrafe, otros trabajos especializados en la materia rechazan la total relevancia penal del *sexting* y no solo en base a los argumentos relativos a la existencia de consentimiento en la grabación de las imágenes o en haber sido la víctima quien voluntariamente las cedió al difusor, que ya se han mencionado en este trabajo, sino esgrimiendo la irresponsabilidad e inconsciencia que supone el que “cuando un sujeto practica *sexting* expone gravemente su intimidad, colocando material ciertamente sensible en manos de un tercero (...). ¿Merece esta confianza del emisor el aval del Derecho penal, el instrumento más contundente para salvaguardar el orden público?” añadiendo que “resulta igualmente claro que el propio afectado es responsable directo del daño sufrido, desde el momento en que reveló a un tercero aspectos muy sensibles de su intimidad”²⁴.

²¹ *Ibidem*, p. 6.

²² JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAIS, A., “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes” en BOIX REIG, J (Dir) y JAREÑO LEAL, A (Coord.) en *La protección jurídica de la intimidad* (Madrid, 2010), p. 164.

²³ PUENTE ABA, L.M^a., “Difusión de imágenes ajenas en internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Directores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch (Valencia, 2009), pp. 1544 y 1547.

²⁴ MARTÍNEZ OTERO, J.M, op. cit, pp.10-11. En una línea parecida, tendente a derivar la responsabilidad al perjudicado, se expresa JAISHANKAR, K, op. cit, p. 23, al señalar que “Criminalizing sexting will

Se refleja en esta opinión la ya conocida doctrina jurisprudencial de la “intimidad compartida” según la cual “*cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico*”²⁵ doctrina que, aunque relativa a las conversaciones, “emplea el Tribunal Supremo en ciertas ocasiones, sin matiz alguno, también en los supuestos de grabación subrepticia de imágenes”²⁶. Volveremos sobre estos argumentos más adelante, en el momento de tomar posición al respecto.

c) Posiciones jurisprudenciales partidarias de calificar el *sexting* como delito de descubrimiento y revelación de secretos

No es difícil encontrar resoluciones judiciales que lo califican como tal cuando la obtención de esas imágenes por parte del difusor ha sido de forma ilícita²⁷, tal y como podemos derivar de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales expuestas en los apartados anteriores, si bien tal comportamiento no sería siquiera *sexting* pues éste por definición exige un origen consensual y no subrepticio o coaccionado.

Sin embargo, son muy escasas las decisiones jurisprudenciales que califican la difusión de *sexting* como constitutiva de un delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando las imágenes han sido cedidas voluntariamente por el perjudica-

not help in preventing it. Responsible parenting and proper usage of mobile phones by teenagers are only right options. Teenagers should understand that once an image is sent out it will be no more under the control and there are dangers of spreading of their nude images in the internet. Also receiving such images will put a teen in trouble, so care should be exercised in storing such images in their mobile phones. It is heartening to note that Vermont legislature recently have passed a bill to legalize (decriminalize??) sexting, and I hope that most of the American legal systems will follow this model and if any other country have plans to criminalize sexting, they should halt that”.

²⁵ Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1994 (F.J 3º) o de 1 de marzo de 1996. En parecido sentido, y como argumento contrario a la concepción del *sexting* como constitutivo de un delito contra el honor, el Tribunal Constitucional en su sentencia 50/1983 de 14 de junio (F. J 3º) ya tuvo ocasión de señalar que “ni la Constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”.

²⁶ JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAÍS, A., op. cit. p. 147.

²⁷ Así, la SAP de Almería de 2 de noviembre de 2005 califica como constitutivo del delito previsto en los artículos 197.1 y 3 el supuesto en el que el autor, al que la víctima le había confiado el revelado de unas fotos de su boda, escaneó una de ellas en ropa interior de la víctima y la difundió mediante el envío de un mail masivo. La sala considera que en ese comportamiento concurren el “apoderamiento y divulgación proscritos por la normativa en cuestión”. Sería un supuesto similar al previsto en la hipótesis primera al principio de este trabajo, si bien el Tribunal parece inferir un apoderamiento ilícito, no consentido, de esa foto. Por su parte, la SAP de Badajoz de 19 de diciembre de 2007, en la que parece que los difusores se apoderaron de unas fotos de explícito contenido sexual ya colgadas en la red y suponiendo el Tribunal que conocían la falta de consentimiento de los protagonistas, condena por un delito del artículo 197.4 apartado segundo (hoy 197.3 apartado segundo). La SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2011 sanciona por el delito previsto en los artículos 197.1 y 3 al acusado que se hizo, por medios que no constan acreditados, con algunas fotografías de “naturaleza obscena” que la víctima tenía en su ordenador y sin consentimiento de ésta y las difundió a través de una cuenta de correo electrónico de la víctima, cuyas claves conocía. En el mismo sentido la más reciente SAP de Asturias de 5 de mayo de 2014.

do al difusor o ha consentido aquél su grabación.

