



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO PROYECTADA A TRAVÉS DE LAS
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN: EL
DELITO CONTRA LA INTIMIDAD DEL ARTÍCULO 197.7 DEL
CÓDIGO PENAL**

Alumna: Carmen López Iglesias

Tutora: María Marta González Tascón

RESUMEN

Antaño la violencia contra las mujeres fue una cuestión socialmente normalizada, lo que ha propiciado una evolución legislativa concienciada en reconocer y proteger los derechos de las personas de manera igualitaria independientemente de su sexo. No obstante, la implantación en la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha supuesto la aparición de nuevas conductas delictivas que afectan, en su gran mayoría, al derecho a la intimidad de las mujeres, por lo que se tipificaron en España nuevos delitos que no contaban con un encaje legal hasta entonces, como es el caso del delito contra la intimidad regulado en el artículo 197.7 CP. El objetivo de este trabajo radica en el estudio del citado delito desde su contemplación como una forma de violencia contra la mujer. Esta forma de violencia digital recae sobre las mujeres por parte quienes son o han sido sus parejas o han compartido con ellas una relación de análoga efectividad.

Palabras clave: Tecnologías de la Información y la Comunicación; violencia contra las mujeres; violencia de género; sexting.

ABSTRACT

Since ancient times, violence against women is an issue that has always kept in mind, which has admit of a legislative evolution led of recognizing and protecting the rights of people in an equal manner, regardless of their sex. However, the implementation of new Information and Communication Technologies in society has led to the emergence of new criminal behaviors that affect, largely, to women's privacy rights; reason for which were established new crimes in Spain that did not have a legal framework until then, as in the case of the crime against privacy of article 197.7 of the penal code. The aim of this project lies in the study of the aforementioned crime from its contemplation as a form of violence against women. This form of digital violence falls on women by those who are or have been their partners or have shared a similarly effective relationship with them.

Keywords: Information and Communication Technology; violence against woman; gender women; sexting.

ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AGE	Administración General del Estado
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
APC	Asociación para el Progreso de las Comunicaciones
Art	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CEDAW	Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Woman
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CSW	Commision Status of Woman
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EIGE	Instituto Europeo de Igualdad de Género
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
INE	Instituto Nacional de Estadística
LO	Ley Orgánica
LOPDGDD	Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales
LOVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
NN.UU	Naciones Unidas
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIOM	Planes de Igualdad de Oportunidades de las Mujeres
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

ÍNDICE

Resumen	2
Abreviaturas	3
1. Introducción	5
2. Evolución conceptual y legislativa del tratamiento de la violencia de género	7
2.1. Protección jurídica a nivel internacional y europeo.....	7
2.2. Protección jurídica en el estado español	14
3. La influencia de las TIC en la dinámica delictiva	18
3.1. La violencia de género digital	22
4. Análisis jurídico del delito contra la intimidad del artículo 197.7 del Código Penal.....	24
4.1. Origen y evolución del delito de referencia en el ordenamiento jurídico español	27
4.2. El bien jurídico protegido	30
4.3. Análisis del tipo objetivo del delito	34
4.3.1. Sujetos intervinientes y objeto material del delito	34
4.3.2. Acción típica	38
4.4. Análisis del tipo subjetivo del delito.....	44
4.5. Aplicación del delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP en la violencia de género: análisis del tipo agravado cuando el sujeto activo es cónyuge de la víctima, pareja o ha mantenido con ella un relación afectiva	46
5. Conclusiones.....	50
Bibliografía.....	53

1. INTRODUCCIÓN

El siglo XX ha supuesto un antes y un después en el entendimiento de la violencia contra las mujeres, ya que por primera vez comienza a verse como un problema real, notorio y grave el maltrato ejercido hacia las mujeres en una sociedad donde la superioridad del hombre siempre ha estado patente. Ello propicia la creación de numerosos instrumentos nacionales e internacionales de lucha contra la violencia, entre los que destaca la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres (1993) por ser pionera en proporcionar una definición explícita de este fenómeno social, entendiendo por tal *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.*

Dicha conceptualización se ha ido desarrollando hasta la época actual como consecuencia del progreso de la sociedad, lo que hizo necesaria la introducción en ella de diferentes factores como, por ejemplo, la proliferación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC). Estas son concebidas como el conjunto de elementos informáticos que permiten a las personas el almacenamiento, distribución y comunicación de información por vía de medios tecnológicos y que suponen una ágil expansión de la información compartida en apenas unos segundos¹.

Pero no todo son ventajas porque esta revolución tecnológica ha abierto una puerta para la ejecución de determinadas acciones que actualmente cuentan con una alta repercusión social. En este marco se encasillan conductas que desde un punto de vista estricto no conllevan una violencia física como tal, pero que simbólicamente se entienden como violencia por las graves consecuencias que acarrearán, sobre todo psicológicas². De hecho, en el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal (en adelante, CP), el legislador atisba la necesidad de otorgar una mayor protección a las mujeres en la lucha contra la violencia machista,

¹ FASCENDINI, F y FIALOVÁ, K.: *Voces desde espacios digitales: violencia contra las mujeres relacionada con la tecnología*. Informe de Síntesis de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, 2014, p. 2.

² GARCÍA MAGNA, D.: “Nuevos conceptos de violencia: el delito de sexting como parte de otras conductas delictivas”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Nº 5, 2019, p.4.

incluyendo en el citado cuerpo legal conductas adaptadas a las nuevas realidades sociales que pueden llegar a configurarse como delito.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el fenómeno que socialmente se conoce como *sexting*, consistente en el intercambio de imágenes, vídeos y otros contenidos con terceras personas, normalmente de carácter íntimo o sexual. Por sí mismo, el referido fenómeno social no comporta una conducta delictiva porque dicho intercambio no vulnera ningún bien jurídico, ya que estas acciones de *sexteo* se producen en un contexto de confianza donde los sujetos envían y reciben libremente este contenido. Sin embargo, este fenómeno adquirirá relevancia penal cuando las imágenes objeto de la práctica de *sexting* se difunden, revelan o ceden a terceros sin consentimiento de su protagonista, incurriendo así en un delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP que analizaremos a lo largo del presente trabajo.

Esta conducta delictiva, por su literalidad, contempla como posibles víctimas tanto a hombres como a mujeres en su modalidad básica y en el tipo agravado³. Sin embargo, los datos estadísticos hablan por sí solos ya que aproximadamente el 90% de las víctimas de los delitos relacionados con la venganza pornográfica son mujeres⁴ y según algunos informes publicados a nivel europeo⁵ esta violencia machista está estrechamente relacionada con las relaciones de pareja donde los perpetradores del delito utilizan las nuevas tecnologías como actos de abuso en las relaciones íntimas⁶. Así, dejan a la mujer en una posición de vulnerabilidad por las consecuencias que dichas acciones pueden acarrear en un futuro, como daños psicológicos o emocionales (relacionados con la depresión, estrés y el miedo ante determinadas situaciones) que en el peor de los casos pueden derivar en el suicidio de la víctima como ya ha sucedido en algún caso.

³ Tras un estudio de la doctrina hemos comprobado que este tipo agravado del art. 197.7 CP se identifica con la expresión “porno de venganza o venganza pornográfica”, término que se utiliza normalmente en aquellos casos en los que la víctima y el perpetrador del delito comparten o han compartido una relación íntima.

⁴ Instituto Europeo de Igualdad de Género: La ciberviolencia contra mujeres y niñas, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2017, p. 5.

⁵ FASCENDINI, F y FIALOVÁ, K.: *Voces desde espacios digitales: violencia contra las mujeres relacionada con la tecnología*. Ob. Cit. p.2.

⁶ CANET BENAVENT, E.: “La violencia de género a través de las TIC: percepciones y posicionamiento del alumnado de trabajo social de la Universidad de València”. En Uceda I Maza, F.J. (dir.), *El futuro de los servicios sociales en el contexto de cambio*, Ed. Universidad de Valencia, 2015, p.1.

Con todo ello, la finalidad de este trabajo consiste en efectuar un estudio del delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP bajo una perspectiva de género analizando tanto las opiniones doctrinales como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y de las Audiencias Provinciales (en adelante, AP). Mediante este estudio se analizarán los aspectos más relevantes de la figura delictiva como el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos, el objeto material, la acción típica y el tipo agravado en lo referente a la relación afectiva que vincula a la víctima con su agresor.

Para ello, estudiaremos asimismo la evolución de la legislación más importante en materia de violencia de género, igualdad y nuevas tecnologías, desarrollando con ellas estas nociones hasta su concepción en la actualidad.

2. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y LEGISLATIVA DEL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Durante décadas, la violencia de género siempre ha sido un fenómeno invisible a partir del cual se producían las manifestaciones más obvias de subordinación y desigualdad de la mujer respecto al hombre, pues antaño los hombres ejercían un gran poder sobre sus mujeres. El hallazgo de la existencia de esta situación conllevará a que poco a poco las leyes vayan actualizándose para salvaguardar los derechos y libertades de las mujeres, aunque estos avances legislativos no se producen hasta mediados del siglo XX.

2.1. PROTECCIÓN JURÍDICA A NIVEL INTERNACIONAL Y EUROPEO

En el ámbito de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), el inicio de la protección de los derechos de las mujeres comienza en 1946 con la creación de la Comisión Jurídica y Social de la Mujer (también conocida como CSW⁷) cuyo cometido fundamental, en un principio, era la realización de informes y dictámenes a través de los cuales pretendían alcanzar un ejercicio pleno, por parte de las mujeres, de todos

⁷ *Commission Status of Woman.*

aquellos derechos humanos que les habían sido reconocidos. Este ejercicio se extendería a todos los ámbitos de la vida social, educativa, económica y política de la mujer.

En 1948, la Asamblea General de la ONU proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸ (en adelante, DUDH) que establece los derechos que deben protegerse a nivel internacional y que corresponden a todos los seres humanos en condiciones de igualdad. A estos efectos, el artículo 2 DUDH reconoce que *toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Así vemos cómo reconoce una igualdad derechos para cualquier persona (sea esta hombre o mujer) y esto supone un gran paso en el desarrollo de las libertades de la mujer que, hasta entonces, se veían mermadas.

Años más tarde, en 1967, la Asamblea General de la ONU aprueba la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer que supone el reconocimiento de ciertos patrones discriminatorios hacia la mujer y, además, sirvió como base para la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁹ (también conocida como CEDAW¹⁰). Esta es ciertamente novedosa, pues es el primer instrumento internacional que nos introduce en el concepto de discriminación contra la mujer al disponer en su artículo 1 que *la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos*

⁸ Resolución 217 A (III) proclamada en París el 10 de diciembre de 1948. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Última consulta: 15/11/2022].

⁹ Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, de la Asamblea General de la ONU. Esta Declaración ya contempla como indigna, en su art. 1, la discriminación a las personas en función de su sexo, concretamente a las mujeres, al rezar este que *La discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana*. Estas manifestaciones dieron lugar a la adopción de medidas tendentes a la abolición de toda aquella normativa o costumbre discriminatoria contra las mujeres y a la creación vías que garantizaran una igualdad efectiva entre hombres y mujeres sin discriminaciones por razón de sexo. El texto de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TraInt/Derechos%20Humanos/INST%2017.pdf> [Última consulta: 15/11/2022].

¹⁰ *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*. Fue aprobada por la Asamblea General de las NN.UU el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor como Tratado Internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Este instrumento legislativo es vinculante para todos los Estados parte del mismo, de manera que estos se obligan a la adopción de las medidas necesarias para fomentar la inclusión de la mujeres en la vida política y pública del país, entre otros aspectos, garantizando condiciones de igualdad para uno y otro sexo.

En la misma línea se pronunció posteriormente en 1980 la II Conferencia Mundial sobre la Mujer¹¹. Su principal objetivo consistió en lidiar contra dicha desigualdad para poder alcanzar la integración de las mujeres en la sociedad, no solo a nivel jurídico sino también propiciando un desarrollo de responsabilidad afectiva en el ejercicio de actividades cotidianas (como el acceso a la posibilidad de obtención de un empleo, a unos servicios de salud y a la educación). Es decir, esta conferencia pretendía la integración de la mujer en esferas políticas, económicas, sociales y culturales, entre otras. Además de esto, bajo la rúbrica *la mujer maltratada y la violencia en la familia*, incorpora una resolución donde reconoce que el maltrato ejercido sobre una mujer, en cualquiera de sus formas, supone un problema grave de la sociedad¹². Ello dará lugar a una petición conjunta hacia todas las organizaciones pertenecientes al sistema de la ONU y hacia los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) con varios fines: por un lado, adoptar medidas tendentes a la protección de aquellas mujeres que sean víctimas de algún tipo violencia y; por otro lado, poner marcha los mecanismos necesarios para prevenir y evitar estas situaciones de violencia en un futuro.

En 1993, la Asamblea General de la ONU adopta la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer que reconoce expresamente que *la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades*¹³. Asimismo, nos proporciona una definición de violencia contra la mujer en su artículo 1, definiéndola como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o*

¹¹ Informe de la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, desarrollo y paz, celebrada en Copenhague en julio de 1980. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N80/211/46/PDF/N8021146.pdf?OpenElement> [Última consulta: 15/11/2022].

¹² Resolución número 5 del Informe de la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas, *Ob. Cit.* p. 82 [Última consulta: 15/11/2022].

¹³ Resolución n° 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Texto disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac921e2.html> [Última consulta: 15/11/2022].

sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Esta definición no se limita a contemplar la violencia física exclusivamente, si no que amplía su ámbito a otros tipos de violencia como la sexual o la psicológica¹⁴. El citado instrumento es, por tanto, el primero que se ocupa expresamente de la violencia contra la mujer y que recoge un listado de derechos que le son reconocidos a esta, los cuales deberán protegerse para lograr así una equiparación efectiva entre hombres y mujeres.

