

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO
FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN BIZKAIA

El Sexting

Andrea López Freiría

1. Resumen

La Ley Orgánica 10/2015, de 23 de noviembre, ha revisado y actualizado el Código Penal, adecuándolo a las nuevas realidades sociales que exigían un cambio y modificación de la norma penal. Se ha llevado a cabo una revisión del régimen de penas, así como de su aplicación, se han adoptado técnicas para la agilización del sistema penal e introducido nuevas figuras delictivas que completan la ausencia de tipificación de algunas conductas que existían en la anterior regulación. En el presente trabajo se va a examinar la evolución y contenido del nuevo artículo 197, concretamente su apartado séptimo. Este artículo regula la conducta coloquialmente denominada “*sexting*”. El *sexting* consiste el intercambio imágenes o grabaciones con un contenido sexual o provocante de otra persona, que se obtienen con su consentimiento, pero que posteriormente se divulgan en contra de su voluntad, teniendo en cuenta que dicha imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal, o dentro de una relación de intimidad y su difusión se haya efectuado sin el consentimiento de la persona afectada, lesionando gravemente su intimidad.

2. INTRODUCCION

El fomento del uso de la tecnología en la sociedad junto con los avances informáticos y telemáticos han propiciado una revolución mundial, dando pie a una nueva realidad social. La combinación de telefonía e internet, conocidos como smartphones, permiten la distribución de información entre los individuos de forma inmediata, creando un nuevo modelo de comunicación que afecta no solo a las relaciones sociales, sino que se extiende a ámbitos como la cultura, la economía, la política, y por supuesto al ámbito jurídico¹.

Las tres principales características de la transmisión de información son la potencia, la accesibilidad y la difusión. La primera de ellas hace referencia a la capacidad de almacenamiento de información que ostentan los dispositivos utilizados como son los portátiles o los teléfonos inteligentes. La accesibilidad alude a la facilidad de obtención de estos dispositivos, así como la rapidez y sencillez de aprendizaje en su manejo. Y por último la difusión, es decir, la posibilidad de establecer una comunicación con otros individuos instantáneamente².

La facilidad de difusión de información, imágenes y videos mediante redes sociales o mensajería instantánea ha dado lugar a la aparición de nuevas conductas capaces de lesionar bienes jurídicos relevantes como son: la libertad, mediante las amenazas y coacciones; la intimidad, mediante apropiación de contraseñas o revelación de secretos; el honor, mediante la difusión de imágenes y conversaciones y la integridad moral, mediante el acoso³.

¹ FAJARDO CALDERA, M.^a ISABEL; GORDILLO HERNÁNDEZ, MARTA; REGALADO CUENCA, ANA BELÉN. International Journal of Developmental and Educational Psychology. INFAD Revista de Psicología, N°1-Vol.1, 2013. ISSN: 0214-9877. pp:522

² ARNAIZ VIDELLA, Javier. El sexting en el código penal español. Editorial Wolters Kluwer. Diario La Ley N.º 8995. Sección Tribuna. 2017

³ LLORIA GARCÍA, Paz. Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting». 2014. N.º 1. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pag.217

El caso que nos ocupa es el denominado *sexting*, consiste en el intercambio de mensajes, fotos y vídeos eróticos o sexuales, con el consentimiento de las dos partes que intercambian ese material⁴. Esta conducta afecta a bienes jurídicos como la intimidad, la integridad moral y el honor, es una conducta que afecta en su gran mayoría a menores adolescentes. Una parte de la doctrina entiende que los adolescentes recurren al *sexting* con el objetivo de obtener citas o relaciones sexuales, otra parte lo considera como la necesidad de los adolescentes de expresar el deseo sexual, lo que lleva a pensar que lo utilizan como medio de expresión de su sexualidad⁵.

A pesar de ello también tiene impacto en el ámbito de las relaciones de pareja entre adultos. Se denomina “revenge porn”, y consiste en la divulgación de imágenes o videos de contenido íntimo, existiendo consentimiento, pero que, en un momento posterior, normalmente tras la ruptura son divulgados en este último caso sin el consentimiento de la víctima⁶.

3. CONCEPTO

Las primeras referencias sobre el *sexting* se remontan al año 2005, se trata de una expresión anglosajona, compuesta por el término (sex) sexo y el termino texting (envío de mensajes de texto utilizando telefonía móvil)⁷. Originariamente esta modalidad

⁴ LLORIA GARCÍA, Paz. Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting». 2014. N.º 1. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pag. 225

⁵ FAJARDO CALDERA, M.ª ISABEL; GORDILLO HERNÁNDEZ, MARTA; REGALADO CUENCA, ANA BELÉN. International Journal of Developmental and Educational Psychology. INFAD Revista de Psicología, N°1-Vol.1, 2013. ISSN: 0214-9877. pp:523

⁶ COLAS TUREGANO, Asunción. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. N°1. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pag. 663

⁷ GUARDIOLA SALMERON Miriam. El sexting nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal. Legal Toda. Visto en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp>. 2016.

