

La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico

Juan María Martínez Otero¹
juan.martinez1@uch.ceu.es

Resumen

La omnipresencia de dispositivos tecnológicos hábiles para captar y difundir imágenes está cambiando los hábitos de relación y comunicación entre las personas. Entre múltiples cambios, ha propiciado la aparición del sexting, que puede ser definido como el envío, normalmente a través de Internet o de un dispositivo móvil, de mensajes de contenido sexual producido y protagonizado por el emisor. Los problemas jurídicos surgen cuando la persona que recibe dichos mensajes privados decide a su vez compartirlos con terceras personas sin el consentimiento del primer emisor, protagonista y productor del material pornográfico. El presente artículo analiza las respuestas que a dicho reenvío no consentido ofrece el ordenamiento jurídico español, analizando la normativa civil, penal, de protección de datos y de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet. El artículo presta una particular atención al nuevo artículo 197.4º.bis que el Ejecutivo ha propuesto incorporar al Código Penal para castigar estas conductas.

Palabras clave

Sexting, intimidad, propia imagen, revelación de secretos, protección de datos

Abstract

The ubiquity of technological devices to capture and share images is changing in many ways our communicative habits. Among many other changes, it has led to the emergence of sexting. The sexting can be defined as the act of sending sexually explicit messages or photographs, primarily between mobile phones, produced and starring by the own messenger. The legal problems arise when the person receiving such private messages decides to share with third parties that content, without the consent of the first deliverer, star and producer of pornographic material. This paper analyzes the responses that Spanish law offers to that sharing without permission. The article pays particular attention to the new section 197.4 °.bis that the Government intends to incorporate to the Penal Code in order to punish such conduct.

Keywords

Sexting, privacy, self-imagen, secrets reveal, data protection

Sumario

1. Objeto y metodología. 2. El sexting. Concepto y datos ilustrativos. 3. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista. 3.1. Derechos fundamentales potencialmente lesionados. 3.2. Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen. 3.3. La tipicidad de la difusión de sexting sin consentimiento. Redacción vigente y propuesta de modificación del Código Penal. 3.4. Respuestas desde la Ley Orgánica de Protección de Datos y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

¹ Profesor de Derecho de la Comunicación de la Universidad CEU-Cardenal Herrera, Valencia. Su principal línea de investigación está referida a los límites de los derechos comunicativos, con especial énfasis en la protección de la juventud y la infancia.

1. Objeto y metodología

El revuelo mediático producido tras la reciente difusión de un vídeo de contenido erótico a través de la Red sin el consentimiento de su protagonista, concejala del pueblo toledano de Los Yébenes, ha puesto sobre la mesa una cuestión que, sin poder ser calificada de nueva, tiene unos perfiles originales, y merece un estudio sociológico, comunicativo, jurídico y ético detenido: el sexting².

El sexting puede ser definido como el envío, normalmente a través de Internet o de un dispositivo móvil, de mensajes de contenido sexual producidos y protagonizados por el emisor. *Prima facie*, la práctica del sexting no suscita interrogantes legales en la medida en que es una práctica voluntaria, mediante la que se comparte un aspecto de la propia intimidad con un tercero³. Ahora bien, los potenciales conflictos que su práctica encierra no son pequeños, como ha evidenciado el citado caso de la concejala de Los Yébenes. La importante exposición de la intimidad que se efectúa al emitir sexting sitúa al emisor en una situación de grave riesgo para sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, en la medida en que los mensajes digitales recibidos pueden ser reenviados o reproducidos de forma indiscriminada por el receptor. Por su propia naturaleza, el sexting tiene como finalidad despertar en el receptor un deseo o atracción sexuales, con lo que tiende a producirse en torno a una relación afectiva más o menos estable, ya sea en sus prolegómenos, durante su vigencia, o inmediatamente después de su terminación. Concluida la relación, la persona que conserva imágenes de sexting de la otra parte, ya sea por despecho, aburrimiento o diversión, puede sentir la tentación de divulgarlas a modo de pasatiempo, venganza o extorsión.

En el presente artículo pretendemos abordar el tratamiento jurídico que merece la difusión de sexting ajeno sin consentimiento del protagonista, incluyendo cualquier conducta consistente en la transmisión a terceros de dicho contenido: reenvío, cesión, divulgación, publicación, etc. Para ello, analizaremos las previsiones constitucionales y legales en torno a los derechos a la intimidad, la propia imagen, y el honor, así como la protección jurídica civil y penal que dichos derechos han merecido. A la hora de analizar la protección penal, se tendrán en cuenta el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal que actualmente se está tramitando en sede parlamentaria, y que incluye una modificación del artículo 197 cuya principal finalidad es dar una respuesta satisfactoria a las vulneraciones del derecho a la intimidad como las que aquí nos ocupan. Las principales normas de referencia serán, pues, la Ley Orgánica 1/1982, de 15 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, y el Código Penal. Para ofrecer un cuadro completo de las vías de exigencia de responsabilidades existentes en el ordenamiento español, se abordarán sucintamente las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

2. El sexting. Concepto y datos ilustrativos

La palabra sexting es la resultante de la fusión entre dos términos tomados del inglés: *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes a través del teléfono móvil). En un sentido estricto, el sexting ha sido definido como la “difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico”⁴. Desde una perspectiva más amplia, puede

² En fechas aún más recientes, el suicidio de una adolescente en Canadá, tras una historia de acoso por Internet que comenzó con la práctica de sexting, ha producido un fuerte impacto a nivel internacional. “Un caso de ciberacoso conmociona a la sociedad canadiense”, *El País*, 17 de octubre de 2012. Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/17/actualidad/1350506605_509352.html (última visita: 10.11.2012).

³ En otra ocasión nos ocupamos de las preguntas que surgen cuando los implicados en el sexting son menores de edad: Martínez Otero, J. M. y Boo Gordillo, A.: “El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, En: *La violencia de género en la adolescencia* (Dir. Javier García González), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 289-323.

⁴ *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2011, p. 4. Para una definición doctrinal, véase Agustina, J. R.: “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-11, 2010, p. 4.

calificarse como sexting la producción y envío de mensajes de contenido sugerente o insinuante, con la finalidad de despertar en el receptor atracción o deseo sexual.

Cuatro son las peculiaridades que confieren al sexting unos perfiles específicos⁵.

La voluntariedad. El protagonista produce y envía ese contenido de forma voluntaria, sin coacción, y en muchos casos también sin sugestión por parte de la persona destinataria del mismo. Estamos por lo tanto ante una conducta libre, que no surge del error, la intimidación o la coacción; como mucho, cabría hablar de inconsciencia, ya que los protagonistas pueden no enjuiciar meditamente la repercusión que este tipo de imágenes puede llegar a tener dentro de su círculo social o incluso fuera de él.

La utilización de dispositivos tecnológicos. El sexting no sería posible sin la existencia de dispositivos tecnológicos que facilitan la captación de las imágenes y su posterior envío. Los dispositivos tecnológicos más empleados son los teléfonos móviles, que permiten captar imágenes en entornos íntimos, así como las webcams, principalmente, cuando el ordenador se encuentra en la habitación del protagonista.