Un hecho importante en materia de violencia de género lo marcó la IV Conferencia Mundial sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, ya que abrió una puerta en la lucha contra la igualdad al introducir por primera vez el concepto de género, pues anteriormente a esta fecha siempre se había habado de “violencia contra la mujer”¹⁵. Uno de sus principales objetivos radica en la eliminación de cualquier tipo de violencia contra las mujeres, para lo que instan a los Estados a poner en marcha los mecanismos necesarios para la consecución de este objetivo común y necesario. Tras la celebración de la citada Conferencia fue aprobada por unanimidad lo que se conoce como Declaración y Plataforma de Acción de Beijing donde el foco de la preocupación social se centró en doce objetivos estratégicos y medidas básicas que requerían acciones inmediatas por parte de los gobiernos para permitir así el avance de la mujer en la sociedad¹⁶. De esta manera, se reconoce que la violencia de género es uno de los principales problemas que impiden a la mujer desarrollarse y ejercer libremente sus derechos, llegando a calificarse por la Organización Mundial de la Salud (en adelante,

¹⁴ A estos efectos el art. 2 de esta Declaración sigue diciendo que *se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.*

¹⁵ La citada conferencia fue celebrada en Beijing (China) en 1995. Texto disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [Última consulta: 15/11/2022].

¹⁶ Estos objetivos estratégicos eran: 1) La mujer y la pobreza; 2) Educación y capacitación de la mujer; 3) La mujer y la salud; 4) La violencia contra la mujer; 5) La mujer y los conflictos armados; 6) La mujer y la economía; 7) La mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones; 8) Mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer; 9) Los derechos humanos de la mujer; 10) La mujer y los medios de difusión; 11) La mujer y el medio ambiente y; 12) La niña.

OMS) como un problema de salud pública de alta relevancia y con graves consecuencias para la salud¹⁷.

Ya en 2012 surge en Nueva York el manual de legislación sobre la violencia contra la mujer que recoge los instrumentos legislativos, tanto a nivel internacional como regional, en materia de violencia contra la mujer así como estrategias de supervisión, evaluación, prevención y protección de los Estados frente a posibles acciones discriminatoria y las formas de aplicación de las mismas¹⁸. Además de esto, se contemplan a la vez otras medidas importantes como la posibilidad de otorgar una ayuda financiera a la superviviente o las formas de protección para la mujer frente a cualquier tipo de violencia.

En el ámbito del Consejo de Europa surge en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como CEDH y así lo denominaremos en adelante). Considerando la DUDH, el citado Convenio tiene como finalidad principal la toma de medidas que aseguren la garantía de los derechos enunciados en la referida Declaración y, aunque no es un instrumento dedicado específicamente a la protección de la violencia contra la mujer, sí reconoce la igualdad en el derecho a contraer matrimonio y una prohibición de discriminación por razón de sexo¹⁹.

Finalmente, el Consejo de Europa adopta el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, suscrito en Estambul en el año 2011. Este reconoce en su Preámbulo que *la violencia contra las mujeres está*

¹⁷ Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Informe mundial sobre la violencia y la salud, 2002. Texto disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher/WHO/54aa900a4,0.html> [Última consulta: 15/11/2022].

ALVARADO RIGORES, M.: “La violencia de género, un problema de salud pública”, *Interacción y Perspectiva: Revista de Trabajo Social*, Nº 2, 2012, p. 119.

¹⁸ Es promovido por ONU mujeres, una organización dentro de las NN.UU dedicada específicamente a la lucha contra la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y el empoderamiento de estas últimas, cooperando estrechamente con los gobiernos para crear leyes y políticas efectivas que implementen estos objetivos. Texto disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/igualdad-de-opportunidades/onumanuallegislation_tcm30-428123.pdf [Última consulta: 15/11/2022].

¹⁹ Art. 12 CEDH (Derecho a contraer matrimonio): *A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.*

Art. 14 CEDH (Prohibición de discriminación): *El goce de derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

basada en el género y les afecta de una manera desproporcionada, consecuencia de lo cual la mujer se encuentra en una posición de subordinación respecto de los hombres²⁰.

Ya en el ámbito europeo, uno de los instrumentos originarios de esta legislación lo encontramos en el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) que resalta que la UE se construye sobre la base de unos valores que pasan por el respeto de los derechos humanos inherentes a las personas y tendentes al respeto, a la no discriminación y, cómo no, a la igualdad entre las personas independientemente de su sexo, derechos sobre los que deberá fomentarse la justicia y la protección a nivel social.

Encontramos, por otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta) que se presenta como un instrumento moderno que protege los derechos y libertades de las personas adaptándolos a las evoluciones que esta va sufriendo. Este instrumento de protección general contiene un Capítulo específico dedicado a la igualdad en el que se consagra concretamente un derecho de igualdad entre mujeres y hombres en su artículo 23, según el cual *la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) en su artículo 8 establece que *“en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”*²¹.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las acciones de la UE en materia de violencia de género estaban generalmente justificadas en tanto sus objetivos generales contribuían al desarrollo y la promoción de la igualdad y la no discriminación por motivos de género. El nuevo marco legislativo recogido en el Tratado de Lisboa

²⁰ Esta desproporción se refleja en el art. 2 del Convenio de Estambul: *“El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”*.

²¹ El Tratado recibe este nombre referido tras la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa que modificó el Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

proporciona una nueva base jurídica para el desarrollo de actuaciones en materia de violencia de género en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia de la UE²².

Asimismo, en lo que al derecho derivado se refiere, es menester destacar:

- Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres²³.

- Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

- Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección²⁴.

- Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Es un instrumento que adquiere una gran importancia, pues delimita tres conceptos esenciales: por un lado, define lo que debemos considerar como “violencia de género” (considerando nº 17); por otro lado, lo que se considera “violencia familiar” (considerando nº 18) y; finalmente, se refiere al concepto “víctima” (art. 2)²⁵.

²² Ministerio de Igualdad, Delegación el Gobierno contra la Igualdad. Texto consultado en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/unionEuropea/normativa/home.htm> [Última consulta: 15/11/2022].

²³ Resolución 2010/2209 (INI) que contempla una amplitud de puntos cuestiones relativas a la violencia contra las mujeres que *abarca toda clase de violaciones de los derechos humanos, como abuso sexual, violación, violencia doméstica, agresión sexual y acoso, prostitución, trata de mujeres y niñas, violación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, violencia contra las mujeres en el entorno laboral, violencia contra las mujeres en situaciones de conflicto, violencia contra las mujeres en las prisiones o instituciones de asistencia, y diversas prácticas tradicionales nocivas; considerando que cualquiera de estos abusos puede dejar profundas secuelas psicológicas, dañar el estado general de salud de las mujeres y las niñas, incluida su salud reproductiva y sexual y, en algunos casos, provocar la muerte.*

²⁴ Esta Directiva solo contempla medidas en materia penal, lo que propiciará el desarrollo posterior de un Reglamento de la protección de las víctimas en materia civil.

²⁵ Considerando nº 17: *La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género [...].*

Considerando nº 18: *Cuando la violencia se comete en una relación personal, la comete una persona que es o ha sido cónyuge o compañera de la víctima, o bien otro familiar de la víctima, tanto si el infractor comparte, o ha compartido, el mismo hogar con la víctima, o no. Dicha violencia puede consistir en*

- Reglamento (UE) 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

2.2. PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL ESTADO ESPAÑOL

En lo que a violencia de género se refiere tenemos un amplio marco normativo que se ha ido modificando a lo largo de los años como consecuencia de las numerosas reformas legislativas en este ámbito. Por ello vamos a centrarnos esencialmente en las normas más importantes para la materia estudiada en este trabajo.

Como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico es menester mencionar en primer lugar la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) que propugna como uno de los valores fundamentales del estado español la igualdad de las personas²⁶. Este principio debe ser priorizado por los poderes públicos pues estos quedan obligados a *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas* (art. 9 CE). Todos estos valores se consagran a través del artículo 14 CE que recoge como derecho fundamental el derecho a la igualdad disponiendo que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Enlazando este tenor literal con la prohibición de violencia, el artículo 15 del mismo cuerpo legal reza que *todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*. La redacción de los preceptos citados abarca tanto a hombres como a mujeres sin hacer distinción entre sexos y sin contemplar la violencia de género como una cuestión específica tal y como la concebimos hoy en día.

violencia física, sexual, psicológica o económica, y puede causar lesiones corporales, daños psíquicos o emocionales, o perjuicios económicos [...].

Art. 2 de la Directiva: *Con arreglo a la presente Directiva se entenderá por:*
a) «víctima», i) *la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal;*
ii) *los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.*

²⁶ Art. 1.1 CE: *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

Amparada en las mencionadas previsiones constitucionales, en 1988 la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE), a través de la Instrucción 3/1988, de 1 de junio, ya contempla un apartado específico dedicado exclusivamente a las *lesiones y los malos tratos a mujeres*²⁷. En él reconoce la violencia contra las mujeres como un problema social que requiere una atención específica por parte de organismos e instituciones públicas, debiendo potenciarse la persecución de este tipo de delitos con el fin de erradicarlos ya que los tratos de violencia y las lesiones que estos producen, en ocasiones, no son denunciadas por las víctimas normalmente por la falta de pruebas.

Paralelamente a esto, el Instituto de la Mujer marca el inicio de un largo camino de progreso por parte de los poderes públicos en la lucha por la defensa de los derechos de las mujeres y la protección de víctimas de la violencia machista²⁸. La actividad de este organismo se ha desarrollado mediante la configuración de Planes de Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (en adelante, PIOM) encaminados a la eliminación de toda distinción entre las personas por razón de su sexo, evitando así las situaciones de discriminación que antaño sufrían las mujeres. Estos PIOM supusieron la creación de un marco referencial que exigía planes de seguimiento contra este fenómeno social enfocados en varios objetivos: 1) conocer el nivel de ejecución de las gestiones recogidas en los citados planes; 2) conocer las actividades llevadas a cabo por las instituciones de la Administración General del Estado (en adelante AGE) para llevar a cabo su cumplimiento y; 3) implantar políticas activas con el fin de erradicar la violencia machista²⁹.

El siguiente avance en materia de violencia de género fue la entrada en vigor de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, también conocida como Ley Orgánica de Violencia de Género y así nos referiremos a ella en adelante bajo las siglas LOVG. Esta norma ya nos presenta en nuestro ordenamiento jurídico una definición de la violencia de género a través de su artículo 1 definiéndola como aquella *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre*

²⁷ FGE: Instrucción 3/1988, de 1 de junio, sobre la persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales.

²⁸ El Instituto de la Mujer se crea por medio de la Ley 16/1983, de 24 de octubre, como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Cultura con el fin de fomentar la igualdad de condiciones entre ambos sexos y la integración de la mujer en la vida social, cultural, política y económica (art. 2).

²⁹ Instituto de la Mujer (IMs): <https://www.inmujeres.gob.es/elInstituto/PlanesEstrategicos/home.htm>. [Última consulta: 01/12/2022].

éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Dicha ley se configura, por tanto, como una norma esencial en la lucha de la violencia contra la mujer que permitió garantizar una respuesta exhaustiva cuando este fenómeno se producía en el ámbito de una relación afectiva, regulando para ello aspectos preventivos y educativos en las normas civiles y procesales³⁰.

El segundo instrumento normativo en la lucha contra la violencia de género en España lo encontramos en la LO 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Al igual que hacía el anterior cuerpo legal, afronta un tratamiento íntegro contra la violencia machista y tiene como finalidad fundamental la equiparación de los derechos de hombres y mujeres y la integración de estas últimas en esferas políticas, civiles, sociales, culturales, etc. Además de lo expuesto, la citada ley toma como criterio primordial de actuación de los poderes públicos: 1) en primer lugar, la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género y; 2) en segundo lugar, la adopción de medidas de acción positiva para mujeres pertenecientes a colectivos de especial vulnerabilidad, como las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género.

También nos parece importante destacar la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/2015, de 23 de noviembre, del Código Penal. Teniendo presente el *sexting* como fenómeno social, esta norma va a dar relevancia penal a un tipo de conducta relacionada con el mismo para luchar contra determinados vacíos legales que hasta la fecha se venían produciendo como consecuencia de la redacción del precepto. Para ello, el legislador introduce como nueva modalidad delictiva la difusión no consentida de las imágenes o grabaciones obtenidas con la anuencia de la víctima, estableciendo cuatro elementos básicos que integrarán la conducta delictiva: 1) la acción típica consiste en difundir, revelar y ceder imágenes o cualquier material de contenido íntimo sin autorización de la persona afectada; 2) dicho contenido debe afectar gravemente la intimidad personal del afectado; 3) los contenidos difundidos los ha obtenido el autor con la anuencia de la persona afectada y; 4) el contenido debe ser captado en un domicilio o en cualquier lugar donde exista una

³⁰ Instituto de la Juventud, *La violencia de género en los jóvenes: Una visión general de la violencia de género aplicada a los jóvenes en España*, 2019, p. 79.

previsión de intimidad. Es cierto que por la literalidad del nuevo artículo 197.7 CP, donde se tipifica el delito de referencia, este no se presenta como un delito que luche exclusivamente contra la violencia machista pero las numerosas sentencias que se pronuncian al respecto marcan un claro componente de género en la conducta delictiva, por lo que socialmente puede entenderse como tal. Además, esta ley modifica el artículo 22.4 CP para encuadrar en el catálogo de agravantes la discriminación por motivos de género³¹. Este nuevo motivo discriminatorio provocó un intenso debate jurídico sobre la aplicación de esta circunstancia en relación con el agravante de parentesco del artículo 23 CP, debate sobre el que se ha pronunciado la jurisprudencia y que ha sentenciado la compatibilidad de ambos agravantes al tener estos fundamentos distintos (por todas, STS 565/2018, de 19 de noviembre, FJ 8º)³².

Finalmente, y de manera muy reciente, ha entrado en vigor la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (más conocida como Ley “solo sí es sí” y así la denominaremos en adelante). Su objetivo primordial es la protección del derecho a la libertad sexual y la erradicación de cualquier tipo de violencia sexual, para lo cual apuesta por la adopción de políticas efectivas *que garanticen la sensibilización, prevención, detención y la sanción de las violencias sexuales*. Esta ley también ha supuesto un cambio importante en la conducta delictiva analizada en el presente trabajo ya que modificó el artículo 197.7 CP para considerar sujeto activo no solo a quien difunda por primera vez las imágenes obtenidas con la anuencia de la víctima, sino también a todas aquellas personas que participen en la difusión de dicho contenido, pero esta es una cuestión que abordaremos más adelante junto con el análisis del delito.