No obstante la escasez aludida, encontramos de indudable interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de febrero de 2012 en el que se interpone recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo penal número 8 de Alicante y en el que el condenado considera que los hechos denunciados no constituyen el tipo penal de difusión de imágenes pues no hubo un apoderamiento ilícito de fotos al encontrarse las mismas en manos del acusado.

La Audiencia Provincial desestima el recurso y señala que concurren los elementos del tipo penal imputado (art. 197.2 y 3) ya que *“se trata de fotos hechas en la intimidad de la pareja que el acusado, tras romper su relación con la perjudicada, colgó en un portal de Internet, concretamente en la red social tuenti, siendo evidente el perjuicio causado a la misma, toda vez que aparece semidesnuda, permitiendo que pudieran ser observadas e incluso descargadas por toda persona que accediera a dicho portal siendo incardinable dicha conducta en el apartado 3 del artículo 197. También opone que no se hallaba registrado en ficheros o soportes informáticos, etc., sin embargo, es evidente que si no hubieran estado las fotografías en un lugar almacenadas, es decir en un soporte informático como un C.D, tarjeta S.D, pendrive, no hubiera podido colgarlas en un portal de Internet (Tuenty)”*²⁸.

Esta sentencia supone un punto de inflexión en el tratamiento de estos comportamientos y enfrenta los mismos al apartado 197.2, lo que constituye una novedad no apreciada en resoluciones precedentes ni en estudios doctrinales y sobre lo que nos detendremos en el próximo epígrafe de este trabajo.

V. TOMA DE POSTURA Y PROPUESTAS DE FUTURO

Como se recordará, el objetivo de este trabajo no era otro que analizar, a la luz de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, la respuesta jurídico penal que merecen determinados comportamientos de *sexting*, en su modalidad secundaria y, especialmente, si los mismos podrían o no ser calificados como delitos contra la intimidad en la modalidad de descubrimiento y revelación de secretos. Tras los resultados obtenidos de dicho análisis doctrinal y jurisprudencial nos emplazábamos para, en su caso y dependiendo de la insuficiencia o no de la regulación actual, tomar postura al respecto y realizar algunas propuestas de futuro. Pues bien, todo ello será lo que tratemos en este epígrafe.

a) Supuestos de difusión de *sexting* subsumibles en delitos de descubrimiento y revelación de secretos

²⁸ Igualmente debe mencionarse la Sentencia del Juzgado de Menores nº 2 de Granada, de 31 de octubre de 2013, que no obstante fue revocada por la Audiencia Provincial en sentencia de 5 de junio de 2014 y que ya ha sido tratada (vid *supra* IV-a).

- *Supuesto 3.* Parece claro que tras la reforma operada en nuestro Código penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo el supuesto que planteábamos como número 3 es decir, en el que A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B con consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A, encaja sin problemas en la conducta tipificada en el apartado séptimo del artículo 197 del Código penal y todo ello a pesar de que la víctima consintió libremente la grabación de las imágenes²⁹.

No obstante, y al contrario de lo que pudiera parecer, este precepto no da respuesta a otras hipótesis de *sexting* a las que aludimos en su momento (supuesto 5) a saber, el supuesto en el que alguno de los protagonistas del acto difundido lo envía a un tercero y éste, a su vez, procede a reenviarlo igualmente, pues el 197.7 alude a que las imágenes las haya obtenido el autor de la difusión con anuencia de la víctima en su domicilio o en los lugares que cita, lo que no será el caso pues las habrá obtenido tras enviárselas uno de los protagonistas de las mismas.

Mencionar como igualmente llama la atención la benevolencia de la pena del 197.7 (prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses) frente a la prevista en el 197.3 (dos a cinco años de prisión), ambas relativas a la difusión o divulgación, lo que solo se explica si se tiene en cuenta que “no se produce un asalto o desvelamiento no consentido a la intimidad de un tercero, sino tan solo una difusión de la misma sin el debido consentimiento”³⁰.

- *Supuesto 4.* Igualmente, y tras el estudio de la jurisprudencia y doctrina que se ha expuesto en el presente trabajo, es también posible la calificación como delito de descubrimiento y revelación de secretos el supuesto en el que A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B sin consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A (supuesto 4, *vid supra* II). En este caso, “sin consentimiento” (197.1), se están “utilizando artificios técnicos de grabación de la imagen” (197.1) que después se “difunde(n) a terceros” (197.3).