únicamente se aplicaba a las conversaciones y mensajes de texto. La nueva realidad social y la proliferación de nuevas tecnologías y medios de comunicación instantáneos con contenido multimedia han propiciado que en la actualidad se extienda esta tipificación al envío de fotografías y vídeos con contenido de cierto nivel sexual, tomadas o grabados por el protagonista de estos⁸.

La Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 5 de junio de 2014 señala que el *sexting* supone 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. Dicho contenido se genera por tanto de manera voluntaria por el autor, que pasa a manos de otra u otras personas. Siendo estas terceras personas las que pueden iniciar el reenvío, generando una difusión masiva de dichas fotografías o videos.

Para el análisis de la conducta se deben de tener en cuenta ciertos factores, tales como⁹:

- **La procedencia.** La imagen puede haberse producido por la propia persona que la difunde o puede haberse obtenido por persona ajena, pero existiendo consentimiento de la fotografiada.
- **El contenido.** Ha de examinarse el contenido de la imagen, puesto que para encajar en la presente conducta ha de ostentar carga sexual. Este factor presenta dificultades para determinar y definir el grado de contenido sexual presentado en la imagen.
- **La identificación:** Ha de tenerse en cuenta si en la imagen o video es posible identificar o no al protagonista.
- **La edad.** Resulta de relieve determinar si se trata de un menor o mayor de edad.

⁸ PUYOL MONTERO, Javier. El sexting: un fenómeno de nuestro tiempo. Sepin. 2017. Pag.13

⁹ FAJARDO CALDERA, M.^a ISABEL; GORDILLO HERNÁNDEZ, MARTA; REGALADO CUENCA, ANA BELÉN. International Journal of Developmental and Educational Psychology. INFAD Revista de Psicología, N°1-Vol.1, 2013. ISSN: 0214-9877. pp:526

A pesar de ello, debido al anonimato en numerosas ocasiones es difícil de identificar.

4. EL ARTÍCULO 179.7 DEL CÓDIGO PENAL EN SU REDACCIÓN ANTERIOR A 2015

Haciendo alusión a los antecedentes históricos, el código penal de 1848 se recogía el delito de descubrimiento de secretos personales. Este tipo se centraba en el apoderamiento de documentos con la consecuente divulgación de estos¹⁰. Posteriormente el Código Penal de 1995, en su artículo 197 recogía el artículo de descubrimientos y revelación de secretos de la siguiente forma : *“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”*. Este artículo únicamente otorgaba protección penal a los supuestos en los que la difusión se hubiese producido sobre una imagen o grabación en la que existiese ausencia de consentimiento. Quedando por tanto las imágenes obtenidas con conveniencia de la víctima, pero para las que no se había consentido su posterior difusión quedaban fuera de los tipos delictivos existentes, no mereciendo ningún tipo de amparo por parte del derecho penal.

Los tribunales a lo largo de los años se han visto obstaculizados ante estos casos, aplicando aquellos que se amoldaban a las exigencias del artículo 197, pero dejando al margen aquellos en los que si constaba el consentimiento¹¹.

La necesidad de una modificación respecto al precepto adquirió relevancia a partir del

¹⁰ ARNAIZ VIDELELLA, Javier. El sexting en el código penal español. Editorial Wolters Kluwer. Diario La Ley N.º 8995. Sección Tribuna. 2017

¹¹ COLAS TUREGANO, Asunción. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Nº1. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pag. 665.

caso de OLVIDO HORMIGOS exconcejala por el PSOE (Toledo)¹² . En este caso el apoderamiento del video por parte del encausado fue con consentimiento de la víctima. A pesar de ello dicho video fue difundido por el encausando sin haberse prestado el consentimiento para ello. Dañándose gravante la intimidad personal de la afectada.

Tras este acontecimiento, la mayoría de fuerzas políticas se aunaron para llevar a cabo modificaciones al respecto dentro de la reforma del Código Penal, y solucionar los problemas de falta de tipicidad de la conducta referente “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”¹³.

5. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EN 2015.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se sustancia por un lado en la nueva realidad social que impulsa a la revisión del ordenamiento jurídico y por otra parte a las exigencias europeas existentes en la decisión marco 2004/68/JAI¹⁴. Se trata de la reforma con mayor transcendencia del Código Penal, al modificar la cantidad de 252 artículos de este cuerpo y suprimir 32 del mismo. Concretamente en la cuestión que nos ocupa amplia la tutela del bien jurídico referente a la intimidad de las personas en varios aspectos.

En primer lugar, tipifica como apartado séptimo del artículo 197 del Código penal, el nuevo delito de divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, pero divulgadas sin su conocimiento, siempre y

¹² ALTOZANO, Manuel. La ‘ciberintimidad’ de Olvido Hormigos. EL PAIS. Visto en: https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html. 2013

¹³ ARNAIZ VIDELLA, Javier. El sexting en el código penal español. Editorial Wolters Kluwer. Diario La Ley N.º 8995. Sección Tribuna. 2017

¹⁴ LLORIA GARCÍA, Paz. Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting». 2014. N.º 1. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pag. 251.

cuando dicha imágenes o grabaciones atenten contra su intimidad. En segundo lugar, introduce un tipo cualificado, para aquellos casos en los que se utilicen datos personales de un tercero con el fin de ganarse la confianza de la víctima y atacar la intimidad de esta última. Y en tercer lugar crea nuevas figuras que abarcan el ámbito del denominado intrusismo informático, Por una parte, se incorpora la interceptación ilegal de transmisiones no públicas y por otra se castiga a aquel que facilite instrumentos para la comisión del intrusismo informático¹⁵.