³¹ Esta introducción se realiza mediante al apartado 14 del artículo único de la LO 1/2015 que redacta el art. 22.4 CP en los siguientes términos: *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*

³² Expone a estos efectos la sentencia que *es compatible la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.*

Con todo esto, esta última redacción del precepto operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, es la que utilizaremos para el análisis de esta figura delictiva bajo una perspectiva de género. Señala en concreto el artículo 197.7 CP:

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.

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

En los supuestos de los párrafos anteriores, 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.

3. LA INFLUENCIA DE LAS TIC EN LA DINÁMICA DELICTIVA

Actualmente las TIC son un elemento ubicuo en la gran mayoría de las acciones que llevamos a cabo a lo largo del día. De hecho, es una circunstancia evidente que la mayor parte de la población usa estos tipos de comunicación durante gran parte del día a través de actos cotidianos como hablar por teléfono, enviar mensajes, consultar el correo electrónico y, sobre todo, mediante la utilización de multitud de redes sociales, las cuales cada vez adquieren más fuerza como medio de interacción social, no solo entre jóvenes sino también entre adultos, pues actualmente son una vía de comunicación habitual entre amigos, familia, parejas, etc.

Estas nuevas tecnologías son definidas por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) como el *conjunto de las industrias manufactureras, comerciales y de servicios cuya actividad principal está vinculada con el desarrollo, producción, comercialización y uso intensivo de las tecnologías de la información y las*

*comunicaciones*³³. Añadido a esto, Martínez Sánchez entiende por nueva tecnología cualquier medio de comunicación que se implante en la sociedad como consecuencia de los progresos tecnológicos y el avance del conocimiento humano³⁴.

No cabe duda de que estas nuevas tecnologías han supuesto grandes ventajas en el desarrollo de la sociedad porque nos permiten acceder de manera muy rápida a cualquier contenido con tan solo un *click*, facilitando de esta manera el aprendizaje por vía de nuevos medios no tan tradicionales como podrían ser los libros de texto que nosotros usábamos en la escuela.

Sin embargo, al tratarse de un concepto tan sumamente amplio, son muchos los medios a través de los cuales puede cometerse un delito. Por ello, el surgimiento de estas nuevas vías de interacción también conlleva altos riesgos estrechamente relacionados con el envío de información que afecta a la intimidad y esfera privada de las personas porque cada vez con más frecuencia son un medio habitual de comisión de ciertas conductas ilícitas. En ocasiones, están favorecidas por la identificación dificultosa de los sujetos que comenten este tipo de actos, pues normalmente se enmascaran detrás de un perfil anónimo que les da “la valentía” para cometer ciertos actos que a cara descubierta probablemente no harían³⁵.

La legislación española ha tenido un gran avance al incorporar como delitos ciertas conductas que implican un alto componente tecnológico, como es el caso algunas asociadas al fenómeno del *sexting*. Así adapta delitos clásicos a las nuevas realidades sociales, cada vez más digitalizadas con el avance de las TIC, y propicia con ello la introducción de nuevos conceptos como la violencia de género digital, que estudiaremos en el siguiente apartado. La necesidad de desarrollo social con la implantación de las TIC trae consigo un amplio marco legislativo en torno al mundo digital por lo que se nos hace necesario, junto con la normativa ya expuesta, hacer una pequeña referencia a determinadas leyes de obligada mención en el presente trabajo que

³³ INE: Disponible en: <https://www.ine.es/DEFine/es/concepto.htm?c=5099&op=30081&p=1&n=20> [Última consulta: 13/04/2023].

³⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, F.: “La enseñanza ante los nuevos canales de información” en Tejedor, F. J. Y García Valcárcel, A. (Eds.), *Perspectivas de las nuevas tecnologías en la educación*, Ed. Narcea, Madrid, p. 112.

³⁵ SÁNCHEZ BENÍTEZ, C.: “Sobre la difusión no consentida de las prácticas de “sexting” y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código Penal)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Nº 51, 2019, p.5.

giran en torno a la protección tanto de datos personales como de la intimidad y están estrechamente relacionadas con las conductas realizadas por vía de soportes digitales.

A nivel estatal se han aprobado las siguientes normas de interés:

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD). Esta ley adapta en nuestro ordenamiento jurídico el Reglamento Europeo de Protección de Datos, por lo que contempla los derechos y responsabilidades otorgados a los ciudadanos en materia de protección de datos así como los procedimientos y sanciones para los casos de difusión de datos no consentida por su titular.

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Como su propia denominación indica su principal objetivo pasa por la protección de los derechos garantizados en el artículo 18 CE.

A nivel europeo advertimos igualmente instrumentos de especial relevancia en el tema analizado.

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Este instrumento legislativo también es conocido con el nombre de Reglamento general de protección de datos y contempla los derechos y responsabilidades otorgados a los ciudadanos en materia de protección de datos así como los procedimientos y sanciones para los casos de difusión de datos no consentida por el titular de los mismos.

- Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. Propone la creación de un marco jurídico que permita una distinción entre los datos personales con respecto a aquellos que no revisten este carácter con el fin de crear un marco legislativo que regule la circulación de datos no personales en la UE.

- Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación. Este instrumento se presenta como un soporte de certificación de los niveles de ciberseguridad en los servicios tecnológicos utilizados en la UE.

Por su parte, el Consejo de Europa aprobó el Convenio sobre ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 21 de noviembre de 2001. Tiene como principal objetivo lidiar contra determinados actos que suponen un peligro para la integridad de las personas y que afectan de manera directa a los datos personales, tipificando como delito dichas conductas con el fin de facilitar su detención para garantizar el respeto a los derechos humanos.

Partiendo de esta base la ciberdelincuencia puede ser concebida como *toda actividad delictiva que se lleva a cabo a través de internet*³⁶ siendo las redes sociales la vía más habitual para la comisión de determinados delitos, entendidas estas como *todo servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, [...], de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos*³⁷.

Se incluyen, por tanto, en dicho concepto aplicaciones de mensajería instantánea como whatsapp o Messenger (entre otras) que, como ya apuntamos, favorecen la comisión de conductas delictivas asociadas al fenómeno del *sexting*, entre otras. Ya hemos expuesto que estas conductas suelen producirse en el entorno de una relación íntima donde las mujeres suelen ser las víctimas, de manera que se proyectan sobre la base de un claro componente de género, dando lugar de esta manera a lo que conocemos como violencia de género digital.

³⁶ Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/ciberdelincuencia> [Última consulta: 25/04/2023].

³⁷ Diccionario Panhispánico del español jurídico 2023. Real Academia Española (RAE), disponible en <https://dpej.rae.es/lema/red-social> [Última consulta: 25/04/2023].

3.1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL

Si bien es cierto que no existe una definición oficial de este novedoso concepto, sí podemos realizar una aproximación conceptual a través de las definiciones que han desarrollado diversos organismos oficiales en nuestro país.

Así, el Instituto Europeo de Igualdad de Género (en adelante, EIGE)³⁸ y la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género se refieren a ella como toda violencia que se ejerce mediante medios tecnológicos como redes sociales o internet³⁹. Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en su Protocolo de actuación para la detección e intervención con víctimas de violencia de género digital ha definido este concepto como *toda agresión psicológica repetida en el tiempo que realiza una persona a través de las nuevas tecnologías contra su pareja o ex pareja con la única finalidad de discriminación, dominación y intromisión sin consentimiento a la privacidad de la víctima*. La violencia de género digital es, por tanto, una manifestación indiscriminada en tanto el agresor pretender ejercer un daño sin medir las consecuencias de sus actos y vulnera los derechos y libertades de la víctima, apartándola de su entorno más cercano y que le hace vivir situaciones que la aíslan de la sociedad y son difíciles de sobrellevar⁴⁰.

Así las cosas, uno de los bienes jurídicos más afectados con el desarrollo de las TIC es la intimidad por la viralidad a la hora de compartir informaciones que afectan a nuestra esfera privada y que, en principio, deberían quedar reducidas a un número pequeño de personas. En este marco se sitúan conductas delictivas relacionadas con el fenómeno *sexting*, como el delito estudiado en este trabajo, que conciben la violencia en sentido amplio, encuadrando en este concepto cualquier acción susceptible de causar un daño a un sujeto (incluyendo los posibles daños psicológicos). De esta manera, aunque no suponga una violencia física estrictamente entendida, son susceptibles de

³⁸ Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE): *La ciberdelincuencia contra mujeres y niñas*, Ob. Cit. p.1. Texto disponible en: https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/ti_pubpdf_mh0417543esn_pdfweb_20171026164000.pdf [Última consulta: 25/04/2023].

³⁹ Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/comoDetectarla/VG_Digital/home.htm [Última consulta: 25/04/2023].

⁴⁰ AEPD: Protocolo de actuación para la detección e intervención con víctimas de violencia de género digital, p.15. Texto disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/protocolo-viol-gen-digital-la-rioja.pdf> [Última consulta: 30/04/2023].

considerarlos como tal por el ámbito en el que se producen y el colectivo sobre el que se proyectan⁴¹.

Eso se concibe así porque las víctimas de los de los delitos relacionados con el envío no consentido de imágenes son en la mayor parte de los casos mujeres que viven o han vivido una relación sentimental o afectiva con la persona que ha difundido dichas imágenes que, generalmente, son remitidas con la intención de atacar gravemente la reputación de esa mujer, lo que comúnmente se denomina “porno vengativo”. Como ya se ha indicado previamente, el Instituto Europeo de Igualdad de Género ha señalado que el 90% de las víctimas de la venganza pornográfica son mujeres (y los perpetradores del delito personas que comparten o han compartido con ellas una relación afectiva), por lo estamos ante un delito con un alto componente de género.

Las características habituales de la violencia de género digital pueden obtenerse partiendo de los conceptos que nos ofrece la LOVG en concordancia con el Convenio de Estambul. Son las que a continuación procedemos a exponer:

1. Los efectos de la violencia de género no se ciñen únicamente al ámbito de las relaciones sentimentales, sino que sus efectos se extienden a todo acto atentatorio contra las mujeres que afecte a estas de manera desproporcionada, incluyendo en los daños ocasionados con las conductas delictivas aquellos de de naturaleza física, sexual, psicológica o económica.
2. Se contempla el género como motivo de discriminación cuando se cometa un delito contra una mujer solo por pertenecer al género femenino.
3. El sujeto activo del delito cometido por vía de un medio digital será siempre un hombre que sea o haya sido cónyuge de la víctima o que estén o hayan estado unidos por una relación de análoga efectividad.
4. El sujeto pasivo será siempre la mujer que haya tenido una relación con el sujeto activo, incluyendo además como víctimas indirectas a los familiares o allegados menores de edad.
5. Los medios utilizados para la comisión del delito serán siempre soportes tecnológicos integrando en el mismo medios como teléfonos, foros, redes sociales, etc.

⁴¹ GARCÍA MAGNA, D.: “Nuevos conceptos de violencia: el delito de sexting como parte de otras conductas delictivas”, *Ob. Cit.* pp. 3-4.

Una vez analizado el concepto de violencia de género y de nuevas tecnologías, así como su legislación, nos adentramos ahora en el estudio del delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP con objeto de hacer un análisis del tipo delictivo para relacionarlo, posteriormente, con la perspectiva de género en su tipo agravado.

4. ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CÓDIGO PENAL

Previamente a efectuar el análisis del precepto de referencia debemos partir de la distinción entre dos prácticas vinculadas entre sí: 1) el *sexting* como fenómeno social entendido este como la remisión voluntaria de contenido íntimo a través de imágenes, texto o grabaciones (conocido también como *sexting* primario y es una conducta no tipificada penalmente) y; 2) la difusión o envío de dichas imágenes sin el consentimiento de su titular, incurriendo así en un delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP (conocido también como *sexting* secundario).

El primero de ellos, como decimos, se configura como un fenómeno social que por su etimología deriva de la unión de dos términos de procedencia anglosajona: *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes de texto)⁴². Dicho intercambio de mensajes puede producirse por vía de cualquier medio susceptible de llevar a cabo esta práctica como redes sociales, e-mail o incluso aplicaciones “para ligar”. De hecho, la mayor parte de estas acciones, y así se recoge en multitud de sentencias, se producen a través de Whatsapp, al ser esta plataforma un método cotidiano para la propagación rápida de cualquier tipo de imagen.

La diversidad de definiciones en torno a este fenómeno nos proporciona dos versiones sobre el entendimiento de dicho concepto. Una parte de la doctrina se decanta por ofrecer una definición en sentido estricto mientras que la otra nos proporciona una definición más amplia y su diferencia principal radica en el soporte del contenido producido y ulteriormente enviado.

⁴² MENDO ESTRELLA, A.: “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al *sexting* entre adultos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 18, 2016, p.3.
PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del *sexting* ajeno como violencia de género”, *Ob. Cit.* p.5.
VALENZUELA GARCÍA, N.: “El delito de *sexting* frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica”, *Ob. Cit.* p.5.

Atendiendo a una definición más estricta la profesora García Magna declara que el *sexting* primario consiste en el envío a terceras personas de fotografías o grabaciones de contenido íntimo, excluyendo de su definición mensajes de texto que no se acompañen de contenido visual o audiovisual⁴³. Por su parte, la mayoría de la doctrina es partidaria de otorgar una definición amplia a este fenómeno y Guardiola Salmerón, Martínez Otero o Soriano Ruiz lo definen como toda acción consistente en la producción y posterior envío de mensajes de contenido íntimo, utilizando para ello cualquier medio de comunicación. De esta manera, este segundo sector doctrinal van un paso más allá e integra en dicha conceptualización cualquier contenido intercambiado entre dos personas que tenga un carácter íntimo, incluyendo textos, vídeos, fotografías y audios⁴⁴.

En relación a ello, hay autores que exponen que cuando el contenido enviado (fotografía o vídeo) se acompaña de un texto, el núcleo principal para entender que se ha producido una práctica de *sexting* radica en la propia imagen y no en el contenido del propio texto⁴⁵. Entre tanto, otros autores optan por incluir bajo la práctica del *sexting* primario cualquier comunicación de componente sexual que se realice mediante un medio tecnológico aunque el contenido enviado no lleve adjuntado un archivo en formato visual o audiovisual. Este sería el caso, por ejemplo, del *sexting* que practicado por vía de correo electrónico.