El carácter sexual o erótico de los contenidos. Como se ha señalado, el sexting propiamente dicho consiste en el envío de mensajes de carácter sexual o pornográfico. Por su propia naturaleza, son contenidos muy conectados con los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal.

Naturaleza privada y casera. Frente al carácter profesional de otros materiales provocativos o abiertamente pornográficos, ya sean fotografías o vídeos, el sexting tiene una naturaleza fundamentalmente casera: es producido, protagonizado e inicialmente difundido con una finalidad exclusivamente privada, al margen de industrias audiovisuales y de canales de difusión masivos.

Para dotar al lector de un contexto más completo, antes de entrar en las cuestiones estrictamente jurídicas, se ofrecen a continuación algunos datos recientes sobre la práctica del sexting. Hasta la fecha, no son numerosos los estudios que han abordado la incidencia del sexting, y los que lo han hecho centran su atención en una población adolescente o juvenil. En nuestro país, los datos más recientes sobre la cuestión son ofrecidos por el *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías y Comunicación en colaboración con la empresa Orange⁶. Dicho estudio indica que el 4% de los jóvenes entre diez y dieciséis años reconoce haberse tomado fotos “en posturas sexys, provocativas o inadecuadas”, al tiempo que el 8,1% afirma haberlas recibido en su teléfono móvil. Uno de los primeros estudios realizados sobre sexting en EEUU, *Teens and Sexting*, del año 2009, fue llevado a cabo por el *Pew Research Center*, con una muestra de ochocientos menores entre doce y diecisiete años⁷. El estudio indica que un 4% de los menores con teléfono móvil ha enviado imágenes en las que aparece desnudo o casi desnudo. La cifra de adolescentes que afirma haber recibido este tipo de imágenes asciende al 15%. De fechas más recientes, arroja unas cifras superiores el *AP-MTV Digital Abuse Study*, publicado en 2011 tras entrevistar a 1355 jóvenes de entre catorce y veinticuatro años⁸. Entre los menores de edad entrevistados el 7% reconocían haber enviado sexting. Un último estudio que queremos consignar, también estadounidense, es el publicado en 2012 por la *American Academy of Pediatrics*, que lleva por título: *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study*⁹. Tras entrevistar telefónicamente a 1560

⁵ *Guía sobre adolescencia y sexting...*, op. cit., pp. 6 y ss.

⁶ *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación – Orange, Madrid, 2010. La muestra del estudio la conforman 322 adolescentes de entre diez y dieciséis años y sus 322 tutores legales. Nótese que este tipo de imágenes –sexy, provocativas o inadecuadas– comprende las prácticas de sexting en sentido amplio; en sentido estricto, sólo constituyen sexting las imágenes pornográficas o eróticas.

⁷ *Teens and Sexting*, Pew Research Center, Washington, 2009.

⁸ *AP-MTV Digital Abuse Study*, Knowledge Networks, Palo Alto, 2011.

⁹ Mitchell, K. J., Finkelhor, D. y otros: “Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study”, *Pediatrics*, núm. 129-1, 2012, pp. 13-20.

adolescentes de entre diez y diecisiete años, el estudio ofrece unos datos de incidencia del sexting considerablemente inferiores a los mencionados con anterioridad. Según este estudio, tan sólo el 2,5% de los encuestados aparece o ha elaborado materiales de sexting, mientras que el 7,1% los ha recibido. Estas cifras descienden al 1% y al 5,9% respectivamente si se restringe el concepto de sexting a imágenes sexualmente explícitas, tales como senos, órganos genitales o glúteos.

3. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista. Tratamiento jurídico.

Una vez definido el sexting, premisa imprescindible para comprender la conducta que analizamos, es llegado el momento de abordar el objeto central del presente artículo: ¿qué valoración jurídica merece la difusión de sexting ajeno sin consentimiento del protagonista? ¿Qué derechos fundamentales son conculcados? ¿Qué protección asiste al protagonista del contenido?

En las páginas siguientes nos referiremos generalmente a la responsabilidad del receptor de sexting que lo reenvía a terceras personas. Este primer difusor traiciona la confianza depositada en él, convirtiéndose en el principal responsable de que el contenido sensible sea difundido más allá de la voluntad de su protagonista. Puntualmente, nos detendremos en la responsabilidad de ulteriores difusores, personas que reciben el contenido de alguien diferente del protagonista, y proceden a su vez a reenviarlo. Por otro lado, se emplean indistintamente los verbos reenviar, difundir o transmitir, acciones todas ellas consistentes en poner a disposición de terceros un determinado mensaje. Estas conductas revestirán diferente gravedad en función del número de personas a cuya disposición se ponga el contenido.

3.1. Derechos fundamentales potencialmente lesionados

A la hora de enjuiciar jurídicamente la conducta descrita, cabe preguntarse en primer lugar qué derechos fundamentales del emisor originario y protagonista de las imágenes han podido ser vulnerados. Estos derechos son tres: el honor, la intimidad y la propia imagen, consagrados en el artículo 18.1º de la Constitución Española. El derecho a la intimidad personal y familiar protege un área de autonomía de las personas en la que mantenerse al margen de injerencias de terceras personas¹⁰. Dentro de la intimidad personal se encuentra, sin lugar a dudas, la vida sexual de la persona, tanto en su dimensión estrictamente física o corporal, como en su dimensión más psicológica o sentimental. Por consiguiente, difundir imágenes de contenido sexual de una persona sin su consentimiento supondrá, sin lugar a dudas, una injerencia en el derecho a la intimidad de la persona, al exponer públicamente facetas de su vida que deberían quedar al margen de la curiosidad de terceros.

Un segundo derecho que la difusión no consentida de sexting vulnera es el derecho a la propia imagen, que garantiza a la persona el control sobre la utilización pública de sus rasgos físicos, otorgándole el derecho a decidir quién y cuándo puede hacer uso de los mismos¹¹. En la medida en que la persona que difunde el sexting ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento, conculca el derecho a la propia imagen reconocido en la Constitución.

¹⁰ Una definición del derecho a la intimidad puede encontrarse en la STC 57/1994, de 28 de febrero: “El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1º aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana (...). Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana”. STC 57/1994, de 28 de febrero, F.J. 5º. En este mismo sentido, véase la STC 159/2009, de 29 de junio, F.J. 3º.

¹¹ Como ha señalado el TC, “el derecho a la propia imagen (...) atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”. STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º.

Finalmente, cabe preguntarse si el derecho al honor del protagonista del vídeo es conculcado por la difusión del sexting¹². Para responder a esta pregunta habrá que valorar el contenido concreto de las imágenes y la incidencia que la difusión de las mismas puedan tener en la autoestima o la reputación del sujeto protagonista. No hay duda de que mantener relaciones sexuales no es un fenómeno socialmente mal considerado. Sin embargo, no cabe decir lo mismo de otro tipo de prácticas de naturaleza sexual que puede recoger el sexting –tales como el exhibicionismo, la provocación o la masturbación–, ni del mero hecho de grabar material de dicha naturaleza. Varias de estas conductas son socialmente mal consideradas, al menos entre un amplio sector de la sociedad. Por consiguiente, será frecuente que la difusión de este material vulnere también el derecho al honor del protagonista, al menos en su dimensión objetiva, referida a la imagen pública del sujeto, a su reputación o consideración social.