No obstante, esta calificación presenta algunas objeciones a las que hay que aludir:

- En *primer lugar*, pudiera conculcar la doctrina del Tribunal Supremo y del Constitucional³¹ según la cual la difusión del contenido de conversaciones grabadas (también imágenes en algún caso³²) y reveladas por parte de uno de los interlocutores, aun cuando el otro no conociera dicha grabación, no es

²⁹ Ya VALEIJE ÁLVAREZ, I *op.cit.*, p. 1.872 y JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAÍS, A., *op.cit.*, p. 160, consideraban impunes este comportamiento, si bien ello se explica porque sus trabajos son anteriores a la reforma operada por la L.O 1/2015 de 30 de marzo.

³⁰ MARTÍNEZ OTERO, J.M^a, *op. cit.*, p. 10.

³¹ Vid SSTs de 11-5-1994 (F.J 3^o) y 1-3-1996 (F.J 1^o) al señalar que “cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico”. En parecido sentido la STC 114/1984 de 29 de noviembre.

³² JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAÍS, A., *op. cit.* p. 147.

constitutiva de ilícito penal.

Frente a ello, suscribo la opinión de un importante sector doctrinal en este ámbito que consideran que “el escenario ha cambiado y que esta doctrina del ‘despojo de la intimidad’ o ‘intimidad compartida’ no puede ser aceptada en todos los casos, como de hecho no lo está siendo en los supuestos de grabaciones de imagen que afectan a esferas del núcleo duro de la intimidad, como es el perteneciente a las relaciones sexuales”³³ recordando en consonancia que “no ha sido ese el criterio seguido en los supuestos de grabación de imágenes, pues si quien graba es el partenaire en la actividad íntima desarrollada y posteriormente difunde, sí se considera su responsabilidad penal como autor del delito”³⁴. Prueba de ello lo es el actual artículo 197.7 del Código penal.

- En *segundo lugar*, la mención en el 197.1º a “vulnerar la intimidad de otro” autoriza a pensar que es necesario que en el momento de la grabación de las imágenes por “B” este tenga la intención de, con ello, vulnerar la intimidad de su pareja “A”. Y así concretamente ocurrió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de febrero de 2004 que expresamente señala que “...es preciso el elemento subjetivo de lo injusto consistente en la intención del sujeto activo de vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, pero tal intención ha de concurrir en el momento de realizar la acción típica”.

Frente a ello, la más reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de mayo de 2014 señala que “el 197.1 lo que castiga es el apoderamiento inconstituido de los efectos personales allí tipificados [...] delito que se consuma con el mero acceso no consentido que no es objeto de discusión, y todo ello con independencia de las razones que a ello conduzcan”.

También en la Doctrina encontramos opiniones enfrentadas entre los que consideran que es necesaria esa intencionalidad en el momento de comisión del delito y los que rechazan que la misma sea exigible.

Entre los primeros, un importante sector doctrinal en el que cabe destacar a CASTIÑEIRA PALOU³⁵ quien señala que “estamos ante un delito solo punible en su modalidad dolosa, en el que, además, las intenciones específicas del sujeto desempeñan un papel decisivo. [...] el apoderamiento o la intromisión deben realizarse para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad es decir, con un espe-

³³ LLORIA GARCÍA, P., “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting”. La Ley Penal, nº 105, p.6.

³⁴ COLÁS TUREGANO, A., “La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen” en Revista Boliviana de Derecho, nº 15, enero 2013, p. 177. Menciona esta autora la SAP de Granada de 16 de enero de 2007 que condena por delito de descubrimiento y revelación de secretos a quien, sin consentimiento, graba relaciones sexuales con su amante que posteriormente difunde. Igualmente, algunas de las sentencias mencionadas *supra* IV-a) interpretadas a *sensu contrario*: Audiencia Provincial de Lleida de 25 de febrero de 2004 o Audiencia Provincial de Granada de 18 de septiembre de 2014.

³⁵ CASTIÑEIRA PALOU, M^a.T, op. cit, pp. 144-145. También son de esta opinión JORGE BARREIRO, A., y MUÑOZ CONDE, F, cit. por ALONSO DE ESCAMILLA, A, op. cit, p. 216.

cial elemento subjetivo del tipo que debe añadirse al dolo”.

Entre los segundos, COMES RAGA³⁶ afirma que “no parece que el tipo básico de los artículos 197.1 y 4 sea portador de elementos subjetivos del injusto [...] la intención del sujeto de distribuir a terceros los contenidos íntimos podrá estar presente en el momento de acceder a los mismos o nacer en un momento ulterior, en que motivos de rencor, odio o venganza le empujen a reenviarlos a terceros”.