En las sentencias de los tribunales también se utiliza el término *sexting* y se ofrece un significado al mismo. Así, la SAP de Granada 351/2014, de 5 de junio (FJ 1º), entre otras, 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*

⁴³ GARCÍA MAGNA, D.: “Nuevos conceptos de violencia: el delito de sexting como parte de otras conductas delictivas”, *Ob. Cit.*, p.3.

PÉREZ SAN-JOSÉ, P. *et al.*: *Guía sobre adolescencia y Sexting: qué es y cómo prevenirlo*, Instituto Nacional de Tecnologías de la comunicación (INTECO): Pantallas amigas, Madrid, 2011, p.4.

⁴⁴ GUARDIOLA SALMERÓN, M.: “Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Nº 8, 2016, p.63.

MARTINEZ OTERO, J.M.: “La difusión del sexting sin el consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Derecom*, Nº 12, 2013, p.3.

SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Nº 4, 2019, pp. 5-6.

⁴⁵ ARIAS V.: “La mujer y el sexting: el cuerpo y la mirada en las nuevas prácticas de exhibición sexual”, *Revista Especializada en Periodismo y Comunicación*, Nº 19, 2018, pp. 1-16.

desarrolla de manera libre. Vemos, por tanto, que se decanta por incluir esta práctica social bajo una definición estricta, al no incluir materiales exclusivamente escritos.

Junto con las anteriores manifestaciones no podemos obviar que las prácticas de *sexting* se han ido fomentando en los últimos años como consecuencia de la proliferación de las TIC, de manera que las nuevas tecnologías son un componente esencial e indispensable en la realización de este tipo de prácticas sociales.

Aunando todas estas consideraciones previas pueden extraerse cuatro elementos esenciales característicos del de *sexting* primario: 1) voluntariedad en la producción del contenido; 2) utilización de medios o dispositivos tecnológicos que faciliten la captación de imágenes; 3) el carácter erótico de los contenidos y; 4) la naturaleza privada de las imágenes o vídeos captados⁴⁶.

En definitiva, todas las prácticas de intercambio de contenido íntimo se engloban socialmente bajo el concepto de *sexting* primario. Por sí mismo, este fenómeno no plantea problemas legales porque no vulnera ningún bien jurídico, ya que estamos ante una emisión voluntaria de contenido entre dos personas que comparten esta información libremente.

Como comentamos al inicio del epígrafe, el interés penal que suscita dicha práctica lo encontramos en lo que hemos denominado como *sexting* secundario, consistente en la difusión, envío o divulgación de las imágenes o grabaciones, generalmente de carácter íntimo, sin la anuencia del titular de las mismas, vulnerando así la intimidad de la víctima. A mayor abundamiento, Muñoz Conde contempla esta conducta delictiva como la obtención de imágenes o vídeos con el consentimiento del sujeto pasivo pero sin que medie autorización para una divulgación posterior de las imágenes en cuestión⁴⁷.

Estas acciones se introdujeron como modalidad delictiva en el artículo 197.7 CP tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, evolución que estudiaremos en el siguiente epígrafe.

⁴⁶ VALENZUELA GARCÍA, N.: “El delito de *sexting* frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica”, *Ob. Cit.* p.7.

PÉREZ DÍAZ, R.: “El fenómeno *sexting* entre menores”, *Diario la Ley*, Nº 9039, 2017 pp. 2-3.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial*, 23ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 279.

4.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE REFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El Código Penal es un instrumento que ha evolucionado a lo largo del tiempo y a través de numerosas reformas, siendo la LO 1/2015, de 30 de marzo, la que introdujo un nuevo delito, el del artículo 197.7 CP, con el objetivo de solucionar *los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas*⁴⁸ que afectaban al derecho a la intimidad y ofrecer una respuesta a aquellos hechos *en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad*⁴⁹.

Apuntamos esto porque antes de 2015, para poder castigar una difusión no consentida, era requisito necesario que las imágenes, vídeos o archivos hubieran sido obtenidos sin la anuencia de la víctima (tanto en la captación de las mismas como en su posterior divulgación). De esta manera podría decirse que el consentimiento o no en la obtención del objeto material del delito jugaba un papel fundamental a la hora de valorar una posible conducta antijurídica⁵⁰. En palabras de Pérez Conchillo, *stricto sensu se requería (antes de 2015) la obtención ilícita para considerar vulnerado el art. 197.1 CP, que parte de la “no autorización” de la persona afectada, o a mayores el art. 197.4 CP, que implica la comisión del tipo básico del art. 197.1 o 2 CP, más el plus que conlleva la posterior difusión ilícita, pues lleva aparejado un mayor grado de afección y lesividad en el bien jurídico*⁵¹.

Partiendo de esto, si una persona de manera voluntaria enviaba imágenes o vídeos íntimos a su pareja y esta, ulteriormente, las cedía a terceras personas, dicha

⁴⁸ SÁNCHEZ BENÍTEZ, C.: “Sobre la difusión no consentida de las prácticas de “sexting” y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código Penal)”, *Ob. Cit.*, p. 10.

⁴⁹ Preámbulo XIII de la LO 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la LO 1/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

⁵⁰ Anteriormente a la reforma, los hechos se analizaban a tenor de 1 y 4 del art. 197 CP. El apartado primero tenía como finalidad castigar la adquisición sin consentimiento del material íntimo de la persona, mientras que el apartado cuarto se centraba en el castigo de la difusión de las imágenes previamente obtenidas si consentimiento del sujeto pasivo: *1. El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otros sin su consentimiento, se apodere de usa papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otras señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses.*

4. 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 número anteriores.

Junto con esto, el apartado 6 del mismo precepto legal imponía la pena en su mitad superior si los datos revelados afectaban a la vida sexual de la víctima del delito.

⁵¹ PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del sexting ajeno como violencia de género”, *Ob. Cit.*, p.6.

conducta no sería susceptible de penalidad dejando así desprotegida a la víctima porque esta situación no contaba con un encaje legal específico ya que, como expusimos, el legislador solo consideraba típica esta conducta ante una obtención ilícita del objeto material del delito.

A modo de ejemplo de la relevancia del consentimiento para considerar que se había producido un delito contra la intimidad podemos citar, entre otras, la SAP de Lleida 90/2004, de 25 de febrero (FJ 1º). Tal y como esta dispone, *conforme al principio de legalidad establecido en el art. 9.3 de la C.E. y el art. 1 del Código penal es necesario que el ataque contra la intimidad quede subsumido en alguna de las conductas típicas descritas en la ley penal*. En el caso concreto expuso la Audiencia que *no concurre el requisito típico de la falta de consentimiento del sujeto pasivo, ya que la querellante accedió a ser grabada en una cinta de vídeo mientras mantenían las relaciones íntimas con el acusado [...]*. *Lo que no consintió la querellante es que se difundiera a terceros la cinta con la grabación de sus imágenes, pero tal falta de consentimiento respecto de la difusión de las imágenes tampoco puede fundamentar la aplicación del subtipo penal previsto en el art. 197.3º del Código penal porque para la aplicación de dicho subtipo agravado [...] 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*⁵².

Esta falta de tipicidad quedó patente en España con el resonado caso de la política Olvido Hormigos, el cual marcó un punto de inflexión en la legislación española y propició la puesta en marcha de la reforma del CP con el objetivo de tipificar como antijurídica la difusión no consentida de imágenes o vídeos, independientemente de que estos se obtuviesen con o sin el consentimiento de la víctima. Todo ello motivado en que *las nuevas tecnologías obligan a una revisión del contenido del bien jurídico intimidad ampliándolo al derecho a controlar los datos íntimos. Incriminando el atentado a la misma en una fase posterior de ataque al bien jurídico* (enmienda número 678, de redacción, a la tipificación del art. 197.7 CP).

Tras esto, se hace efectiva la reforma del CP español, que incorpora en su Título X los “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del

⁵² Otros ejemplos de la relevancia del consentimiento los encontramos en las siguientes sentencias: SAP Granada 351/2014, de 5 de junio; SAP de Cádiz 75/2005, de 22 de abril.

domicilio”, contemplando en su Capítulo I los delitos relativos al “descubrimiento y revelación de secretos”. Es en el citado capítulo donde se encuadra específicamente el delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP tipificado para hacer frente a las conductas delictivas relacionadas con las prácticas de *sexting*. Principalmente se introdujo con el objetivo de evitar las prácticas de *sexting* secundario entre menores de edad. Sin embargo, la mayoría de estos delitos contra la intimidad se producen entre adultos, normalmente entre personas que tienen o han tenido una relación⁵³. De hecho, la mayor parte de las sentencias consultadas para la realización de este trabajo se producen entre personas que ya han adquirido la mayoría de edad.

Con ello, el artículo 197.7 CP introducido mediante la referida LO sanciona pues la difusión no consentida de imágenes o grabaciones obtenidas con la anuencia del protagonista bajo los siguientes términos: *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.* Además de lo expuesto, también recoge un tipo agravado con el objetivo de sancionar el presente delito cuando este se cometa, en lo que a nosotros nos interesa para nuestro estudio, por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad.

Ya hemos expuesto que el uso de las TIC en la sociedad actual ha supuesto un cambio en las formas de relacionarse. Así las cosas, en el año 2022 el legislador atisba la necesidad de modificar la redacción del artículo 197.7 CP para evitar que queden impunes determinadas conductas que no encontraban un encaje legal específico⁵⁴. Esta reciente reforma del referido precepto se efectúa por vía de la ley “solo sí es sí” y permite sancionar a toda persona que difunda, ceda o revele imágenes ajenas sin consentimiento.

⁵³ PÉREZ SAN-JOSÉ, P.: *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, Ob. Cit., p.7.

⁵⁴ En este sentido vemos como la redacción inicial del precepto requiere que la persona que difunda, revele o ceda las imágenes o grabaciones debe haber obtenido dichos archivos con la anuencia de la víctima. Se planteaban problemas entonces en relación con los terceros que reenvían dichas imágenes porque, si nos atenemos a la literalidad del precepto, ellos no las habían obtenido con el consentimiento de la víctima. De esta manera existían vacíos legales que dejaban impunes estos reenvíos.

Expone el artículo 197.7 CP: *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.*

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

En los supuestos de los párrafos anteriores, 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.

Hechas estas consideraciones previas, nos adentramos ahora en el análisis jurídico del delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP, con particular atención a su manifestación como violencia de género, utilizando para ello la redacción expuesta en los párrafos anteriores. Este análisis recoge el estudio del bien jurídico protegido, el tipo objetivo y subjetivo de esta modalidad delictiva y su tipo agravado desde una perspectiva de género.

4.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Ya hemos apuntado que el delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP se encuadra en el Título X del CP bajo los “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio”: más concretamente dentro de la rúbrica “descubrimiento y revelación de secretos”. Considerando que la inviolabilidad del domicilio no se vería afectada por este delito en concreto, cabría concluir a partir de la rúbrica legal que el bien jurídico protegido es la intimidad esencialmente y así se corrobora a partir de la tipicidad.

El concepto de intimidad ha sido variante a lo largo del tiempo como consecuencia de su amplio contenido y de su evolución hasta la actualidad. Este derecho fundamental lo encontramos consagrado en el artículo 18.1 CE y se presenta como un

derecho personalísimo que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º)⁵⁵. Es definido teniendo en cuenta los usos sociales y el ámbito de esfera privada que cada persona mantenga consigo misma o con su familia (art. 2.1 LO 1/1982, de 5 mayo). Así, el magistrado Jiménez Segado expone que *la intimidad se concibe como el derecho de todo individuo a mantener un espacio de privacidad protegido frente a la injerencia de los demás, excepto en los casos en que la intromisión esté legalmente autorizada o en que el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso*⁵⁶.

En cuanto al concepto de intimidad como bien jurídico protegido, las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre (FJ 5º) y 70/2009, de 23 de marzo (FJ 2º) le otorgan una doble vertiente: por un lado, una vertiente positiva por cuanto dicho derecho garantiza la protección de la esfera íntima y de la dignidad de cada persona y; por otro lado, una vertiente negativa porque impide que terceras personas puedan inmiscuirse en determinados aspectos de nuestra vida privada. Así las cosas, expone el TC en las sentencias referidas que la vertiente positiva del *derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE [...] implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás*. En cuanto a su vertiente negativa prosigue el TC exponiendo que *el artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros [...] el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada*.

Esta doble vertiente que nos ofrece el TC es la que ha caracterizado al derecho a la intimidad desde su configuración. Inicialmente, la interpretación más tradicional de la intimidad se relacionaba con un concepto más restrictivo, pues el TC optaba por considerar este derecho como una figura de aislamiento en tanto no permitía la injerencia de terceras personas en la vida privada del titular del derecho. Se configuraba así como el derecho de toda persona a estar aislado o a quedarse solo en un entorno de

⁵⁵ Delegación del TC en España: Tutela de la vida privada .realidades y perspectivas constitucionales, seminario de Estudios de los TC de Italia, Portugal y España, 2006, p. 6.

⁵⁶ JIMÉNEZ SEGADO, C.: “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 917, 2016, p.3.

intimidad. Sin embargo, el propio Tribunal ha dejado atrás esta visión del derecho a la intimidad y pasa a contemplarlo desde una perspectiva más amplia. De esta manera, hoy en día el TC identifica el derecho a la intimidad con la facultad de su titular para decidir qué informaciones sobre su vida privada pueden ser susceptibles de compartirse públicamente. Este concepto más amplio permitirá decidir a su titular cómo, cuándo y en qué medida se comparte con terceros información que afecte a su esfera personal (SAP de Asturias 96/2015 de 27 de febrero, FJ 2º).

Recordamos a estos efectos como el TC a través de su sentencia 134/1999, de 15 de julio, amplía ya el concepto de intimidad y comienza a relacionarlo el derecho a la intimidad con la facultad del sujeto para decidir qué informaciones sobre su persona pueden ser objeto de un ámbito público.