3.2. Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen

El desarrollo normativo de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen tuvo lugar con la temprana Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia imagen. Dicho texto normativo, ciertamente breve y conciso, no recoge definición alguna de los derechos de la personalidad que protege. En su lugar, la Ley ofrece en su artículo 2.1º tres criterios delimitadores del honor, la intimidad y la propia imagen, a los que el operador jurídico deberá atender para emitir un juicio sobre el alcance de los citados derechos en cada caso concreto. Estos criterios son las leyes, los usos sociales y los propios actos del sujeto¹³.

El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, a lo largo de sus ocho apartados, recoge un listado de conductas que serán reputadas ilícitas. A pesar de los esfuerzos del Legislador por ofrecer un catálogo completo de atentados contra los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen, la doctrina ha considerado de manera unánime dicho elenco como ejemplificativo y abierto¹⁴.

Desmenuzando sistemáticamente los supuestos enumerados en la Ley, podemos señalar como ilícitas las siguientes conductas¹⁵. Tres afectan al derecho a la intimidad: el emplazamiento o utilización de aparatos de escucha o grabación, con el fin de grabar o reproducir la vida íntima y las manifestaciones de carácter privado de los demás (art. 7.1º); la efectiva grabación, registro, reproducción o divulgación de dichos aspectos de la vida íntima de las personas (art. 7.2º y 3º); y la revelación de secretos profesionales (art. 7.4º). Respecto al derecho al honor, pueden reputarse ilícitas: la divulgación de algunos aspectos de la vida privada, si afectan a la reputación de la persona (7.3º); y la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer de la consideración ajena (7.7º). Por último, las conductas que afectan al derecho a la propia imagen son tanto la captación como la reproducción de la imagen de una persona (7.5º y 6º).

Pues bien, la persona que transmite sexting ajeno sin consentimiento incurre en varios de los ilícitos previstos en la Ley.

En cuanto a los derechos a la intimidad y al honor, se incurre en el ilícito previsto en el artículo 7.3º, que afirma que será contraria a la Ley “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”. Que unas imágenes de sexting han de ser caracterizadas como íntimas, pertenecientes a la vida privada de la persona, resulta evidente. La persona que envía sexting no lo hace de modo indiscriminado, sino que lo dirige a normalmente a un destinatario concreto, en el que busca producir ciertas

¹² La jurisprudencia constitucional señala que el derecho al honor “confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (...)”. STC 85/1992, de 8 de junio, F.J. 4º.

¹³ “La Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

¹⁴ Herrero-Tejedor, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1994, p. 199.

¹⁵ En esta enumeración seguimos a Serrano Alberca, J. M.: “Artículo 18”, En: *Comentarios a la Constitución* (Ed. F. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 1985, p. 360.

reacciones: excitación, interés, sorpresa, etc. También resulta claro que producir y enviar sexting puede afectar a la reputación del protagonista, ya que, como ha quedado apuntado, el sexting es una conducta mal considerada por amplios sectores de la sociedad.

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, la conducta que estamos abordando se ajusta perfectamente al ilícito previsto en el artículo 7.5º de la Ley 1/1982, siempre y cuando en las imágenes sea reconocible el sujeto protagonista¹⁶. Efectivamente, dicho artículo declara ilegal “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos (...)”. El reenvío de sexting sin consentimiento constituye una forma de publicación no consentida de la imagen de un tercero en un momento de su vida privada, que no viene justificado por el hecho de que el protagonista haya decidido compartir dicha imagen con una persona particular. El consentimiento a compartir con un tercero concreto imágenes íntimas no habilita al tercero a difundir dichas imágenes, extremo que vulneraría claramente el derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18.1º CE.

En consecuencia, la persona que reenvía sexting ajeno sin consentimiento desvela aspectos de la intimidad personal de un tercero, vulnerando así sus derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

Cabe preguntarse si alguno de los criterios de delimitación de estos derechos previstos en la Ley Orgánica 1/1982 –leyes, usos sociales o propios actos- permite atemperar la responsabilidad de quien difunde sexting ajeno sin permiso. En cuanto a las leyes y a los usos sociales, la respuesta sólo puede ser negativa. No existe en nuestro entorno jurídico ni social ninguna norma o costumbre que faculte a divulgar imágenes sexuales íntimas de terceros sin su consentimiento. También resultará difícil que los propios actos del sujeto agraviado, protagonista del sexting y primer emisor, justifiquen la difusión de su material sin su permiso. Los propios actos sólo matizarían o anularían la responsabilidad de quien difunde sexting ajeno cuando el protagonista del mismo hubiera evidenciado su total indiferencia respecto de su intimidad corporal. Cuesta imaginarse casos en los que esta vía de atenuación de la responsabilidad pueda explorarse. Como botón de muestra, aventuro dos: el caso de quien haya realizado envíos indiscriminados y masivos de sexting; o de quien comparta en plataformas online 2.0 contenidos eróticos protagonizados por él mismo y que son de libre acceso.

¿Qué habría que decir de terceras personas que, sin haber recibido el sexting del protagonista, acceden al mismo y contribuyen a su difusión? La respuesta dependerá en buena medida de dos elementos: su conocimiento acerca de la difusión ilícita de ese material; y su contribución a la efectiva lesión de los derechos del afectado. Si el tercero no conoce del origen ilícito de las imágenes, su conducta no será antijurídica. El contenido de carácter pornográfico que circula libremente por Internet y otras vías de comunicación es abundante, y quien lo recibe y procede a difundirlo no tiene por qué asegurarse del carácter legal de dichos contenidos. Cuestión diferente será si el tercero conoce la falta de consentimiento del protagonista, ya que entonces al difundirlo es consciente de que puede estar atentando contra los derechos de esa persona. No es difícil imaginar quiénes pueden ser estos terceros que realizan ulteriores reenvíos: amigos o compañeros del primer receptor y difusor, que reciben de éste el sexting y son plenamente sabedores de la ilicitud de su difusión. Ahora bien, pensamos que para exigir una responsabilidad civil a estos terceros, su conducta tiene que atentar efectivamente contra los derechos del afectado, agravando las lesiones ocasionadas por el primer emisor. Si el primer emisor hace una difusión masiva del sexting ajeno, es posible que ulteriores envíos ya no empeoren la situación del protagonista-productor, en la medida en que las imágenes ya son públicas. Ahora bien, en el caso de que el primer emisor haya hecho una difusión muy limitada, o un simple reenvío a un tercero; si éste posteriormente lleva a término una difusión masiva o un reenvío viral, estará produciendo un menoscabo evidente en los derechos del protagonista, y deberá responder conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 1/1982.