Sea como fuere, considero que siendo coherentes y respetuosos con el principio de legalidad penal, *lege data* es necesario constatar ese *animus*, más allá del dolo genérico, de vulnerar la intimidad del otro en el momento de la captación subrepticia de imágenes, aunque ello pueda convertirse en una prueba diabólica. Por ello, podemos concluir que si consideramos que este comportamiento ha de tener relevancia penal, debe proponerse un tipo penal que no exija ese *animus* extra en el momento de captación de las imágenes, al estilo de cómo se ha recogido en el apartado 7 del artículo 197.

- *Supuesto 5.* En el supuesto en el que A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B, reenviados por B a C sin consentimiento de A y reenviados a su vez por C a terceras personas, podemos distinguir dos modalidades: una primera, en la que las imágenes se grabaron con consentimiento de A y una segunda en la que no consta dicho consentimiento, siendo penalmente relevante la conducta de C en la segunda modalidad señalada, por aplicación del artículo 197.3 párrafo segundo en relación con el 197.1 siempre que C conozca, como exige el 197.3.II, el origen ilícito (así, la captación sin consentimiento) de las imágenes difundidas.

b) **Supuestos de difusión de *sexting* de difícil encaje en delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Sobre la posible aplicación del 197.2**

Los supuestos que presentamos al inicio del presente trabajo bajo los números 1 (A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A), 2 (A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A y alguno/s de estos, por ejemplo C, lo difunden a su vez a otras personas) y 5 en su primera modalidad (A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B con consentimiento de A, reenviados por B a C sin consentimiento de A y reenviados a su vez por C a terceras personas) carecen, con la regulación vigente y a la luz del análisis jurisprudencial y doctrinal que se ha venido realizando en el presente trabajo, de relevancia jurídico penal como delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Y ello es así porque en todos los comportamientos citados, si se observa, existe consentimiento de la persona perjudicada que, o bien ha producido ella misma la

³⁶ COMES RAGA, I., op. cit. p. 3.

grabación y la ha enviado voluntariamente a un tercero, o bien ha consentido a un tercero su grabación. Tal consentimiento en la grabación impide su calificación ex. art. 197.1, pues éste exige la falta de consentimiento, pero además también excluye la punibilidad de la posterior difusión inconsentida pues es necesaria la existencia del 197.1 para que sea punible la posterior difusión penada en el art. 197.3³⁷.

Lo mismo puede decirse en relación a la aplicación del segundo párrafo del 197.3, pues quien difunde las imágenes captadas sin haber tomado parte en la captación o descubrimiento de las imágenes (por ejemplo, C en los supuestos 2 y 5 mencionados) debe hacerlo “con conocimiento de su origen ilícito”, origen que no es tal desde el momento que, como hemos dicho, ha quedado constatado el consentimiento de la víctima en la producción de esas imágenes.

Pero a pesar de lo dicho, no quiero dejar pasar la oportunidad de enfrentar el que presentamos como *supuesto 1* a su posible subsunción en el artículo 197.3 en relación con el 197.2 cuestión que, por otra parte, resulta novedosa en la literatura científica al respecto que, como hemos visto, se ha ocupado principalmente de su calificación vía 197.1.

Y es que tal supuesto podría, a priori, encuadrarse en el delito de difusión o revelación de imágenes del 197.3 del Código penal, en relación con el 197.2, pues el sujeto que difunde sin consentimiento “utiliza”, “sin estar autorizado” para ello y “en perjuicio de terceros” (en cuanto afecta a la intimidad de otra persona), “datos reservados de carácter personal” que se “hallan registrados en soportes informáticos o electrónicos” (tarjetas de memoria, *pendrives*, fotografías digitales), todo ello con la posible agravación prevista en el 197.6 si se considera que los datos difundidos revelan la vida sexual de la víctima, como puede ser sin duda en nuestros casos.