Desde el punto de vista de la doctrina en relación con la conducta delictiva, esta es unánime al incluir la intimidad como bien jurídico protegido. Sin embargo, una pequeña parte de la doctrina es proclive a considerar que también debe tutelarse bajo la protección del bien jurídico el derecho a la propia imagen y el derecho al honor de la víctima.

A estos efectos, para una mayoría de la doctrina el bien jurídico protegido se reduce exclusivamente a la intimidad porque el propio artículo 197.7 CP así lo establece al referirse a ello bajo la expresión *cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la víctima*. Añadido a lo expuesto, este sector doctrinal considera además que no valdría cualquier intromisión en la intimidad para entender vulnerado el bien jurídico protegido, sino que las imágenes o grabaciones difundidas deben atentar contra “el núcleo duro de la intimidad” de la persona titular de las mismas. Apuntan que este hecho habrá de ser valorado en cada caso concreto, pues englobar en el bien jurídico cualquier tipo de intromisión supondría una vulneración del principio de intervención mínima⁵⁷.

Para la minoría de la doctrina, la vulneración de la intimidad no ofrece discrepancias, pues este concepto integra tanto la dimensión física y corporal como la dimensión psicológica o sentimental. Así las cosas, la difusión de contenido que afecte a cualquiera de estas dimensiones supone una injerencia en el derecho a la intimidad de la

⁵⁷ VALENZUELA GARCÍA, N.: “El delito de *sexting* frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica”, *Ob. Cit.*, p.8.

persona afectada. Este sector doctrinal, además, es proclive a entender que la intimidad como bien jurídico protegido abarca otros dos conceptos: la propia imagen y el derecho al honor. Para ellos el derecho a la propia imagen permite a la persona un control sobre sus rasgos físicos, por tanto, es el titular de este derecho quien tiene la potestad de decidir las situaciones en las que su imagen puede ser utilizada y esta facultad de control se encuentra inmersa en el derecho a la intimidad⁵⁸. Por su parte, el derecho al honor otorga a su titular el derecho a no ser vejado o escarnecido públicamente y no cabe duda que estas conductas humillantes afectan a la intimidad de la persona en tanto repercuten sobre su reputación y autoestima⁵⁹.

A nuestro parecer, si bien es cierto que la intimidad supone el núcleo duro de protección del bien jurídico consideramos que este también abarca otras esferas como el derecho a la propia imagen y, consecuentemente, el derecho al honor de la persona afectada por la difusión de las imágenes objeto del delito. Todo ello porque la remisión sin aquiescencia del protagonista de determinados aspectos reservados a su vida privada sobrepasan claramente la esfera de la intimidad, dañando así el honor de la persona y sobre todo su imagen. Lo consideramos así porque los contenidos expuestos en esas imágenes o grabaciones llevan aparejados, en la mayoría de los casos, tratos vejatorios y humillantes para la víctima en relación al contenido que se ha expuesto sin su anuencia. Tratos, por otro lado, que no debería de tener que soportar. Eso, por no hablar de las posteriores expresiones denigrantes cuando la víctima de este tipo de delitos es una mujer, hecho que se produce en la práctica totalidad de los supuestos y que propician habladurías populares que dañan aún más la imagen y el honor de la víctima. Además de esto nos parece que no debe olvidarse que las imágenes o vídeos expuestos son considerados datos personales y están amparados por la LOPDGDD, de manera que el derecho a la protección de datos quedaría a nuestro parecer igualmente integrado bajo la tutela de este bien jurídico.

⁵⁸ Así lo ha señalado también el TC en varias de sus sentencias, por todas, STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2º.

⁵⁹ MARTINEZ OTERO, J.M.: “La difusión del sexting sin el consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Ob. Cit.*, p.4.
SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Ob. Cit.*, p.8.

4.3. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO

4.3.1. SUJETOS INTERVINIENTES Y OBJETO MATERIAL DEL DELITO

En primer lugar, se nos hace necesario delimitar los sujetos intervinientes en el hecho que fundamentalmente serán dos: por un lado, el sujeto activo y, por otro, el sujeto pasivo.

El sujeto pasivo no plantea mayor discusión doctrinal, pues será siempre el titular del bien jurídico que se ha lesionado con la comisión del delito. Dicho de otra manera, el sujeto pasivo será la víctima del hecho delictivo, en este caso, la persona que envía voluntariamente una imagen o vídeo o ha dado su consentimiento para su obtención, pero no para su difusión posterior.

Por otro lado, sujeto activo será siempre aquella persona que lleve a cabo la acción típica, es decir, lo que comúnmente conocemos como persona que comete un delito y, en este caso, lo sería el individuo que difunde, revela o cede sin el consentimiento de la víctima cualquier imagen, vídeo o archivo obtenido con el consentimiento de aquella. Tal y como contempla la FGE nos encontramos ante un delito especial propio, de manera que *incurre en responsabilidad únicamente quien, habiendo obtenido con anuencia de la víctima la imagen o grabación, inicia la cadena de difusión consciente de que carece de autorización para ello del propio afectado y por tanto de que su conducta lesiona la intimidad de la víctima*⁶⁰. En igual sentido se pronuncian multitud de sentencias, aunque como exponremos en párrafos posteriores estas afirmaciones, a día de hoy, ya no pueden entenderse como tal debido a la modificación del precepto realizada por la ley “solo sí es sí”.

Antes de exponer este matiz hemos de decir que en torno a la conceptualización del sujeto activo hallamos opiniones contrarias por parte de la doctrina. La teoría mayoritaria, defendida entre otros por Pérez Conchillo y Olivares García, comparte la opinión de la FGE y entiende que se trata de un delito de propia mano, por lo que solo es posible considerar como sujeto activo a la persona que recibe las imágenes de manera voluntaria por parte del sujeto pasivo (o las graba él mismo con el consentimiento de la

⁶⁰ FGE: Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, p. 7.

víctima) y las difunde posteriormente sin el consentimiento de esa persona⁶¹. Por tanto, excluyen de la consideración de sujeto activo a aquellas terceras personas que reciben las imágenes por parte del sujeto activo y más tarde las difunden. Realizan esta exclusión al entender que esos terceros no han obtenido las imágenes o grabaciones con el consentimiento de la víctima tal y como requiere el precepto legal. En este aspecto hay autores que consideran a estas personas como cooperadores necesarios, cómplices o coautores por cuanto también vulneran el derecho a la intimidad de la víctima⁶².

Por el contrario, encontramos también teorías minoritarias que entienden que el artículo 197.7 CP castiga en sí la difusión, revelación o cesión, de manera que sujeto activo debería serlo tanto la persona que inicia la cadena como la que posteriormente reenvía las imágenes a otras personas ajenas a la relación íntima en la que las imágenes o grabaciones fueron captadas⁶³.

Con todo esto, el principal problema práctico que se planteaba radicaba en determinar qué ocurría con aquellas personas que difundían un archivo sin haber participado en la grabación o captación de la imagen y sin haberlas obtenido directamente de la víctima. Si atendemos a la literalidad de los vocablos que integran el tipo, parece claro que la conducta de este tercero se encuentra en la descripción típica porque difunde el objeto material. Sin embargo, si se opta por calificar esta conducta como un delito de propia mano (como ha hecho la FGE y otros autores), no sería posible apreciar como sujeto activo a este tercero y la conducta quedaría impune. Aunque, como expusimos hay autores que consideran a estas personas como cooperadores necesarios porque colaboran en el menoscabo de la intimidad de la víctima con la viralización de las imágenes o grabaciones.

⁶¹ PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del sexting ajeno como violencia de género”, *Ob. Cit.*, p.79.
OLIVARES GARCÍA, M.T.: “¿Es delito compartir imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido sexual a través de redes sociales? A propósito del delito de Sexting y el art. 197.7 CP”, *A definitivas.com*, 2017. Texto disponible en: <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/es-delito-compartir-imagenes-o-grabaciones-audiovisuales-de-contenido-sexual-a-traves-de-redes-sociales-a-proposito-del-delito-de-sexting-y-el-art-197-7-cp-a-cargo-de-maria-teresa-olivares-gar/>. [Última consulta: 26/05/2023].

⁶² SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Ob. Cit.*, p.6.

VALENZUELA GARCÍA, N.: “El delito de *sexting* frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica”, *Ob. Cit.*, p.11.

⁶³ MAGRO SERVET, V.: “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, Ponencias de la formación continuada en la Fiscalía General del Estado, 2015, pp. 1-21. Texto disponible en: <https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/LOS-DELITOS-DE-SEXTING-197.7-Y-STALKING-172-ter-EN-LA-REFORMA.pdf>. [Última consulta: 26/05/2023].

En 2022, esta contraposición doctrinal queda a nuestro juicio solventada con la entrada en vigor en España de la ley “solo sí es sí” que ha propiciado la reforma del artículo 197.7 CP introduciendo un nuevo párrafo que pena *a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada*⁶⁴. Esta redacción permite considerar como sujeto activo a cualquier persona que difunda el objeto material del delito sin consentimiento de la víctima, independientemente de que lo hayan obtenido directamente de esta o de que una tercera persona se lo haya remitido. De esta manera, el foco de atención del hecho delictivo se centra exclusivamente en la acción típica (difundir, revelar o ceder) y no en el modo de obtención del objeto material del delito. No obstante, la pena anunciada por el legislador para los casos de reenvío es menor al prever exclusivamente una pena de multa.

La introducción en el artículo 197.7 CP de un apartado segundo que permita establecer una pena para toda persona que haga una remisión no consentida de imágenes nos parece muy acertada. Hemos visto como el núcleo de protección de la conducta delictiva analizada recae esencialmente sobre la intimidad de la víctima y esta no queda afectada únicamente con el primer envío realizado sino también con las posteriores difusiones al servir estas como vía para una propagación masiva. Así ocurrió, por ejemplo, con el caso de trabajadora de IVECO que terminó quitándose la vida ante la viralización de unas imágenes de contenido sexual.

Por su parte, el objeto material del delito recae esencialmente en las “imágenes o grabaciones audiovisuales” que posteriormente son difundidas. En este sentido Lloria García diferencia una doble vertiente en torno al objeto material: la primera, referida a los soportes susceptibles de incluirse en el tipo penal y, la segunda, referida a la naturaleza íntima de la imagen (este punto lo estudiaremos en el siguiente apartado)⁶⁵.

Sobre la base de la primera vertiente, la autora referida se aparta de la literalidad del precepto y entiende que no puede limitarse la difusión no consentida exclusivamente a la imagen por cuanto existen también otros soportes (véase grabaciones de audio o

⁶⁴ La introducción de este nuevo párrafo se produce mediante la Disposición Final cuarta, apartado diecisiete, de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

⁶⁵ LLORIA GARCÍA, P.: “La difusión tecnológica de imágenes íntimas sin consentimiento como manifestación de violencia de género”. En Fernández Teruelo, J.G. (dir.) y Fernández-Rivera González, P. (dir.), *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2022, p. 196.

textos escritos) susceptibles de desarrollarse en un ámbito privado y que pueden dañar la intimidad de la persona afectada en la misma medida que lo hace una imagen⁶⁶. Esta es la vertiente que comparte la FGE al concebir por imágenes o grabaciones audiovisuales *tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo*⁶⁷.

En contraposición a estas afirmaciones hallamos otros autores que son más restrictivos y que se acogen rigurosamente al tenor literal del precepto. Este sector doctrinal entiende que solo son susceptibles de integrarse en la conducta típica contenidos visuales (imágenes) y audiovisuales, excluyendo así del objeto material otros soportes como audios que no estén acompañados por una imagen o textos escritos que describan una relación amorosa⁶⁸.

En esta cuestión resoluciones como la SAP de Barcelona 95/2018, de 23 de febrero (FJ 4º) establecen que la exigencia típica recae sobre imágenes o grabaciones audiovisuales, de manera que *el objeto lo son, en consecuencia, imágenes de aquella estén acompañadas o no de sonido (con lo que se excluyen las grabaciones de audio o meramente acústicas)*. Aunque encontramos también otras sentencias que se apartan de este criterio e integran en el tipo cualquier soporte que sea susceptible de vulnerar la intimidad de la persona afectada, ya sea mediante imágenes o audios que comprometan la esfera privada de dicha persona (por todas, SAP de Madrid 515/2018, de 19 de julio, FJ 5º).

En nuestra opinión parece lógico que debería integrarse en el objeto material cualquier tipo de comunicación que atente contra la intimidad de la víctima. Decimos esto porque si bien es cierto que una imagen tiene un contenido más explícito y permite una identificación inmediata de la persona que la integra, no es menos cierto que las grabaciones de voz también permiten identificar a los sujetos integrantes de las mismas. Por tanto, la lesión al bien jurídico puede producirse con independencia del soporte por el que haya tenido lugar la comunicación, de manera que debería integrarse en el tipo.

⁶⁶ LLORIA GARCÍA, P.: “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, *El derecho.com*, 2013. Texto disponible en: <https://elderecho.com/la-difusion-inconsentida-de-imagenes-intimas-sexting-en-el-proyecto-de-codigo-penal-de-2013>. [Última consulta: 27/05/2023].

⁶⁷ FGE: Circular 3/2017, de 21 de septiembre, *Ob. Cit.*, p. 6.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial, Ob. Cit.*, p. 280.

Sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 CE y 1 CP en función del cual es necesario que el ataque contra la intimidad producido se subsuma, en este caso, en la conducta típica descrita en el artículo 197.7 CP. Al hablar el precepto exclusivamente de imágenes o grabaciones audiovisuales entendemos que integrar en el tipo como objeto material un texto o un audio, supondría subsumir en el mismo un presupuesto distinto al que se regula expresamente. Por tanto, teniendo en cuenta la literalidad del artículo, solo podrían sancionarse los ataques a la intimidad de la víctima cuando estos se produzcan por medios visuales o audiovisuales.

4.3.2. ACCIÓN TÍPICA

En este apartado nos dedicaremos al estudio de la conducta típica descrita en el artículo 197.7 CP. Para su estudio dividiremos el precepto en tres apartados diferentes para su análisis individualizado.

A) En primer lugar, la acción nuclear en el delito de referencia consiste en difundir, revelar o ceder, sin consentimiento, unas imágenes o grabaciones obtenidas con la anuencia de la persona afectada.