¹⁶ Esta reconocibilidad, requisito imprescindible para que se produzca una vulneración del derecho a la propia imagen, no hay que presuponerla en el sexting. No será infrecuente que las imágenes de sexting recojan tan sólo algunas partes del cuerpo –escote, órganos genitales- a través de las cuales sea imposible conocer la identidad del sujeto.

Las vías de reparación del honor, la intimidad y la propia imagen previstas en la Ley son tanto económicas como morales. En primer lugar, el artículo 9 exige el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, lo que en ocasiones supondrá la retirada del material de sexting de aquellas plataformas o webs en las que haya sido publicado y permanezca disponible. En cuanto a la reparación económica, el artículo 9.3º indica que la indemnización por daños y perjuicios se extenderá al daño moral. La divulgación de sexting ajeno rara vez ocasionará a la víctima daños físicos o materiales: lo más común será la producción de un daño moral. Para la cuantificación de la indemnización, la Ley prevé dos criterios a tener en cuenta: la entidad del agravio y la difusión del mismo¹⁷. Sin perjuicio del juicio *ad casum* que habrá que realizar, puede afirmarse que en los casos que nos ocupan el agravio a la intimidad y a la propia imagen es ciertamente grave. Efectivamente, pocos aspectos de la vida de las personas tienen un carácter más reservado que la intimidad corporal y la vida sexual. Por lo que se refiere a la difusión del agravio, será preciso valorar los canales elegidos para compartir el material ajeno, analizando su naturaleza y su audiencia potencial y real. Así, no revestirá la misma gravedad enviar un mensaje privado con sexting ajeno a un amigo, que compartir el mismo material en un perfil público de una red social. Finalmente, es oportuno recordar que, para las intromisiones en el derecho al honor, el artículo 9.2º prevé una forma de reparación moral o comunicativa, “la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida”. Aunque, como hemos subrayado, la difusión de sexting ajeno puede lesionar el honor del protagonista, pensamos que esta vía de reparación no será aplicada en estos casos, ya que la misma sólo daría una mayor publicidad a un hecho que la víctima nunca quiso que se hiciera público.

3.3. La tipicidad de la difusión de sexting ajeno sin consentimiento. Redacción vigente y propuesta de modificación del Código Penal

El Código Penal español recoge en sus Títulos X y XI un catálogo de delitos tendentes a proteger el derecho a la intimidad y el derecho al honor. El derecho a la propia imagen –a pesar de ser nombrado específicamente en el Título X-, no goza de protección penal autónoma en nuestro país, con lo que sólo será protegido por la vía penal frente a ataques que conculquen simultáneamente otros derechos, tales como la intimidad, el honor, o la indemnidad sexual¹⁸. Habida cuenta de que en estas fechas está siendo discutida una reforma del Título X del CP, analizaremos tanto su redacción vigente como las novedades que incluye el Anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno en relación con la protección penal del derecho a la intimidad.

a. La difusión de sexting ajeno en la redacción vigente del Código Penal

Para conocer si la difusión de sexting ajeno sin consentimiento constituye una acción típica contra el derecho a la intimidad, es preciso realizar una lectura conjunta de los apartados 1º y 4º del artículo 197 CP. El apartado 1º dice así: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”. Por su parte, el apartado 4º señala en su primer párrafo: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”. Finalmente, el 197.6º recoge una agravante de los tipos anteriores cuando los hechos afecten a datos que revelen la vida sexual, en cuyo caso la pena se aplicará en su mitad superior.

De una primera lectura de los tres apartados, parece colegirse que la difusión de sexting ajeno se ajusta perfectamente a lo previsto en el apartado 4º, que castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de datos o hechos privados, a la que habrá que aplicar la agravante del apartado 6º. Estas conductas describen de manera precisa lo

¹⁷ Artículo 9.3º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia imagen.

¹⁸ Para un estudio detenido sobre la propia imagen como bien penal, véase: Jareño Leal, Á: “El derecho a la imagen como bien penal”, En: *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. J. Boix Reig), Iustel, Madrid, 2010, pp. 109-126.

que lleva a término quien, sin consentimiento del protagonista de las imágenes, reenvía dicho material a terceras personas. Ahora bien, no se puede perder de vista que el apartado 4º castiga una conducta derivada de la descrita en el apartado 1º, consistente en el apoderamiento o descubrimiento ilícitos de documentos, mensajes u objetos de carácter privado. Así, mientras el apartado 1º castiga la adquisición ilícita del material íntimo, el apartado 4º sanciona su difusión. Llegados a este punto, es preciso preguntarse: en los casos de reenvío no consentido de sexting, ¿se ha producido un apoderamiento ilícito de material íntimo, seguido de una difusión del mismo? La respuesta es negativa. La persona que recibe un mensaje de sexting y lo reenvía sin consentimiento del protagonista no se ha apoderado ilícitamente del material, sino que lo ha recibido del protagonista, quien se lo ha remitido libremente. El sexting es una comunicación libre del emisor, que envía contenido íntimo a un tercero por decisión propia, despojándose libremente de su intimidad¹⁹. Por consiguiente, reenviar sexting no se ajusta al supuesto típico previsto en el apartado 1º: el bien jurídico de la intimidad no es vulnerado, ya que es el propio protagonista del sexting quien decide compartir con un tercero una faceta de su intimidad. Y si no se produce la conducta típica del artículo 197.1º, tampoco podrá producirse la del artículo 197.4º, que castiga la difusión de material íntimo ilícitamente obtenido²⁰.

Por su parte, quien, sin ser el primer difusor, lleva a cabo ulteriores divulgaciones del sexting, tampoco tiene responsabilidad penal alguna. El segundo párrafo del artículo 197.4º sanciona a quien, sin haber participado en el descubrimiento ilícito de la información, la obtiene por otras vías (se la comunican, la encuentra por casualidad, etc.) y se limita a difundirla siendo consciente de que ha sido obtenida de forma ilícita²¹. Ahora bien, como quiera que el descubrimiento de la información no ha sido ilícito, sino voluntariamente desvelado por el productor y protagonista del sexting, el tipo penal no resulta de aplicación²².

Por lo que se respecta al derecho al honor, su protección penal se articula en torno a las figuras de la injuria y la calumnia, previstas y penadas en el Título XI del Código Penal. Por calumnia, con el artículo 205, hay que entender “la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Y por injuria, con el artículo 209, “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Conforme al mismo artículo, sólo serán constitutivas de delito las injurias graves. Que la difusión de sexting sin consentimiento del protagonista no es una calumnia no requiere de mayor argumentación. Cabría preguntarse si podría tratarse de una injuria, ya que la difusión de sexting puede lesionar la dignidad del protagonista y menoscabar su fama²³. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser también negativa, por dos motivos. En primer lugar, porque el reenvío no consentido de sexting atenta, principalmente, contra la intimidad y la propia imagen, y sólo tangencialmente contra el derecho al honor²⁴. Si el Legislador penal no entiende merecedora de sanción penal la grave vulneración del derecho a la intimidad, resulta coherente pensar

¹⁹ La expresión “despojamiento de la intimidad” ha sido frecuentemente empleada por el TS para justificar la grabación y difusión de conversaciones por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro. Véase, por todas, las SSTs de 1 de marzo de 1996, y de 16 de noviembre de 2005.