En la línea que acabamos de exponer, encontramos la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de febrero de 2012 en un caso, en esencia parecido, en el que “*se trata de fotos hechas en la intimidad de la pareja que el acusado, tras romper su relación con la perjudicada, colgó en un portal de Internet, siendo evidente el perjuicio causado a la misma, toda vez que aparece semi-desnuda, permitiendo que pudieran ser observadas e incluso descargadas por toda persona que accediera al portal, siendo incardinable dicha conducta en el apartado 3 del artículo 197. También opone que no se hallaba registrado en ficheros o soportes informáticos, etc., sin embargo, es evidente que si no hubieran estado las fotografías en un lugar almacenadas es decir en un soporte informático como un C.D, tarjeta S.D, pendrive, no hubiera podido colgarlas en un portal de Internet (Twenty).*”

Señala también la sentencia mencionada que “*si bien es cierto que no hubo apoderamiento ilícito de las fotos, al encontrarse las mismas lícitamente en poder del*

³⁷ Pues este señala expresamente que “se impondrá la pena de 2 a 5 años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

acusado, también lo es que el artículo 197.2, en su último inciso, impone la misma pena a quien sin estar autorizado, utilice dichos datos de carácter personal o familiar en perjuicio de su titular”.

No obstante tal interpretación no vence satisfactoriamente algunas objeciones que, además, ya se han visto reflejadas en alguna decisión judicial. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 9ª) de 20 de marzo de 2012 señala, que en la interpretación del artículo 197.2 del Código penal al referirse a los ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado “*debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, médica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”.*

Pues bien, el supuesto de difusión de *sexting* in consentido al que nos venimos refiriendo adolece del requisito de referirse a un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas estando, además, más cercano a la esfera de la intimidad que de la privacidad.

Igualmente, como nos advierte SÁNCHEZ MELGAR³⁸ “el término ‘reservados’ que utiliza el código hay que entenderlo como ‘no públicos’, parificándose de este modo el concepto con el nº 1 del 197. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca, o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca” por lo que, teniendo en cuenta que en el *supuesto 1* planteado el sujeto activo conoce el dato porque se lo ha enviado voluntariamente el sujeto pasivo y que, por ello mismo, no puede afirmarse que éste no desea que se conozca, la subsunción de dicho supuesto en el 197.3 en relación con el 197.2 se antoja complicada.

c) Propuesta de lege ferenda

Por todo lo expuesto hasta este momento, parece meridianamente claro que el *sexting* secundario, cuando las imágenes han sido obtenidas sin el consentimiento del protagonista (lo que le aleja propiamente del concepto de *sexting*, dado su origen consensual por definición), encaja sin mayores problemas en la órbita de los

³⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J., *Prontuario de Derecho penal para abogados*, ed. Universidad Católica de Ávila, (Ávila, 2016), p. 444. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2001. También identifican el término “reservados” con “secreto” CARBONELL MATEU, J.C y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, op. cit, pp. 323 y ss.

delitos contra la intimidad en su modalidad de descubrimiento y revelación de secretos, particularmente en los artículos 197.3, apartados I y II, en relación con el 197.1 (incluso con la agravación específica del 197.5).

Del mismo modo, y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el supuesto de difusión in consentida de *sexting* ajeno en el que ha habido consentimiento en la grabación de las imágenes, tomadas en cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros (supuesto en el que encaja el *supuesto n° 3* de los planteados en este trabajo), está claramente previsto y penado en el apartado séptimo del artículo 197.

Ahora bien ¿qué ocurre cuándo hay consentimiento en la grabación de las imágenes o estas son producidas por la víctima y enviadas voluntariamente a un tercero, pero no hay consentimiento en su difusión? Parece prácticamente unánime salvo, como hemos visto, contadísimas referencias jurisprudenciales y doctrinales y el supuesto previsto en el 197.7, que la existencia de consentimiento convierte en atípicos, como delito contra la intimidad, tales supuestos de *sexting*. Pero ¿esto debiera ser siempre así? Creemos que no, por lo que se propone desde las presentes páginas el reproche penal de tales comportamientos y ellos por las razones que se expondrán seguidamente.

Lo sexual se integra sin ningún género de dudas en la intimidad. Como bien expone MORILLAS FERNÁNDEZ³⁹, la intimidad supone “el reducto más privado de la vida íntima del individuo, esto es, como aquellos extremos más personales de su propia vida..” y parece evidente que el sentir mayoritario en la opinión pública, en la sociedad, es calificar todo lo relativo a la vida y costumbres sexuales como algo perteneciente a lo más íntimo y personal de la vida del individuo⁴⁰.

Teniendo en cuenta lo acabado de exponer y que, como vimos (*supra* III), la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos es la intimidad, el posible reproche de estos comportamientos ha de hacerse propiamente con delitos que protejan este bien jurídico y no tanto con otros. En este sentido, el propio legislador penal ya ha tomado postura al respecto al tipificar un claro supuesto de *sexting*, en el que hay consentimiento en la grabación, en el artículo 197.7.