Como se desprende del precepto, previamente a la realización de la acción típica, este delito se caracteriza por un elemento que recae sobre la necesidad de que el sujeto activo obtenga las imágenes con la anuencia de la futura víctima.

Como ha dejado claro la jurisprudencia más reciente del TS, el término “obtener” es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener, de manera que obtiene la imagen o grabación *quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima* pero también *quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas* (SSTS 70/2020, de 24 de febrero, FJ 2º y 37/2021, de 21 de enero, FJ 4º). Partiendo de estas consideraciones debe entenderse que no es necesario que el propio acusado haya captado de forma personal la imagen objeto del delito, sino que basta con que esta haya sido remitida de manera voluntaria por la víctima. De hecho, el envío voluntario por el sujeto pasivo en el entorno de una conversación íntima supone el

medio de remisión más habitual en este tipo de delitos, sobre todo en el marco de conversaciones donde ambos sujetos no se encuentran en una misma ubicación.

A estos efectos encontramos un grupo minoritario de autores partidarios de afirmar que la difusión voluntaria por parte de la propia víctima supone una falta de diligencia de la misma, ya que ha puesto en riesgo su propia intimidad de manera voluntaria. En relación con esta consideración, el TS ha afirmado que *quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo* (SSTS 70/2020 de 24 de febrero, FJ. 2º y 37/2021, de 21 de enero, FJ 4º). Por tanto, la toma de imágenes o grabaciones hecha voluntariamente por la víctima no lleva implícita una autorización para su posterior difusión.

Recordamos en este punto que cuando el sujeto activo envía a un tercero la imagen o la grabación audiovisual, se considera que dicho tercero también ha obtenido este material. Por tanto, si lo difunde ulteriormente iniciando una cadena de difusión estaría incurriendo en la conducta delictiva descrita en el apartado segundo del tipo.

Establecido esto, la acción típica en sí misma consiste en “difundir, revelar o ceder” las imágenes previamente obtenidas. Tal y como recoge la STS 70/2020, de 24 de febrero, el vocablo difundir debe entenderse como sinónimo de *extender, propagar, o divulgar a una pluralidad de personas*; mientras que las expresiones revelar o ceder *son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona*⁶⁹. Partiendo de esta base, cabe entender que aunque el vocablo “revelar” es el menos semejante a los otros dos por cuanto dicha acción no supone una propagación sino únicamente un descubrimiento o manifestación, el legislador los entiende como semejantes desde el momento en el que dicha manifestación atenta contra la intimidad de la persona titular de las imágenes. Según Olivares García estamos pues ante lo que califica como un “delito mixto alternativo”, en tanto es suficiente la realización de una de estas acciones para entender que la acción típica se ha consumado. Es decir, la tipicidad de la acción radica en la “difusión, revelación o cesión de las imágenes”, con

⁶⁹ STS 70/2020, de 24 de febrero, FJ 2º (2.1.3) y AAP de Ciudad Real 298/2021, de 7 de octubre, FJ 2º.

independencia del número de terceros que hayan tenido acceso a las mismas⁷⁰. Por ello, la misma pena se concibe para el que difunda como para el que revele las imágenes o grabaciones audiovisuales⁷¹.

Junto con los párrafos anteriores juega un papel fundamental el determinar si la víctima ha dado o no su consentimiento para la difusión, revelación o cesión de las imágenes a terceras personas. A estos efectos, la FGE dispuso en su Circular 3/2017 que *no resultará necesario acreditar una negativa expresa, sino que podrá ser bastante con la no constancia de autorización*, situación a la que se equipara la falta de conocimiento de ulteriores difusiones⁷².

Partiendo de estas consideraciones creemos que la pena impuesta debería valorarse teniendo en cuenta el caso concreto y número potencial de ulteriores conocedores de los archivos objeto de la conducta delictiva. Es evidente que difundir, revelar o ceder las imágenes o grabaciones, aunque solo sea a una persona, supone un daño a la intimidad de la víctima por la naturaleza del contenido que integran. Sin embargo, este bien jurídico se puede ver más o menos dañado en función de los conocedores del contenido de los archivos porque el menoscabo de la intimidad de la víctima se incrementa un poco más con cada difusión masiva. Lógicamente, esta viralización es un acto que solo podrá conseguirse con la participación de las personas que han recibido las imágenes y ulteriormente las reenvían por cualquier tipo de medio. Además, no debemos olvidar que cada difusión supone también un daño psicológico para la víctima y, sobre todo, para su imagen.

B) En segundo lugar, el precepto exige que las imágenes hayan sido obtenidas en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

En lo que al concepto de domicilio se refiere, la FGE afirma que este parece claro, pues ha sido objeto de una copiosa elaboración jurisprudencial que lo entiende como un concepto amplio que defiende todos los ámbitos de desarrollo de la vida

⁷⁰ OLIVARES GARCÍA, M.T.: *¿Es delito compartir imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido sexual a través de redes sociales? A propósito del delito de Sexting y el art. 197.7 CP*, A definitivas.com, 2017. Texto disponible en: <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/es-delito-compartir-imagenes-o-grabaciones-audiovisuales-de-contenido-sexual-a-traves-de-redes-sociales-a-proposito-del-delito-de-sexting-y-el-art-197-7-cp-a-cargo-de-maria-teresa-olivares-gar/>. [Última consulta: 26/05/2023].

⁷¹ En los mismos términos se ha pronunciado DÍAZ TORREJÓN, P.: “Tratamiento penal del sexting”. En: Moreno Verdejo, J. (ed.), “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 1, Madrid, 2016, p. 74.

⁷² FGE: Circular 3/2017, de 21 de septiembre, *Ob. Cit.*, p. 6.

privada de una persona. De esta manera, debe integrarse en el mismo una protección máxima de la dignidad, la intimidad de la persona y del desarrollo de la esfera privada a través de la que proyecta su “yo anímico” (por todas, STS 731/2013, de 7 de octubre, FJ 4º).

No obstante, la redacción del precepto ha provocado contraposiciones doctrinales en torno a la expresión “fuera del alcance de la mirada de terceros” por dos motivos principales: en primer lugar, porque la expresión resulta un tanto ambigua y, en segundo lugar, porque podría entenderse que si las imágenes o grabaciones son captadas en presencia de otras personas no estaríamos ante una conducta delictiva.

Partimos entonces de lo siguiente, ¿qué debemos concebir por “terceros”? Toda persona que no entre dentro del círculo de confianza en el que se crea la imagen o grabación porque no entenderlo así *conduciría a excluir aquellos supuestos – imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista* (STS 37/2021, de 21 de enero, FJ 4º), máxime en la sociedad actual donde las relaciones sentimentales no se ciñen únicamente a dos personas como tradicionalmente solía pensarse.

En cuanto a la expresión “fuera del alcance de la mirada de terceros” Martínez Otero ha calificado la redacción del precepto como “superflua y alambicada”⁷³. Entiende que sería más correcta la distinción entre lugares privados o cerrados en contraposición a los lugares “abiertos al público” para poder dotar a la conducta de una mayor seguridad jurídica, ya que estos dos conceptos sí que han sido objeto de una amplia elaboración jurisprudencial que permitiría una distinción más clara a efectos de la determinación del tipo⁷⁴.

En contraposición a esto, otra parte de la doctrina entiende que pueden integrarse dentro del tipo la captación de imágenes que, aun produciéndose en un lugar público, están fuera de la mirada de terceros (como por ejemplo un lugar apartado de un parque o de una playa). Entiende este sector doctrinal que lo importante radica en la protección efectiva del derecho a la intimidad de la persona y no el lugar en el que se han captado

⁷³ Lo califica así porque el precepto está juntando un concepto puramente jurídico, como es el domicilio, con otro extrajurídico, como es “el alcance de la mirada de terceros”.

⁷⁴ MARTINEZ OTERO, J.M.: “La difusión del sexting sin el consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Ob. Cit.*, p.10.

las imágenes⁷⁵. Así lo reconoce, entre otras, la STS 539/2007, de 18 de mayo (FJ 3º) al reconocer que *la protección del derecho a la imagen ex art. 7.5 de la LO 1/1982 se extiende a los supuestos en que se capte la fotografía en una playa o en otro lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada.*

Esta es la posición que ha adoptado también la FGE, que entiende que la expresión “fuera del alcance de la mirada de terceros” abarca todo lugar cerrado (incluidos establecimientos comerciales cerrados al público) y también aquellos lugares públicos en los que se garantice la suficiente privacidad como para entender que las imágenes o grabaciones han sido obtenidas en un estricto ámbito de intimidad⁷⁶.

Por su parte, la jurisprudencia entiende que *esta frase no añade una exigencia locativa al momento de obtención por el autor* porque lo que pretende es reforzar el valor de la intimidad, aunque reconoce que la redacción del precepto no es acertada en tanto oscurece la comprensión de los términos que se emplean en su formulación. Todo ello porque si nos atenemos a una interpretación literal *imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad* (STS 699/2022, de 11 de julio, FJ 4º). Por ello, la expresión “fuera del alcance de la mirada de terceros” incluye toda localización en la que la víctima posee un poder de exclusión frente a la intervención de terceros ajenos a la relación íntima que se esté manteniendo en ese momento.

A nuestro juicio el precepto parte de una incorrecta formulación, ya que da a entender que cualquier imagen captada en un domicilio es susceptible de integrarse en la conducta típica, se haga o no en presencia de terceros; mientras que si las imágenes se toman en un lugar público donde puede haber terceros, aunque se haga en un lugar apartado bajo una estrecha intimidad, dicha conducta no sería punible. Aunque como vemos la jurisprudencia parece clara al afirmar que ambas conductas merecen la misma protección si consigue acreditarse que el contenido de las imágenes que posteriormente se difundieron se estaba llevando a cabo en un estricto ámbito de intimidad, lo que parece ciertamente lógico y tendrá que estudiarse en cada supuesto concreto.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial, Ob. Cit.*, p.280.

MAGRO SERVET, V.: “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (173 ter) en la reforma del Código Penal”, *Ob. Cit.*, p.6.

⁷⁶ FGE: Circular 3/2017, de 21 de septiembre, *Ob. Cit.* p. 6.

C) Finalmente, dispone el precepto que la divulgación de las imágenes debe menoscabar gravemente la intimidad de la persona afectada.

En relación con este último apartado del precepto entiende la doctrina que debe interpretarse teniendo en cuenta la dignidad de la persona, que constituye un aspecto invulnerable y sirve de base para el reconocimiento de otros derechos fundamentales⁷⁷.

La mayor parte de la doctrina es proclive a considerar que estamos ante un menoscabo grave la intimidad cuando la difusión de imágenes afecte al núcleo duro de la intimidad. En este sentido recuerdan que aunque el *sexting* suele tener por objeto el envío de imágenes generalmente de tipo sexual, este concepto de intimidad no puede reducirse exclusivamente a este ámbito. A estos efectos conciben que este bien jurídico pues también abarca otros aspectos como la información referida a la salud o las creencias religiosas, de manera que son susceptibles de incluirse en el tipo penal la difusión de vídeos en los que una persona se encuentra, por ejemplo, en estado de embriaguez⁷⁸.

Siguiendo esta línea, el TS ha afirmado que objeto material de este delito no recae solo sobre grabaciones o fotografías de contenido sexual, sino que *se proyecta sobre toda la manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima* (STS 70/2020, de 24 de febrero, FJ 2º). En este sentido apunta también que el hecho de que se permita la exhibición de ciertas imágenes en un contexto concreto no da pie a que puedan exhibirse posteriormente a terceros no incluidos en el ámbito de privacidad en el que se compartió la fotografía en un principio. En concordancia con esto señala la doctrina que la anuencia otorgada inicialmente para la obtención de las imágenes en una relación de pareja no supone un consentimiento genérico del que

⁷⁷ ARNAIZ VIDELLA, J.: “El sexting en el código penal español”, *Diario La Ley*, Nº 8995, 2017, pp. 1-12.

⁷⁸ MARTINEZ OTERO, J.M.: “La difusión del sexting sin el consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Ob. Cit.*, p. 11.

GARCÍA MAGNA, D.: “Nuevos conceptos de violencia: el delito de sexting como parte de otras conductas delictivas”, *Ob. Cit.*, p.11.

MAGRO SERVET, V.: “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (173 ter) en la reforma del Código Penal”, *Ob. Cit.*, p.6.

pueda servirse el sujeto activo para cometer cualquier tipo de acto que pueda dañar la intimidad del sujeto pasivo⁷⁹.

De todo ello se desprende que si la imagen o grabación que se está difundiendo no menoscaba gravemente la intimidad de la víctima, dicha conducta no sería calificada como típica, pero sí sería susceptible de sanción por vía de la LO 1/1982, de 5 de mayo, por lo que el legislador deberá valorar la circunstancias concretas que rodean cada caso para determinar las conductas concurrentes⁸⁰.

4.4. ANÁLISIS DEL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO

El tipo subjetivo en el delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP no parece plantear mayor problema para el legislador ya que prevé únicamente la comisión dolosa, es decir, intencionalidad en la acción pues la ley no contempla en este caso una posible comisión imprudente de la acción típica. Por tanto, si la difusión de las imágenes o grabaciones es consecuencia de una conducta negligente no habría responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil por vía de la LO 1/1982, de 5 de mayo⁸¹. En este delito concreto el dolo radica, como exponemos, en la intencionalidad del sujeto activo de transgredir la intimidad de la víctima al difundir, ceder o revelar unas imágenes obtenidas con consentimiento, sabiendo que no cuenta con su anuencia para su reenvío a terceros⁸².

Aunque no se haga mención expresa a ello entendemos que cualquier tipo de dolo es susceptible de envolverse dentro de la acción típica, incluyendo un dolo eventual cuando el sujeto activo contemple la posibilidad que la acción que pretende realizar conlleva un resultado que pone en riesgo la intimidad de la víctima y, aun así, asume ese riesgo en la producción de un posible resultado lesivo.

Dentro del aspecto subjetivo algunos autores apuntan la existencia de un posible error de tipo del artículo 14 CP. Este se produciría cuando el sujeto que captó las imágenes o grabaciones con consentimiento de la futura víctima, o las recibió

⁷⁹ PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del sexting ajeno como violencia de género”, *Ob. Cit.*, p. 10.