²⁰ Puente Aba, L. M.: “Delitos contra la intimidad y las nuevas tecnologías”, *Eguzkilore*, núm. 21, 2007, pp. 173 y ss.

²¹ *Ibid.*, p. 173. El tenor literal del párrafo es el siguiente: “Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

²² Un supuesto de hecho similar al del reenvío de sexting ajeno es el de la grabación de escenas sexuales, captada con el consentimiento de ambas partes para un uso privado, que es posteriormente difundida por uno de ellos sin el consentimiento del otro. Es opinión doctrinal común que dicha difusión no constituye una conducta delictiva, antes bien un ilícito civil que deberá ser convenientemente sancionado conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 1/1982. En este sentido, véase: García González, J.: “Protección penal de la intimidad: el artículo 197.1º del Código Penal”, En: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 118.

²³ Existe cierta jurisprudencia menor en este sentido, como la SAP de Palencia, de 28 de junio de 2006, que condenó por injurias a una persona que distribuyó por Internet fotos eróticas de su ex novia, que obtuvo en su día con consentimiento, pero que difundió tiempo después sin ningún consentimiento.

²⁴ Respecto de la jurisprudencia menor citada anteriormente, Jareño Leal afirma que hubiera sido más acertado acudir a la vía civil, “puesto que desde esta perspectiva la lesión a la imagen o la intimidad es evidente”. Jareño Leal, Á.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008, p. 105.

que tampoco debe ser punible la vulneración del derecho al honor, mucho menos directa y evidente que aquélla. Y en segundo lugar, porque el Código Penal excluye del delito de injurias aquellas que consistan en la imputación de hechos, “salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (art. 209 CP). Difundir sexting ajeno es, de un modo u otro, atribuir a un tercero unos hechos determinados que ciertamente ha realizado. El deshonor que conllevan ciertas actuaciones negativas, en caso de ser ciertas, no es consecuencia tanto de su revelación por un tercero, como de su realización por el propio sujeto. Como ha señalado el Tribunal Constitucional: “ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”²⁵.

Así pues, cabe concluir que la difusión no consentida de sexting ajeno –por rechazable que pueda resultar- no constituye una conducta penalmente punible conforme a las previsiones vigentes del Código Penal.

b. La nueva redacción del artículo 197 CP

El 11 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁶. Entre las modificaciones de la Ley penal proyectadas, se incluye la adición de un nuevo apartado al artículo 197, que llevará el número de 4º bis, y cuyo tenor literal es: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

La adición de este párrafo al artículo 197 tiene como principal finalidad castigar por la vía penal las vulneraciones del derecho a la intimidad que son objeto de estas páginas. Como se ha subrayado, hasta el día de hoy la difusión de sexting sin consentimiento del protagonista no ha merecido en España una reprobación penal. Este hecho obedece a la sencilla razón de que hasta la fecha dichos atentados contra la intimidad eran marginales, cuando no inexistentes. Ahora bien, la paulatina omnipresencia de los medios de captación y envío de imágenes, la generalización de una cultura de comunicación permanente, y una evidente disminución de la prudencia y el pudor a la hora de compartir la propia intimidad, han hecho que el envío de sexting deje de ser un fenómeno aislado, abriendo la puerta a una nueva forma de vulneración de la intimidad: la difusión de sexting sin consentimiento del protagonista. Este caldo social sólo necesitaba la concurrencia de un escándalo mediático, como el acaecido en el municipio de Los Yébenes, para atraer la atención del Ejecutivo y propiciar la creación de un nuevo tipo delictivo. Analicemos a continuación la propuesta de redacción del artículo 197.4º bis.

El bien jurídico protegido en el nuevo tipo es el derecho a la intimidad. En efecto, el último inciso del apartado 4º bis afirma que las conductas descritas en el mismo serán típicas “cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona [quien aparezca en las imágenes o grabaciones difundidas]”. La redacción no restringe el tipo delictivo a la difusión de imágenes o grabaciones de naturaleza sexual, sino que prefiere una formulación más genérica, referida a las vulneraciones graves de “la intimidad personal”. El concepto de “intimidad personal”, con una raíz constitucional (art. 18.1º CE), está referido a la esfera nuclear del derecho a la intimidad, en la que se encuentran la intimidad corporal y la vida sexual. Ahora bien, no queda limitado a dichas facetas, cubriendo igualmente otros aspectos, tales como la ideología, las opciones religiosas, los sentimientos más profundos, la información referida a la salud, etc. Por ello, es preciso señalar que aunque los delitos más comunes englobados en el nuevo tipo estarán directamente relacionados con la práctica del sexting, no cabe excluir de su alcance la difusión de otras imágenes o grabaciones íntimas, como pueden ser las de personas consumiendo droga o en estado de embriaguez, pacientes con síntomas de enfermedades o lesiones graves, etc.

²⁵ STC 50/1983, de 14 de junio, F.J. 3º.

²⁶ Se puede acceder al texto del Anteproyecto de Ley desde la siguiente dirección:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288777317612/Detalle.html> (última visita: 3.11.2012).

Igualmente apunta al derecho a la intimidad la acotación de lugar en el que han sido captadas las imágenes o grabaciones: “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. La redacción del Anteproyecto resulta aquí superflua y alambicada. Superflua por cuanto no parece necesario especificar los lugares en los que pueden realizarse grabaciones que afecten gravemente a la intimidad de las personas. Y alambicada al recurrir a un concepto netamente jurídico, como es el de domicilio, junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso, cual es el de “lugares fuera del alcance de la mirada de terceros”. En nuestra opinión, resultaría más sencillo hablar de “lugares privados”, en contraposición con los “lugares abiertos al público” que la Ley Orgánica 1/1982 emplea para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas públicas²⁷. Esta terminología goza de una amplia y acendrada interpretación jurisprudencial, que facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal²⁸.

La conducta típica viene descrita por los verbos difundir, revelar y ceder, verbos que denotan la transmisión del material íntimo más allá del ámbito consentido por el protagonista de las imágenes. El alcance de esta difusión, revelación o cesión no consentida puede ser muy variado, en función del medio a través del cual se realice. Con un alcance reducido, podemos mencionar el envío de la imagen a un único destinatario a través del correo electrónico u otro canal de envío de mensajes privados, como Whats App o los servicios de MMS; con un alcance muy amplio, la publicación de las imágenes en portales de acceso público, como Youtube o Twitter, o en perfiles de redes sociales con un amplio número de potenciales visitantes. En cualquier caso, es preciso señalar que, por reducida que sea la primera difusión no consentida de sexting ajeno, el emisor pierde el control sobre dicho material que, gracias a las tecnologías digitales, puede ser difundido de manera incontrolada y masiva.