Además, la alternativa, los delitos contra el honor, creo que no responde satisfactoriamente, pues pueden presentar ciertas carencias:

- si los destinatarios del *sexting* no conocen al protagonista de las imágenes difundidas el “menoscabo de su fama” (art, 208 C.P) no parece tan claro.
- La difusión de las imágenes no sería otra cosa que “imputación de hechos”

³⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ. D.L., op. cit, pp. 208 y 209.

⁴⁰ Claramente COMES RAGA, I., señala que “ninguna duda cabe que la difusión de *sexting* a terceros representa una grave lesión de la intimidad de la persona” op. cit, p. 4. Del mismo modo MARTÍNEZ OTERO, J.M advierte que “dentro de la intimidad de la persona se encuentra, sin lugar a dudas, la vida sexual de la persona”, op. cit, p. 4.

(art. 208, párrafo tercero) que no se considerarán graves, y por tanto punibles como delito contra el honor, “salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (art. 208) siendo lo cierto que unas imágenes grabadas con consentimiento de la víctima nunca podrán documentar hechos falsos o que falten temerariamente a la verdad.

- Por último, debe tenerse muy presente el contenido concreto⁴¹ de las imágenes difundidas, pues estas podrán consistir en actividades que no estén socialmente mal consideradas (por ejemplo, mantener relaciones sexuales) y que, por ello, no menoscaben su fama ni atenten a su propia estimación, pero sí afecten claramente a la intimidad.

Además de lo expuesto, y en pro de una respuesta penal a los supuestos de *sexting* cuando el protagonista ha producido o consentido la grabación de las imágenes, no debemos perder de vista uno de los principios básicos y fundamentales del Derecho penal moderno cual es el de exclusiva protección de bienes jurídicos que, como sabemos, implica que el Derecho penal protege los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves:

- La importancia de la intimidad está fuera de toda duda, dada su naturaleza de derecho fundamental.
- Que es grave el ataque que a la misma supone el *sexting*, aun con anuencia en la grabación de las imágenes, solo podemos negarlo desde posturas alejadas de la realidad social que debe impregnar la interpretación de toda norma jurídica; la posibilidad de difusión de dichas imágenes con el uso de las nuevas tecnologías (redes sociales, correo electrónico, aplicaciones móviles, etc) incrementa considerablemente y de forma indiscutiblemente sensible la afectación a la intimidad.
- A mayor abundamiento, la presencia del consentimiento en la grabación de las imágenes por parte de la víctima o la producción por ésta de las mismas puede en muchos casos suponer que las imágenes sean más explícitas y, por ende, más lesiva a su intimidad la difusión inconsentida.

Igualmente, entiendo forzadas aquellas opiniones que extienden el consentimiento otorgado en la obtención de las imágenes también a su difusión, pues no coinciden en absoluto con la realidad y, valorativamente, pudieran ser válidas en un mundo analógico pero no en la era virtual en la que, queramos o no, nos encontramos.

En este sentido ya hemos visto (*supra* III) como la doctrina⁴² y la jurisprudencia

⁴¹ Así también, MARTÍNEZ OTERO, J.M, op. cit, p. 5.

⁴² ALONSO DE ESCAMILLA, A., op. cit, p. 214; CASTIÑEIRA PALOU, M^a.T, op. cit, p. 142; MUÑOZ CONDE, F., cit. por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L, op. cit, p. 171; SEGRELLES DE ARENAZA, I, *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, ed. Marcial Pons, (Madrid, 2000), p.272. En parecido sentido MARTÍNEZ OTERO J.M., señalando que “el consentimiento a compartir con un tercero concreto imágenes íntimas no habilita al tercero a difundir dichas imágenes”.

constitucional⁴³ otorgan importancia, a la hora de perfilar los contornos del derecho a la intimidad, a la voluntad y consentimiento del sujeto pasivo para determinar el ataque al mismo y alejarse de una publicidad no querida. En consecuencia, si el sujeto pasivo ha sentido atacada su intimidad con la difusión de esas imágenes y no ha consentido tal publicidad, es coherente entender afectada la intimidad aunque hubiera consentido su grabación.

Por último y en aras de una coherencia interna del sistema y, si se quiere, con apoyo del principio de proporcionalidad, parece razonable que si el legislador penal ha considerado relevantes conductas como la tipificada en el artículo 197.7 del Código penal en la que ha habido consentimiento en la grabación pero no en la difusión de las imágenes, no haya especiales problemas en tipificar también supuestos parecidos a los que hemos planteado en este trabajo como *supuestos 1, 2 ó 5*.