⁸⁰ SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Ob. Cit.*, pp. 7-8.

VALENZUELA GARCÍA, N.: “El delito de *sexting* frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica”, *Ob. Cit.*, p. 11.

⁸¹ DÍAZ TORREJÓN, P.: “Tratamiento penal del sexting”. En: Moreno Verdejo, J. (ed.), “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Ob. Cit.*, p.80.

⁸² PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del sexting ajeno como violencia de género”, *Ob. Cit.*, p.8.

directamente de aquella, las difunde, cede, o revela ulteriormente por error a un tercero. En este caso, nos encontramos claramente ante una conducta negligente. El problema principal, como apuntamos, es que el legislador solo prevé la comisión dolosa para el delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP en cualquiera de sus expresiones.

Por tanto, cuando el sujeto envía de manera negligente los archivos previamente obtenidos la conducta adolece de una falta de voluntariedad y conciencia, lo que se traduce en una falta de responsabilidad penal. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil de la LO 1/1982, de 5 de mayo, pues esta difusión aún siendo errónea, ha contribuido a un menoscabo de la intimidad de la víctima⁸³.

En torno a la valoración de un posible error de tipo la doctrina también estudia lo que sucede cuando es la víctima la que remite una imagen o grabación a un destinatario equivocado, por ejemplo, cuando pretende remitírselas a su pareja pero se las envía a un amigo. La mera difusión errónea no plantea problemas penales porque nos encontraríamos puramente ante una práctica de *sexting* primario. Sin embargo, lo que sí tiene relevancia es el tratamiento penal que hay que darle, siguiendo el ejemplo que apuntamos, a ese amigo que recibe las imágenes que no iban para su destino y las concatena en una cadena de difusión. En este aspecto apunta Díaz Torrejón la aplicación o no del artículo 197.7 CP pasará por valorar si el envío erróneo por parte de la víctima excluye la anuencia a la que el precepto se refiere o si, una vez enviadas dichas imágenes, se entiende que la obtención de las mismas se ha producido con consentimiento, ya que de una u otra consideración dependerá la exclusión del tipo al ser el consentimiento un elemento fundamental del precepto⁸⁴.

Nosotros entendemos que este posible error de tipo cuando la víctima envía las imágenes a un destinatario equivocado no se daría actualmente. En este aspecto es importante tener en cuenta que las opiniones doctrinales a las que nos referimos datan de fechas anteriores a la entrada en vigor de la ley “solo sí es sí”. Como hemos apuntado dicha ley introdujo un párrafo con el fin de penar las conductas referentes al reenvío de imágenes, independientemente de la manera de obtención de las mismas. Por tanto, entendemos que si se envía por error una fotografía o remite a un destinatario incorrecto y este posteriormente la difunde, revela o cede a otras personas dicha conducta sería

⁸³ DÍAZ TORREJÓN, P.: “Tratamiento penal del sexting”. *Ob. Cit.*, p.80.

⁸⁴ DÍAZ TORREJÓN, P.: “Tratamiento penal del sexting”. *Ob. Cit.*, p.80.

igualmente punible. Lo entendemos así porque ahora el foco de este segundo apartado del precepto no se encuentra en el modo de obtención de las imágenes si no en un efectivo daño a la intimidad de la víctima que se produce con el envío o difusión. En lo que a la obtención se refiere está claro que quien recibe la fotografía de la víctima la ha obtenido tal y como requiere el precepto, por lo que no hay duda que el error en el envío por parte de la víctima daría lugar igualmente a la comisión del delito si se difunde el contenido.

4.5. APLICACIÓN DEL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD DEL ARTÍCULO 197.7 CP EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ANÁLISIS DEL TIPO AGRAVADO CUANDO EL SUJETO ACTIVO ES CÓNYUGE DE LA VÍCTIMA, PAREJA O HA MANTENIDO CON ELLA UN RELACIÓN AFECTIVA

Como venimos apuntando el delito del artículo 197.7 CP está destinado a proteger en general la intimidad de todas las personas, sean hombres o mujeres. Sin embargo, el legislador divisó la necesidad de otorgar una mayor protección a determinados sujetos con una especial atención a la violencia de género. Para ello, el artículo 197.7 CP cuenta con apartado tercero destinado específicamente a penar este tipo delitos cuando se cometan en un ámbito donde la víctima y el agresor comparten o han compartido en un pasado una relación afectiva.

Este tipo agravado nace, por tanto, para responder con más fuerza a esos casos donde no se produce exclusivamente una lesión a la intimidad como bien jurídico sino también al género femenino. De ello se desprende que nos encontramos ante una figura delictiva estrechamente vinculada a la violencia de género⁸⁵. A estos efectos, el Instituto Europeo de Igualdad de Género⁸⁶ ha señalado que diversos estudios publicados a nivel europeo indican que el 90% de las víctimas de la venganza pornográfica son mujeres, porcentaje que cada vez se incrementa más. De esta manera, no hay duda de que podemos estudiar este delito bajo una perspectiva de género por la relación afectiva que comparten la víctima y el agresor. Este último puede tener almacenadas en cualquier dispositivo fotografías o vídeos íntimos del sujeto pasivo de manera que, una vez

⁸⁵ Tenemos que tener siempre en cuenta que este apartado del precepto solo es de aplicación cuando existe un vínculo que une (o ha unido) a la víctima y a su agresor, de manera que el apartado tercero no da protección a todo hombre y a toda mujer, sino a aquellos que hayan mantenido o mantengan una relación. De producirse el delito analizado entre dos personas sin vínculos afectivos, la pena que habría de imponerse en este caso sería la del tipo básico regulado en el apartado primero del artículo 197.7 CP.

⁸⁶ Instituto Europeo de Igualdad de Género: La ciberviolencia contra mujeres y niñas, *Ob. Cit.* p. 5.

finalizada la relación que es unía, difunde dicho contenido con el fin de obtener algo de la víctima, de chantajearla o de ejercer un dominio de poder sobre ella (como apuntamos anteriormente esto es lo que comúnmente conocemos como *porno de venganza*)⁸⁷.

Esta mayor afectación al género femenino se produce, además, por los roles de género tan marcados con los que contamos en la sociedad actual. Como consecuencia de ellos, la repercusión en relación con la propagación no consentida de imágenes en las que la protagonista es una mujer es muchísimo mayor pero no para bien, ya que las consecuencias según el género de la víctima son muy dispares entre sí. En lo que se refiere a datos puramente psicológicos demuestran algunos estudios que las mujeres que han sido víctimas de la difusión no consentida de imágenes suelen mostrar cuadros de ansiedad y depresión graves que se prolongan en el tiempo. Sin embargo, estos estudios no divisan los referidos síntomas en los hombres víctimas del referido delito⁸⁸.

A mayor abundamiento, desde un punto de vista social, los delitos contra la intimidad relacionados con las prácticas de *sexting* afectan también de manera diferente a la reputación de las víctimas en función de su género. Cuando la víctima del delito analizado es un hombre no tiene tanta repercusión a nivel social porque se habla poco de ello, y si algo se comenta, es para realzar su figura y reforzar su posición dominante entre el resto de hombres, sobre todo entre sus amigos. Entre tanto, cuando las prácticas de *sexting* secundario tienen como víctima a una mujer, se generan en la sociedad sentimientos de desdén hacia ella además de quedar expuesta a críticas y comentarios sociales, que no reciben las víctimas del género masculino, y que no deberían tener que soportar.

En concordancia con lo expuesto, el Observatorio contra la Violencia Domestica y de Género en su VI Congreso anual celebrado en Madrid en 2016 incluyó el delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP en su Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género, que deberá ser seguida por los tribunales competentes en esta materia con el fin de erradicar este tipo de delitos. Su introducción como nuevo tipo

⁸⁷ PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del sexting ajeno como violencia de género”, *Ob. Cit.*, p.11.

SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Ob. Cit.*, p.9.

⁸⁸ Gassó, A. M, et al.: Sexting, online sexual victimization, and psychopathology correlates by sex: depression, anxiety, and global psychopathology. *International journal of environmental research and public health*, N° 17, 2020, p.3.

delictivo se produce entonces como consecuencia de la necesidad de abarcar bajo el concepto de violencia de género determinadas conductas que, aunque en sí mismas no se cometan en el ámbito de una pareja, suponen violencia machista⁸⁹.

Este patrón al que nos referimos es algo que queda patente en todas las sentencias que se han pronunciado al respecto donde las víctimas son mayoritariamente mujeres y sus agresores parejas o ex parejas que difunden contenidos íntimos con fines de venganza⁹⁰.

Apuntábamos al inicio del epígrafe que el especial vínculo que une al sujeto activo y al pasivo ha sido regulado por el legislador a través de un tipo agravado que abarca varias conductas, aunque nosotros nos centraremos únicamente en la referente a relación afectiva entre víctima y agresor por ser la que resulta de importancia en cuestión de género. Dicha agravación la encontramos en el párrafo tercero del artículo 197.7 CP según el cual *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 [...]*. De esta manera, en los casos de violencia de género, el marco legal abstracto aplicable al infractor será una pena de prisión que oscila entre los 7 meses y 15 días a 1 año o una pena de multa de 9 meses y un día a 12 meses, resultantes de aplicar la pena la mitad superior de las penas legales abstractas previstas para el tipo básico del artículo 197.7 párrafo primero del CP⁹¹.

En lo que a la penalidad se refiere Soriano Ruiz y Magro Severet parten de una distinción entre los delitos de *stalking* y *sexting* secundario⁹². Con respecto al primero de los delitos citados, en contraposición a lo expuesto para el delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP, exponen estos autores que existen varias particularidades⁹³: 1) en primer lugar, en caso de violencia de género, la pena de multa impuesta para el delito de

⁸⁹ Así lo contemplan el Convenio de Estambul y otras disposiciones en el ámbito de la ONU que integran entre estas conductas patriarcales la obligación a mantener relaciones sexuales, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, entre otras.

⁹⁰ A modo de ejemplo: SAP de Barcelona 435/2020, de 10 de septiembre; SAP de Madrid 97/2020, de 12 de febrero; SAP de Madrid 515/2018, de 19 de julio.

⁹¹ Recodemos que el párrafo primero del artículo 197.7 CP prevé en el tipo básico una pena de prisión de 3 meses a un año o una pena de multa de 6 a 12 meses.

⁹² SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Ob. Cit.*, p.12.

MAGRO SERVET, V.: *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (173 ter) en la reforma del Código Penal*, *Ob. Cit.*, p.9.

⁹³ Cabe reseñar que el delito de *stalking* se encuentra regulado en el art. 172 ter CP y establece para este delito dos penas alternativas: por un lado, una pena de prisión de 3 meses a 2 años y; por otro lado, una pena de multa de 6 a 24 meses.

stalking queda anulada y es sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad; 2) en segundo lugar, cuando se aplica una pena de prisión en el delito de *stalking* bajo una conducta de violencia de género, no se aplica la pena base en su mitad superior, sino que para estos casos el propio precepto recoge una pena de prisión específica de 1 a 2 años cubriendo así todo el desvalor de la conducta delictiva.

Junto con esto, señalan las autoras mencionadas que cuando el delito se comete en una situación de violencia de género no es posible aplicar una pena de multa porque esta sanción económica puede utilizarse por el agresor como excusa para evadir el cumplimiento de otras obligaciones relacionadas con la ruptura conyugal, como el pago de la pensión compensatoria. Por ello, la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce el artículo 84.2 cuyo tenor literal expone que *si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, [...], el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común*. Por tanto, la pena de multa en casos de violencia de género quedaría anulada salvo que se acredite que no existe vinculación económica alguna entre el agresor y la víctima.

Aunando todas estas exposiciones, cabe concluir que los datos estadísticos marcan un claro componente de género en el delito objeto de análisis porque las mujeres sufren en mayor medida esta victimización. Dichas conductas llevan aparejada una pena mayor cuando la víctima es una mujer que esté o haya estado unida con el agresor por una relación afectiva. Todo ello se produce como consecuencia de los roles tan marcados que uno y otro género tienen en la sociedad contemporánea. Así las cosas, como hemos visto, el comportamiento del género masculino en las prácticas relacionadas con el envío no consentido de imágenes se relaciona normalmente con los tratos humillantes y discriminatorios al pretender ejercer una dominación sobre la mujer solo por el hecho de serlo, lo que implica un mayor desvalor de la acción. No olvidemos que en estos casos la actitud del hombre con estas prácticas pretende realzar su figura y desprestigiar la reputación de la víctima, normalmente mediante la utilización de expresiones vejatorias hacia ella.

5. CONCLUSIONES

A la luz del trabajo efectuado extraemos las siguientes conclusiones en relación al precepto objeto de análisis:

1. Las TIC son un elemento que sirven como medio para la realización de las prácticas asociadas al fenómeno *sexting*.

2. El *sexting* como fenómeno social no plantea problemas penales al no lesionar ningún bien jurídico, puesto que los sujetos intervinientes emiten de manera libre y voluntaria información relativa a su intimidad.

3. La relevancia penal de las prácticas referidas surge al difundir, revelar o ceder imágenes obtenidas de otra persona sin la anuencia de aquella.

4. La LO 1/2015, de 30 de marzo, reforma el CP para introducir el delito del artículo 197.7 y solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas.

5. La LO 10/2022, de 6 de septiembre, modifica posteriormente el artículo 197.7 CP para establecer una pena a toda persona que difunda, revele o ceda imágenes sin consentimiento de la víctima, independientemente de su vía de obtención.

6. La difusión del objeto material del delito supone un atentado contra varios derechos fundamentales consagrados en el artículo 18 CE. La doctrina es unánime al considerar como bien jurídico protegido la intimidad, mientras que existe otro pequeño sector que también tutela bajo la protección de dicho bien jurídico el derecho a la propia imagen y el derecho al honor. Asimismo se tutela el derecho a la protección de datos al ser las imágenes un dato de carácter personal.