El nuevo tipo delictivo castiga la transmisión sin permiso de contenidos obtenidos con permiso. Este primer permiso de la víctima respecto de la difusión del contenido íntimo se extiende a un ámbito de personas reducido, más allá del cual no podrá ser difundido so pena de incurrir en un delito contra la intimidad. Si hasta ahora los delitos referidos a la intimidad exigían el acceso ilegal a una determinada esfera de la intimidad de un tercero, en el delito propuesto el acceso es plenamente legal, conocido y consentido por la víctima. La obtención de las imágenes o grabaciones íntimas puede producirse de diversas maneras: por el envío voluntario del protagonista de las imágenes; mediante la captación directa de las imágenes, ya sea a través de una webcam o en la presencia del grabado; o tras la cesión por parte de un tercero que es consentida por el protagonista de las imágenes.

La pena señalada por el artículo 197.4º bis es de prisión de tres meses a un año o de multa de seis a doce meses. Se trata de penas ostensiblemente inferiores a las de otros tipos penales del artículo 197, extremo que trae causa, en nuestra opinión, en que no se produce aquí un asalto o desvelamiento no consentido a la intimidad de un tercero, sino tan solo una difusión de la misma sin el debido consentimiento.

Una vez descrito el tenor del nuevo tipo delictivo, que podemos calificar como delito de difusión de imágenes íntimas sin consentimiento, es el momento de valorar la conveniencia de su inclusión en el Código Penal. Anteriormente hemos afirmado que el bien jurídico protegido en este nuevo delito es el derecho a la intimidad. Desde un punto de vista menos ortodoxo, más crítico, podríamos preguntarnos si no se trata más bien de proteger la inconsciencia o la irresponsabilidad. Cuando un sujeto practica sexting expone gravemente su intimidad, colocando material ciertamente sensible en manos de un tercero. Esta acción resulta cuanto menos irresponsable, toda vez que las relaciones amorosas o sentimentales, en las que se enmarca el sexting, son en gran medida pasajeras, y terminan en no pocas ocasiones con desengaños o discusiones. El sujeto que envía sexting –o que permite la captación de su imagen en actitudes sexuales- confía en que el receptor no vaya a hacer un uso espúreo de esas imágenes. ¿Merece esta confianza del emisor el aval del Derecho Penal, el instrumento jurídico más contundente para salvaguardar el orden público? No cabe duda de que la vulneración de la intimidad que se comete en la difusión

²⁷ Art. 8.2º.a de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurídica del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen.

²⁸ Como certeramente ha señalado Aznar, a la hora de hablar de intimidad no basta con referirse a lugares, sino que es preciso igualmente considerar las situaciones. Aznar, H.: “Intimidad e información en la sociedad contemporánea”, En: *Sobre la intimidad* (Coords. A. Vallés Copeiro del Villar y H. Aznar Gómez), Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1996, p. 43.

del sexting ajeno es grave y puede tener efectos muy perjudiciales en la víctima. Ahora bien, tampoco cabe duda de que gran parte de la culpa de dicho perjuicio es de la propia víctima del delito, que confía aspectos de su intimidad a personas que, con el paso del tiempo, traicionan esa confianza. Además, es interesante subrayar que en no pocos casos el sexting se produce sin ningún tipo de solicitud o incitación del receptor, que en ningún momento manifiesta su voluntad o compromiso de mantener dichos mensajes en la esfera privada. Exigir penalmente que un sujeto mantenga el secreto respecto de un contenido, cuando personalmente nunca asumió ese compromiso de sigilo, resulta en nuestra opinión desproporcionado.

Existe en el Código Penal un tipo delictivo que exige el sigilo a quien conoce, por medios legales, informaciones íntimas de terceros: el secreto profesional. Quizá la prohibición de difusión que se impone al poseedor de sexting ajeno podría ser asimilable a este secreto profesional, en la medida en que también prohíbe la difusión de una información a la que se ha accedido lícitamente. Esta analogía podría formularse en los siguientes términos: “debido a que posees imágenes íntimas –léase sexting– en virtud de una relación amorosa o de confianza con el tercero, ya sea una relación real, ficticia, supuesta o potencial, quedas obligado a mantener dicho material dentro del ámbito de vuestra relación”. Los supuestos comparados, sin embargo, no son comparables, por varios motivos. Quien acude a un profesional para contratar sus servicios –ya sean médicos, jurídicos, de asesoramiento fiscal, etc.- lo hace movido por una necesidad, que le lleva a revelar a un profesional aspectos de su intimidad, buscando consejo o ayuda. La confidencia se realiza, por tanto, en el marco de una relación profesional, donde la confianza entre los sujetos no es fruto de la amistad, sino de una exigencia deontológica, que viene a ser reforzada por el Derecho. El supuesto de una consulta médica resulta ilustrador: por un lado, el paciente no acude libremente a revelar su intimidad, sino que lo hace compelido por su precario estado de salud y su voluntad de ser curado; por otro lado, la confianza entre el enfermo y el equipo médico no se funda en una relación previa o en la buena intención de quien recibe la información, sino en una obligación profesional del personal sanitario. En el caso del envío de sexting, sin embargo, las circunstancias son radicalmente diferentes: quien revela imágenes íntimas lo hace libremente, y no impelido por necesidad alguna; la confianza entre las partes no se asienta en una exigencia profesional u objetiva, sino en elementos subjetivos y variables de cada relación concreta; por último, el receptor de las imágenes no tiene una obligación profesional, deontológica o personal de mantener dicho contenido al margen del conocimiento de terceros. Por todo ello, somos de la opinión de que no resulta razonable exigir al poseedor de material íntimo de un tercero una obligación de secreto similar a la exigida por el secreto profesional.

Como conclusión a las reflexiones precedentes, consideramos que la sanción penal de las conductas descritas anteriormente resulta desproporcionada, contraria al principio de intervención mínima y de fragmentariedad del ordenamiento penal. Si bien resulta claro que la difusión de sexting o imágenes íntimas de un tercero sin consentimiento pueden ser sumamente lesivas para la intimidad de su protagonista, resulta igualmente claro que el propio afectado es responsable directo del daño sufrido, desde el momento en que reveló a un tercero aspectos muy sensibles de su intimidad. Si la revelación de la intimidad a una persona es un acto libre, debe considerarse igualmente responsable. Acudir al Derecho Penal para que proteja a un sujeto de las consecuencias de sus propios actos no es la mejor solución, máxime cuando las consecuencias a las que nos referimos son tan indeseadas como previsibles²⁹. El nuevo tipo delictivo avala la irresponsabilidad del sujeto, ofreciendo una solución paternalista que da carta de naturaleza a conductas inconscientes.

²⁹ Juanetey y Doval señalan que ciertas revelaciones de la intimidad llevan consigo un riesgo inherente de ser reveladas, riesgo que el sujeto asume libremente al desvelar aspectos de su intimidad: “Cuando alguien cuenta un secreto a otro o mantiene con él una relación íntima, cuenta con la posibilidad de que esa otra persona pueda comportarse deslealmente y, a pesar de ello, lo dice o lo hace (...). Podríamos decir, por eso, que ese riesgo es inherente a esa forma de comunicar un secreto; del mismo modo que quien mantiene una relación de tipo sexual con otro secretamente, cuenta con la posibilidad de que ese último revele a otros dicha relación”. Juanetey Dorado, C. y Doval País, A.: “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, En: *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. J. Boix Reig), Iustel, Madrid, 2010, p. 154.