VI. CONCLUSIONES

I. Son muy variadas y diversas las modalidades de *sexting* imaginables. Doctrinalmente se ha distinguido entre *sexting* primario, en el que el protagonista de las imágenes de contenido sexual (o de cualquier otra comunicación de tal contenido) las envía a otros sujetos en el ámbito de una relación privada, careciendo este comportamiento de relevancia penal y *sexting* secundario en el que el presunto autor posee el mensaje, la imagen o vídeo ajeno de contenido sexual y lo difunde a terceros empleando tecnologías de la información y comunicación, sin consentimiento de alguno de los protagonistas del mensaje, vídeo o imagen.

II. Con el fin de analizar la calificación de tales supuestos como delitos de descubrimiento y revelación de secretos hemos de concluir que, a pesar de la rúbrica bajo la que se encuadran tales delitos, el bien jurídico protegido en los mismos es la intimidad, no reconociendo la mayor parte de la doctrina penal a la propia imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad. Además, la propia dicción literal de los delitos referidos, que aluden expresamente a la intimidad, avala esta conclusión.

III. Hasta la entrada en vigor de la L.O 1/2015 de 30 de marzo, el comportamiento más similar al *sexting* solo era punible, vía delitos de descubrimiento y revelación de secretos, cuando tales datos, hechos o imágenes habían sido obtenidos sin consentimiento de la persona perjudicada en aplicación del, a la sazón, art. 197.4 en relación con el 197.1 del Código penal, pudiéndose aplicar la agravación específica del 197.6 (hoy 5).

IV. A pesar de lo anterior, la exigencia en el artículo 197.1 de obtener las imágenes “para vulnerar la intimidad de otro” aconseja, por exigencias del principio de legalidad y para evitar injustas lagunas de impunidad, la redacción de un precepto

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2003.

que no requiera ese ánimo tendencial, pues la realidad criminológica del *sexting* enseña que normalmente no hay intención de vulnerar la intimidad de la víctima cuando se captan las imágenes pero sí después, por razones de despecho, rencor, etc.

V. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, también el *sexting* secundario constanding el consentimiento de la víctima en la grabación es punible, pero única y exclusivamente en el caso previsto en el número 7 del artículo 197.

VI. Exclusión hecha del supuesto acabado de mencionar, *lege data*, y a la vista de algunas resoluciones judiciales y opiniones doctrinales, el *sexting* secundario, cuando se hayan obtenido las imágenes con consentimiento de la víctima o esta las envíe voluntariamente a un tercero, pueden a lo sumo subsumirse en los delitos contra el honor, concretamente ser constitutivas de injurias.

Resulta también de interés destacar que, en algún supuesto, el *sexting* constanding el consentimiento de la víctima en la grabación de las imágenes fue calificado ex. art. 197.2. Sin embargo, y resaltando además que la doctrina no se ha ocupado especialmente de esta hipótesis, podemos concluir que tal calificación encuentra importantes objeciones dado, sobre todo, el concepto que nuestro Tribunal Supremo y la doctrina autorizada otorgan al término “reservado”.

VII. A pesar de las opiniones jurisprudenciales y doctrinales aludidas en el punto anterior, considero que el *sexting* secundario en el que consta el consentimiento de la víctima en la obtención de las imágenes difundidas o esta las ha enviado voluntariamente a un tercero, más allá del supuesto previsto en el artículo 197.7, han de merecer reproche penal, en su caso, vía delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Sin lugar a dudas la sexualidad es parte de la intimidad y, en consecuencia, la calificación más apropiada y coherente de tales supuestos será aquella que los considere constitutivos de un delito cuyo bien jurídico protegido sea la intimidad y no tanto de un delito contra el honor (cuyos elementos típicos son dudosos en los supuestos aludidos).

VIII. Los supuestos de *sexting* en los que consta el consentimiento de la víctima en la obtención de las imágenes difundidas, más allá del caso previsto en el 197.7, o éstas han sido enviadas voluntariamente por la víctima a un tercero que las difunde, merecen reproche penal en coherencia con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos que informa nuestro Derecho penal moderno (protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves): la *importancia* es evidente, dada su naturaleza de derecho fundamental y la *gravedad* del ataque en los supuestos aludidos patente, pues la posibilidad de difusión de dichas imágenes con el uso de las nuevas tecnologías (redes sociales, correo electrónico, aplicaciones móviles, etc) incrementa considerable y exponencialmente la afectación a la intimidad. A mayor abundamiento, la presencia del consentimiento en la grabación de las imágenes por parte de la víctima o la producción por ésta de las mismas puede en muchos casos suponer que las imágenes sean más explícitas y, por ende,

más lesiva a su intimidad la difusión inconscntida.