Como se ha mencionado al inicio del apartado la principal modificación se ha realizado con referencia al nuevo apartado 7 añadido al artículo 197 CP que señala lo siguiente: *“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

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.”

El primer párrafo describe la conducta y castiga a aquel cuya imagen es fotografiada o grabada, será el sujeto pasivo. Cabe la posibilidad de que este de su consentimiento para efectuar la grabación en un contexto de intimidad, pero en ningún momento otorgue consentimiento para que se difunda a terceros. Normalmente son acciones que se desarrollan dentro de una relación de confianza en la que existe consentimiento y convencimiento de que quedará en la intimidad¹⁶.

¹⁵ COLAS TUREGANO, Asunción. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Nº1. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pág. 663

¹⁶ LLORIA GARCÍA, Paz. *Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting»*. 2014. N.º 1. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pag. 228.

Además, el tipo requiere y exige que se produzca un menoscabo de la intimidad y el resultado de una lesión. Castigándose de este modo la divulgación de grabaciones o imágenes obtenidas a través de esta conducta denominada "*sexting*".

En el segundo párrafo se hace referencia al tipo agravado cuando los hechos se cometan:

- Por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad
- Cuando la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección
- Si los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa

6. CONCLUSIONES

Los avances tecnológicos han provocado numerosos cambios en la sociedad actual, dando lugar nuevos horizontes, antes ocultos para el legislador. Es función del legislador amoldar o modificar las normas del ordenamiento con el objetivo de cubrir las necesidades existentes en la sociedad actual.

Es una realidad que los tribunales a lo largo de los años se han encontrado con la problemática surgida en torno al artículo 197 del Código Penal, estos debían diferenciar entre conductas en las que existía consentimiento y conductas en las que había ausencia de anuencia. Resultaba de urgente necesidad la creación de un tipo legal específico que se adecuase a la realidad social mencionada a lo largo del trabajo.

La reforma se ha valorado positivamente por parte del Consejo General del Poder Judicial y por los representantes parlamentarios que tomaron parte en los debates referentes a la cuestión que nos atañe. El objeto de dichos debates residía en la necesidad de hacer frente a las violaciones que el uso intensificado de las tecnologías y las redes sociales causan en la esfera de la intimidad. Esta nueva forma de comunicación y los instrumentos que la hacen posible, fomentan el ataque de los bienes jurídicos tradicionales como la intimidad, por lo que hay que crear nuevos instrumentos que abarquen una mayor dimensión de

protección¹⁷.

Como se ha señalado con anterioridad la práctica del *sexting* afecta mayoritariamente al sector de los menores adolescentes. Se ha de remarcar que es un sector de la población más vulnerable y por ello debe estar especialmente protegida por el ordenamiento jurídico en todos sus ámbitos, debiendo gozar por tanto de una especial protección por parte del Estado. Consecuencia de ello, resulta adecuada la modalidad agravada recogida en el artículo 179.7 C.P, pues otorga una mayor protección a este sector.

Una gran parte de la doctrina se encuentra reacia a la nueva tipificación por entender que se trata de una conducta voluntaria que no debería encontrarse protegida por el Derecho Penal.

Ante ello se ha de resaltar que se trata de un bien jurídico suficientemente relevante para implantar una mayor protección a pesar de concurrir la voluntariedad del individuo. Se trata de conducta que pone en riesgo la invasión en la esfera de la intimidad por parte de terceras personas.

Se ha demostrado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que la regulación anterior se hallaba lejos de aplicar la normativa de la que disponían y proteger a su vez este bien jurídico.

¹⁷ COLAS TUREGANO, Asunción. (2015). Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Nº1. Valencia: Tirant Lo Blanch.

7. BIBLIOGRAFIA

ALTOZANO, Manuel. La 'ciberintimidad' de Olvido Hormigos. EL PAIS. Visto en:

ARNAIZ VIDELLA, Javier. El *sexting* en el código penal español. Editorial Wolters Kluwer. Diario La Ley N° 8995. Sección Tribuna. 2017

COLAS TUREGANO, Asunción.(2015).Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. N°1. Valencia: Tirant Lo Blanch.

FAJARDO CALDERA, M^a ISABEL; GORDILLO HERNÁNDEZ, MARTA; REGALADO CUENCA, ANA BELÉN. International Journal of Developmental and Educational Psychology. INFAD Revista de Psicología, N°1-Vol.1, 2013. ISSN: 0214-9877. pp:521-534

LLORIA GARCÍA, Paz. Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «*sexting*». 2014. N° 1. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html. 2013

PUYOL MONTERO, Javier. El *sexting*: un fenómeno de nuestro tiempo. Sepin. 2017

8. LEGISLACION

Código Penal de 1848.

Código Penal de 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

9. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 15 de junio de 2014.