3.4. Respuestas desde la Ley Orgánica de Protección de Datos y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

Antes de concluir las presentes reflexiones, resulta oportuno hacer una cumplida referencia a dos normas que también pueden ser de aplicación a la difusión no consentida de sexting ajeno. Se trata de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). La primera establece el régimen jurídico aplicable al tratamiento de datos personales; la segunda, el marco jurídico aplicable a los prestadores de servicios en Internet y su régimen de responsabilidad.

Por lo que se refiere a la LOPD, su posible aplicabilidad se deriva del hecho de que la imagen de una persona es un auténtico dato personal, al tiempo que determinadas plataformas digitales donde pueden compartirse imágenes de sexting son ficheros de datos personales a los que se aplica la Ley³⁰. Por consiguiente, la LOPD será de aplicación a las imágenes contenidas en páginas web, portales colaborativos de público acceso –como puede ser Youtube-, o perfiles de Redes sociales accesibles a un elevado número de usuarios³¹.

La difusión de sexting ajeno en páginas web, perfiles públicos de Redes sociales o webs 2.0, para ser lícito, deberá respetar las exigencias contenidas en la LOPD, la primera de las cuales es el consentimiento del afectado³². Resulta evidente que esta primera condición para el tratamiento de datos, recogida en el artículo 6.1º, no es cumplida por quien difunde sexting ajeno.

En consecuencia, la difusión de sexting ajeno en determinados ficheros informáticos que permiten su tratamiento organizado, tales como páginas web, portales colaborativos o perfiles de redes sociales, infringe el derecho a la protección de datos personales y puede ser castigada conforme a las previsiones de la LOPD³³.

De acuerdo con el catálogo de infracciones de la Ley, quien difunde sexting ajeno en un soporte al que le sea de aplicación la LOPD, estará cometiendo una infracción muy grave, conforme al artículo 44.4º.b. Las sanciones previstas para estas conductas oscilan entre los 300.001 y 600.000 €. Dicha cantidad resulta a todas luces desorbitada³⁴. El artículo 44.5º.c permite la aplicación de la pena inferior en grado cuando “pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción”, extremo que consideramos de plena aplicación en estos casos, y que conllevaría la imposición de una multa de entre 40.001 y 300.000 €. Con eso y con todo, parece que dicha horquilla puede seguir resultando desproporcionada a la gravedad de la conducta que

³⁰ Artículo 3.a de la LOPD y 5.1º de su Reglamento de desarrollo. Para una explicación pormenorizada de estas afirmaciones, véase la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 20 de abril de 2009, F.J.3º. Desde un punto de vista doctrinal, resulta asimismo de interés: Rebollo Delgado, L.: “La imagen como dato”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 2, 2009, pp. 177-201.

³¹ Así lo demuestra la acción sancionadora más reciente de la Agencia Estatal de Protección de Datos (AEPD). Las Resoluciones 617/2008 y 35/2012 de la AEPD sancionan la publicación en Youtube de vídeos en los que aparecen personas que no han consentido dicha publicación; la Resolución 1215/2011 de la AEPD apercibe al titular de una página web por publicar imágenes de personas sin consentimiento; finalmente, la Resolución 2261/2011 apercibe por una conducta similar al titular de un perfil de la red social Facebook.

³² El artículo 6.1º LOPD establece que: “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

³³ Es preciso hacer notar que la LOPD excluye de su ámbito de aplicación los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente particulares o domésticas, en virtud de lo que se conoce doctrinalmente como la “exención doméstica” (art. 2.2.a). El alcance de esta exención es precisado en el artículo 4.a del Reglamento de desarrollo de la LOPD: “sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares”. En virtud de esta exención doméstica, cabe excluir *a priori* los perfiles de las Redes sociales del marco de aplicación de la LOPD, ya que normalmente dichos perfiles son empleados con una finalidad privada o doméstica. Ahora bien, como viene interpretándose desde tribunas jurisprudenciales y doctrinales, esta exención doméstica no será de aplicación cuando los datos sean especialmente sensibles, por referirse al estado de salud, la religión, la afiliación política, la raza o aspectos de la vida sexual de las personas. Este será el caso de la publicación de sexting ajeno, por lo que hay que concluir que el mismo no podrá ampararse bajo la exención doméstica.

³⁴ De ello da fe el siguiente hecho: el nuevo tipo penal en tramitación prevé, para la conducta que nos ocupa, una pena máxima de 12 meses multa; pena que, aplicando el máximo importe de multa por día establecido por el Código Penal (400 €), ascendería a 146.000 €.

se pretende castigar. En este sentido, es conveniente subrayar que hasta ahora la AEPD ha demostrado una prudente flexibilidad a la hora de castigar, adecuando las sanciones previstas en la Ley a la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta concreta, imponiendo multas sustancialmente inferiores a las previstas en la Ley cuando entendiéramos concurrían circunstancias que así lo aconsejaban³⁵.

Constatada la existencia de una infracción de las previsiones de la LOPD, procede a continuación analizar someramente la posible responsabilidad de los prestadores de servicios (ISPs) a través de los cuales se comparte el sexting ajeno ilícitamente, conforme a lo establecido en la LSSI.

A la hora de compartir imágenes, ya sea individualmente o con una pluralidad de personas, se recurre frecuentemente a servicios de transmisión o almacenamiento de datos, siendo lo más frecuente el empleo del correo electrónico, la mensajería móvil, páginas web colaborativas –como puede ser Youtube- o perfiles en redes sociales –como Facebook o Tuenti-. ¿Son considerados los prestadores de estos servicios de comunicación corresponsables de las imágenes de sexting que albergan o transmiten? O, por decirlo de otro modo, ¿puede una persona cuyo sexting se ha difundido sin su permiso, exigir responsabilidades a ISPs cuyos servicios han sido empleados para la difusión, tales como Google, Tuenti, Facebook, Youtube, Twitter, etc.?

El régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información está regulado en los artículos 13 y siguientes de la LSSI. El artículo 13 establece con carácter general que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”. Tras esta previsión general, en los artículos 14 al 17, la LSSI describe la específica responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, distinguiendo el tipo de servicio de que se trate (provisión de acceso, almacenamiento de datos, instrumentos de búsqueda, etc.) Debido a la imposibilidad práctica de controlar *a priori* la legalidad de los contenidos que albergan, recomiendan o transmiten, el régimen de responsabilidad previsto por la LSSI es un régimen comprensivo con el proveedor del servicio, estableciendo como norma general la no responsabilidad por los contenidos siempre que se cumplan dos condiciones: que no se tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y que cuando se tenga, se actúe con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos³⁶. Así pues, los ISPs podrán incurrir en responsabilidad por almacenar o contener enlaces hacia sexting publicado sin consentimiento del protagonista tan sólo cuando tengan “conocimiento efectivo” de su existencia e ilegalidad, y no actúen con diligencia par retirar dichos datos o hacer imposible el acceso a los mismos.