7. La doctrina no es unánime respecto a los soportes susceptibles de integrarse en el objeto material del delito. Un sector doctrinal es proclive a integrar exclusivamente las imágenes o grabaciones, mientras que otro sector amplía el objeto material a otros soportes como audios o textos manuscritos. Cualquiera de estos soportes puede trasgredir la intimidad de la víctima y deberían incluirse porque el núcleo de protección recae sobre la intimidad de aquella. Sin embargo, incluir en el objeto material soportes exclusivamente auditivos o manuscritos supondría una vulneración del principio de legalidad al subsumir en el tipo una conducta no prevista.

8. Previamente a la realización de la acción típica el sujeto activo debe haber obtenido las imágenes con la anuencia de la víctima. La obtención de las imágenes se produce cuando el sujeto activo graba personalmente los archivos pero también cuando dicho contenido es remitido voluntariamente por la víctima. Además, no será necesario que exista una negativa expresa, sino que es suficiente con la no constancia de consentimiento.

9. La acción típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros (sin consentimiento) imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la persona afectada. Expone la doctrina que nos encontramos ante un delito “mixto alternativo” al ser suficiente la realización de una de estas acciones para entender que la acción típica se ha consumado. Además, la pena anunciada por el legislador es la misma para cualquier acción y parte de la doctrina considera que la pena impuesta debería variar teniendo en cuenta el daño posterior causado a la víctima y el número potencial de ulteriores conocedores del contenido íntimo de las imágenes o grabaciones.

10. La acción típica también exige que el contenido sea tomado en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Esta expresión es considerada ambigua porque parte de una incorrecta formulación. Esto es así porque la literalidad del precepto da a entender que cualquier contenido captado en un domicilio es considerado privado, mientras que si dicho contenido se obtiene en un lugar público podría no estar inmerso en la literalidad del precepto. A estos efectos, el Supremo ha concluido que el contenido será susceptible de integrarse en el tipo cuando consiga acreditarse que las imágenes o grabaciones se han tomado en un estricto ámbito de intimidad.

11. Por último la acción típica requiere que la divulgación de las imágenes menoscabe el núcleo duro de la intimidad de la persona afectada. Integra la doctrina en este aspecto no solo las imágenes o grabaciones con contenido íntimo sino también otros aspectos como la salud o las creencias religiosas.

12. La redacción actual del artículo 197.7 CP operada por la ley “solo sí es sí” permite castigar tanto el primer envío no consentido del contenido íntimo como las posteriores difusiones realizadas por terceros.

13. El tipo subjetivo del delito analizado no plantea problemas porque el legislador únicamente prevé su comisión dolosa. Apuntan algunos autores, además, la posible existencia de un error de tipo cuando el sujeto activo difunde negligentemente el objeto material. En estos supuestos existe una falta de voluntariedad y conciencia por parte de ese sujeto, lo que se traduce en una falta de responsabilidad penal.

14. El delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP se configura como un delito común que protege la intimidad de todas las personas, aunque el legislador contempló una circunstancia que dispensa mayor protección a determinados sujetos con especial atención a los supuestos de violencia de género. Esta circunstancia se da exclusivamente en aquellos supuestos en los que la víctima y el agresor compartan o hayan compartido una relación afectiva.

15. Lo que pretende ponerse de manifiesto no es solo una lesión a la intimidad de la víctima sino también al género femenino que se produce como consecuencia de los roles de género que se atribuyen a uno y otro género. Por tanto, lo importante es el mayor desvalor del hecho al conllevar un trato discriminatorio, de dominación o humillante hacia el género femenino solo por el hecho de ser mujer.

16. Respecto a la penalidad en los casos donde existe un vínculo entre ambos sujetos no es posible aplicar una pena de multa porque esta sanción económica puede utilizarse por el agresor como excusa para evadir el cumplimiento de otras obligaciones relacionadas con la ruptura conyugal, como el pago de la pensión compensatoria.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO RIGORES, M.: “La violencia de género, un problema de salud pública”, *Interacción y Perspectiva: Revista de Trabajo Social*, Nº 2, 2012, pp.117-130.

ARIAS V.: “La mujer y el sexting: el cuerpo y la mirada en las nuevas prácticas de exhibición sexual”, *Revista Especializada en Periodismo y Comunicación*, Nº 19, 2018, pp. 1-16.

ARNAIZ VIDELLA, J.: “El sexting en el código penal español”, *Diario La Ley*, Nº 8995, 2017, pp. 1-12.

BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2020, pp.174-213.

CANET BENAVENT, E.: “La violencia de género a través de las TIC: percepciones y posicionamiento del alumnado de trabajo social de la Universidad de València”. En Uceda I Maza, F.J (dir.), *El futuro de los servicios sociales en el contexto de cambio*, Ed. Universidad de Valencia, 2015, pp. 1-8.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Guía Criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, actualización de 2013, Madrid, pp. 1-190.

DELEGACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA: *Tutela de la vida privada. Realidades y perspectivas constitucionales*, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, 2006, pp. 1-36.

DÍAZ TORREJÓN, P.: “Tratamiento penal del sexting”. En: Moreno Verdejo, J. (ed.), “La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 1, 2016, pp. 71-103.

FAJARDO CALDERA, M.A *et al.*: “Sexting: nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en adolescentes”, *International Journal Developmental and Educational Psychology*, Nº 1, 2013, pp. 521-533.

FASCENDINI, F y FIALOVÁ, K.: *Voces desde espacios digitales: violencia contra las mujeres relacionada con la tecnología*. Informe de Síntesis de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, 2014, pp. 1-10. Informe disponible en: https://genderit.org/sites/default/files/apcwsp_mdg3issuepaper_2011_web_es_pdf_0.pdf.

GARCÍA MAGNA, D.: “Nuevos conceptos de violencia: el delito de sexting como parte de otras conductas delictivas”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Nº 5, 2019, pp. 1-17.

GUARDIOLA SALMERÓN, M.: “Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Nº 8, 2016, pp. 53-67.

INSTITUTO EUROPEO DE IGUALDAD DE GÉNERO: La ciberviolencia contra mujeres y niñas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2017, pp. 1-11.

JIMÉNEZ SEGADO, C.: “La novedosa respuesta penal frente al fenómeno sexting”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 917, 2016, pp. 1-5.

KRUG, E. G., *et al* (Ed.): *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Organización Mundial de la Salud, 2003, pp.1-11. Texto disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher.WHO...54aa900a4.0.html>.

LLORIA GARCÍA, P.: “La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013”, *El derecho.com*, 2013. Texto disponible en: <https://elderecho.com/la-difusion-inconsentida-de-imagenes-intimas-sexting-en-el-proyecto-de-codigo-penal-de-2013>.

“La difusión tecnológica de imágenes íntimas sin consentimiento como manifestación de violencia de género”. En Fernández Teruelo, J.G. (dir.) y Fernández-Rivera González, P. (dir.), *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 191-207.

MAGRO SERVET, V.: “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, Ponencias de la formación continuada en la Fiscalía General del Estado, 2015, pp. 1-21. Texto disponible en: <https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/LOS-DELITOS-DE-SEXTING-197.7-Y-STALKING-172-ter-EN-LA-REFORMA.pdf>.

MARTINEZ OTERO, J.M.: “La difusión del sexting sin el consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Derecom*, Nº 12, 2013, pp. 1-16.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, F.: “La enseñanza ante los nuevos canales de información”. En Tejedor, F. J. y García Valcárcel, A. (Eds.), *Perspectivas de las nuevas tecnologías en la educación*, Ed. Narcea, Madrid, pp. 101-119.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.T.: “Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting”, *El derecho.com*, 2016. Texto disponible en: <https://elderecho.com/incidencia-de-la-ultima-reforma-del-codigo-penal-por-lo-12015-de-30-de-marzo-en-materia-de-violencia-de-genero-especial-referencia-a-la-agravante-de-genero-y-a-los-nuevos-delitos-de-stalking-y-sex>.

MENDO ESTRELLA, A.: “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 18, 2016, pp. 1-27.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial*, 23ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 279-280.

OLIVARES GARCÍA, M.T.: “¿Es delito compartir imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido sexual a través de redes sociales? A propósito del delito de Sexting y el art. 197.7 CP”, *A definitivas.com*, 2017. Texto disponible en:

<https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/es-delito-compartir-imagenes-o-grabaciones-audiovisuales-de-contenido-sexual-a-traves-de-redes-sociales-a-proposito-del-delito-de-sexting-y-el-art-197-7-cp-a-cargo-de-maria-teresa-olivares-gar/>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONALES UNIDAS: *Manual de legislación sobre Violencia contra la Mujer*. ONU mujeres, Nueva York 2012. Texto completo disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/igualdad-de-oportunidades/onumanuallegislation_tcm30-428123.pdf.

PÉREZ CAMARERO, S. (Dir.): *La violencia de género en los jóvenes. Una visión general de la violencia de género aplicada a los jóvenes en España*, Ed. Instituto de la Juventud, Madrid, 2019, pp. 1-152.

PÉREZ CONCHILLO, E.: “La difusión del sexting ajeno como violencia de género”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Nº 51, 2018, pp. 1-15.

PÉREZ DÍAZ, R.: “El fenómeno sexting entre menores”, *Diario la Ley*, Nº 9039, 2017 pp. 1-11.

PÉREZ SAN-JOSÉ, P. et al.: *Guía sobre adolescencia y Sexting: qué es y cómo prevenirlo*, Instituto Nacional de Tecnologías de la comunicación (INTECO): Pantallas amigas, Madrid, 2011, pp. 1-20.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, C.: “Sobre la difusión no consentida de la prácticas de “sexting” y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código Penal)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Nº 51, 2019, pp. 1-39.

SORIANO RUÍZ, N.: “Difusión ilícita del sexting y violencia de género. Tratamiento penal y procesal en España”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Nº 4, 2019, pp. 1-21.

TORRES KEENLYSIDE, A; ORTIZ HERNÁNDEZ, S., y GARRÓS FONT, I.: “El delito de «sexting» o difusión de imágenes obtenidas con anuencia y sin consentimiento”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 1, 2021, pp. 1-17.

TUBERQUIA GÓMEZ, A.C. et al: “Sexting: una práctica influenciada por el género en jóvenes universitarios de la ciudad de Medellín”, *Revistas Uniminuto: Perspectivas*, Nº 6, 2021, pp. 163-183.

VALENZUELA GARCÍA, N.: “El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Nº 7 Especial, 2020, pp. 1-17.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC (Sala Primera) nº 231/1988, de 2 de diciembre, Rec. 1247/1986.

STC (Sala Primera) nº 134/1999, de 15 de julio, Rec. 209/1996.

STC (Sala Segunda) nº 81/2001, de 26 de marzo, Rec. 922/1998.

STC (Sala Primera) nº 70/2002, de 3 de abril, Rec. 3787/2001.

STC (Sala Primera) nº 206/2007, de 24 de septiembre, Rec. 4487/2005.

STC (Sala Primera) nº 70/2009, de 23 de marzo, Rec. 2826/2004.

Sentencias del Tribunal Supremo

STS 539/2007, de 18 de mayo, Rec. 292/2003.

STS 731/2013, de 7 de octubre, Rec. 11142/2012.

STS 565/2018, de 19 de noviembre, Rec. 10279/2018.

STS 70/2020, de 24 de febrero, Rec. 3335/2018.

STS 37/2021, de 21 de enero, Rec. 1074/2019.

STS 699/2022, de 11 de julio, Rec. 3204/2020.

Sentencias de las Audiencias Provinciales

SAP de Asturias (Sección 2), nº 96/2015, de 27 de febrero, Rec. 163/2014.

SAP de Barcelona (Sección 8), nº 95/2018, de 23 de febrero, Rec. 18/2018.

SAP de Barcelona (Sección 20), nº 435/2020, de 10 de septiembre, Rec. 157/2020.

SAP de Cádiz (Sección 4), nº 75/2005, de 22 de abril, Rec. 31/2005.

AAP de Ciudad Real (Sección 1), nº 298/2021, de 7 de octubre, Rec. 231/2021.

SAP de Granada (Sección 1), nº 351/2014, de 5 de junio, Rec. 13/2014.

SAP de Lleida (Sección 1), nº 90/2004, de 25 de febrero, Rec. 311/2004.

SAP de Madrid (Sección 27), nº 515/2018, de 19 de julio, Rec. 332/2018.

SAP de Madrid (Sección 26), nº 97/2020, de 12 de febrero Rec. 2997/2019.

ÍNDICE NORMATIVO

Normativa a nivel internacional y europeo

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre del 2000. Ratificado por España el 30 de marzo de 2010, «BOE» núm. 83.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Nueva York, 18 de diciembre de 1979. Ratificado en España el 16 de diciembre de 1983, «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado en España el 24 de noviembre de 1977, «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Convenio sobre ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 21 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) proclamada en París el 10 de diciembre de 1948. Texto disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>.

Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. «DOUE» núm. 101, de 15 de abril de 2011.

Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. «DOUE» núm. 338, de 21 de diciembre de 2011.

Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012.

Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. «DOUE» núm. 181, de 29 de junio de 2013.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. «DOUE» núm. 303, de 28 de noviembre de 2018.

Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación. «DOUE» núm. 151, de 7 de junio de 2019.

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Ratificado por España el 29 de julio de 1992, «DOCE» núm. 191.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

Normativa a nivel estatal

Constitución Española de 1978. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Organismo Autónomo Instituto de la Mujer. «BOE» núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. «BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Hombres y Mujeres. «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales. «BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

Otros documentos de interés consultados

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

Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, desarrollo y paz. Copenhague, 14 a 18 de julio de 1980. Texto disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N80/211/46/PDF/N8021146.pdf?OpenElement.oho>

Conferencia Mundial sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Celebrado en Beijing (China) del 4 a 15 de septiembre de 1995. Texto disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Instrucción 3/1988, de 1 de junio, sobre la persecución de los malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimentarias fijadas en los procesos matrimoniales. FIS-I-1988-00003, 01/06/1988.

Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, de la Asamblea General de la ONU; “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”. Texto disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TraInt/Derechos%20Humanos/INST%2017.pdf>.

Resolución nº 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”. Texto disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac921e2.html>.

Resolución 2010/2209, de 5 de abril de 2011, del Parlamento Europeo sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres. Texto completo disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0127_ES.html. Ojo no son normas jurídicamente vinculantes