IX. Obvian la realidad las opiniones que rechazan el reproche penal del *sexting* secundario cuando ha habido consentimiento de la víctima en la obtención de las imágenes o ella misma las ha enviado al tercero que las difunde, en tanto que extienden el consentimiento otorgado en la obtención de las imágenes también a su difusión, lo que no coincide en absoluto con la realidad y, valorativamente, pudieran ser fundadas en un mundo analógico pero no en la era virtual en la que nos encontramos.

X. En relación con lo acabado de exponer, la jurisprudencia constitucional y un importante sector doctrinal destacan especialmente la voluntad y *consentimiento* del sujeto pasivo para perfilar los contornos del ataque a la intimidad y alejarse de una publicidad no querida. En consecuencia, si el sujeto pasivo ha sentido atacada su intimidad con la difusión de esas imágenes y no ha *consentido* tal publicidad, es coherente entender afectada la intimidad y por ende reclamar la tutela penal frente a la difusión inconscntida, aunque hubiera consentido su grabación o facilitado las imágenes a un tercero que después difunde sin consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANHELLÍ, J.R. “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting” en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12-11 (2010).
- AGUSTINA SANHELLÍ, J.R y MONTIEL, I. “Sexting en adolescentes: nuevos retos médico-legales”. Revista Española de Medicina Legal, 2016 en <http://dx.doi.org/10.1016/j.rem.2016.07.002> .
- ALONSO DE ESCAMILLA, A. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en LAMARCA PÉREZ, C (Coord), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, ed. Dykinson, (Madrid, 2016).
- ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información” en Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, Vol. I, 2002.
- BIANCHI, M. Il sexting minorile non e piu reato?, www.penalcontemporaneo.it [consulta 18/10/2016].
- CARBONELL MATEU, J.C y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en VIVES ANTÓN, T.S (et. al), *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- CASTIÑEIRA PALOU, M^a.T. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en SILVA SÁNCHEZ, J.M^a (Dir), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, ed. Atelier, 3^a ed, (Barcelona, 2011).
- COLÁS TURÉGANO, A., “La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen” en Revista Boliviana de Derecho, n^o 15, enero 2013.
- COMES RAGA, I., “La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconscntida de sexting ajeno” en La Ley penal, n^o 105.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves” en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 20, 2002.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Protección penal de la intimidad: el art. 197.1º del Código penal” en GARCÍA GONZÁLEZ, J (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “El delito informático”, en *Eguzkilore*, nº 23, diciembre de 2009.
- JAISHANKAR, K., “Sexting: a new form of victimless crime?” en *International Journal of Cyber Criminology*, vol 3, junio 2009.
- JUANATEY DORADO, C y DOVAL PAIS, A., “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes” en BOIX REIG, J (Dir) y JAREÑO LEAL, A (Coord.) en *La protección jurídica de la intimidad* (Madrid, 2010).
- LLORIA GARCÍA, P., “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting”. *La Ley Penal*, nº 105.
- MARTÍNEZ OTERO, J.M. “La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico” en *Derecom*, diciembre-febrero 2013.
- MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant Monografías, nº 868, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2013).
- MITCHELL, FINKELHOR, JONES, WOLAK “Prevalence and characteristics of youth sexting: a national study”, *Pediatrics*, volume 129, number 1, January 2012.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, ed. Dykinson, (Madrid, 2005).
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*. 20ª ed, Tirant lo Blanch (Valencia, 2015).
- PUENTE ABA, L.Mª., “Difusión de imágenes ajenas en internet: ¿ante qué delitos nos encontramos?” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Directores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch (Valencia, 2009).
- RINGROSE, J., GILL, R., LIVINGSTONE, S y HARVEY, L., “A qualitative study of children young people and sexting” (London, 2012).
- RODRÍGUEZ RAMOS, L (Dir.), *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, ed. La Ley, 5ª edición (Madrid, 2015).
- SÁNCHEZ MELGAR, J., *Prontuario de Derecho penal para abogados*, ed. Universidad Católica de Ávila, (Ávila, 2016).
- SEGRELLES DE ARENAZA, I, *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, ed. Marcial Pons, (Madrid, 2000).
- SHARIF SHANEN, *Sexting and cyberbullying. Defining the line for digitally empowered kids*. Ed. Cambridge University Press (N. York, 2015).
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Intimidación y difusión de imágenes sin consentimiento” en CARBONELL MATEU, J.C, GONZÁLEZ CUSSAC J.L y ORTS BERENGUER, E (Directores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Tomo II. Ed Tirant lo Blanch (Valencia, 2009).
- VERA, A., “Sexting e pedopornografía: i paradossi”. *Ragio practica*, 2, 2013.
- WOLAK, J y FINKELHOR, D., “Sexting: a typolgy” *Crimes against children*, 2011.