El “conocimiento efectivo” de la ilicitud del contenido alojado, por tanto, constituye el elemento principal que fundamenta la responsabilidad de los ISPs por contenidos ajenos. ¿Cuándo tendrá un ISP conocimiento efectivo de la existencia e ilicitud de un determinado contenido? ¿Basta la mera denuncia o queja del protagonista del sexting, cuyos derechos se vulneran, realizada directamente a los responsables del servicio? ¿O será necesario que éste presente un documento oficial que acredite fehacientemente ante el ISP la ilicitud del contenido? La jurisprudencia más reciente entiende que el ISP puede llegar a un conocimiento efectivo de la ilicitud de un determinado contenido por dos vías: o por la existencia de una resolución administrativa o judicial que acredite la ilicitud, vía prevista expresamente en el artículo 16.1º LSSI; o por el carácter manifiestamente ilegal del contenido, cuya evidente ilicitud no deja lugar a dudas en el ISP sobre su inadecuación al ordenamiento jurídico³⁷.

³⁵ Véase, por todas, la Resolución 617/2008 la AEPD, caso Calle Montera, en el que por una infracción grave se impuso la multa de 600€.

³⁶ Para un análisis detenido del régimen de responsabilidad de los ISPs, véase: Pérez Velasco, M. M. y Conde Castejón, J.: “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación”, En: *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 119-128.

³⁷ SSTs de 9 de diciembre de 2009, caso “putasgae.org”, y de 10 de febrero de 2011, caso “alabarricadas.com”. En este mismo sentido, Rubí Puig argumenta: “En casos en los cuales la intromisión es autoevidente, esperar a la existencia de una resolución administrativa o una decisión judicial firme agrava la posición del perjudicado, que ha de arrostrar con la persistencia de la difamación en la red hasta que la decisión gane firmeza y pueda ser comunicada al ISP que alberga los contenidos en cuestión”. Rubí Puig, A.: “Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, p. 12.

En los casos de difusión de sexting sin consentimiento del productor-protagonista, pensamos que la ilicitud del contenido resulta manifiesta y evidente, por lo que el sujeto afectado podrá exigir la retirada del material —o del enlace que lo recomienda— sin necesidad de acreditar su ilicitud mediante un documento de carácter oficial (ya sea una sentencia o una resolución de la AEPD). El ISP, tras la denuncia de afectado adquirirá un conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, y quedará obligado a suprimir las imágenes de sexting o hacerlas inaccesibles con diligencia. Cuando el prestador de servicios no lleva a cabo esta remoción con diligencia, responderá civil, penal o administrativamente conforme a las normas analizadas anteriormente.

4. Conclusiones

1. Las nuevas tecnologías digitales de captación de la imagen y comunicación están propiciando la aparición de nuevas formas y hábitos de relación, particularmente entre las personas más jóvenes. Entre estos nuevos fenómenos de comunicación se encuentra el sexting, que hemos definido como el envío o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. Si bien con matices, puede afirmarse que el sexting no merece reproche jurídico alguno. Ahora bien, sitúa a quien lo lleva a término en una posición de riesgo, ya que en el momento en el que envía libremente imágenes íntimas pierde el control sobre ellas. Las personas que reciben el sexting tienen en su mano la posibilidad de reenviarlo a terceros, produciendo efectos indeseados por el emisor original.

2. El reenvío y la difusión de sexting ajeno sin el permiso del protagonista supone un atentado contra, al menos, tres derechos fundamentales: el derecho a la intimidad personal, el derecho a la propia imagen, y el derecho al honor (art. 18.1º CE). Junto con ellos, también se puede entender conculcado el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4º CE), habida cuenta de que las imágenes de una persona constituyen auténticos datos personales conforme a las previsiones de la LOPD.

3. Desde el punto de vista civil, la difusión no consentida de sexting ajeno resulta ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia imagen. Dicha conducta lesiona simultáneamente los tres derechos protegidos por la citada Ley, lesión que es particularmente grave en el caso de la intimidad. La vía de reparación más frecuente será la económica, habiéndose de tener en cuenta para la determinación de la cuantía indemnizatoria tanto el carácter de las imágenes, como la difusión que se haya dado a las mismas. Tras el recorrido efectuado en las páginas anteriores, se ha concluido que la vía civil será la más apropiada para proteger los derechos del protagonista del sexting difundido sin consentimiento.

4. La redacción vigente del Código Penal no permite sancionar penalmente el reenvío de sexting ajeno, salvo mediante una interpretación forzada del delito de injurias, que nos parece inadecuada. En cuanto a los delitos contra la intimidad, ninguno de los tipos penales del artículo 197 es de aplicación, ya que exigen la apropiación ilícita del material íntimo, extremo que no concurre en el reenvío de sexting ajeno. En efecto, el difusor original del sexting ajeno ha recibido dichas imágenes del protagonista-productor del mismo, que se las ha remitido libremente. Este consentimiento a la hora de acceder al material impide la aplicación de los tipos penales de descubrimiento y revelación de secretos ajenos.

5. Tras los recientes acontecimientos acaecidos en Los Yébenes y su consiguiente impacto mediático, el Ejecutivo ha presentado un Anteproyecto de Ley que incorpora al Código Penal un nuevo artículo 197.4º.bis, con la finalidad de castigar penalmente la difusión de sexting ajeno sin consentimiento. La redacción propuesta, como se ha tenido ocasión de analizar, no acota el tipo penal a la difusión, revelación o cesión de imágenes íntimas de tipo sexual o erótico, limitándose a exigir su naturaleza gravemente lesiva contra la intimidad de la persona, lo que da entrada en el tipo penal a otro tipo de imágenes que desvelen aspectos de la intimidad —determinadas enfermedades o lesiones, adicciones a drogas, consumo inmoderado de alcohol, etc. Un punto formal de la redacción que a nuestro entender es mejorable es el referido al lugar en el que se han captado las imágenes. El Anteproyecto se refiere a “un

domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”; sin embargo, sería más acorde con la jurisprudencia constitucional en materia de intimidad la expresión “lugares privados” o “lugares no abiertos al público”. Dejando los aspectos formales de lado, la principal crítica de la reforma propuesta recae sobre la conveniencia de castigar en sede penal –*ultima ratio* dentro de un ordenamiento jurídico- un comportamiento ciertamente lesivo, pero que podría haber sido previsto y evitado por la víctima. Quien envía sexting propio a un tercero realiza una exposición voluntaria de su intimidad a una persona que entiende digna de su confianza, situándose libremente en una situación de riesgo. Pretender que el Derecho Penal blinde jurídicamente esa confianza resulta en nuestra opinión desproporcionado, contrario al principio de intervención mínima y de fragmentariedad del ordenamiento penal. Para evitar la difusión de imágenes íntimas hay que fomentar conductas responsables en las personas, no proteger –penalmente!-su inconsciencia de modo paternalista cuando realizan de modo tan voluntario como irresponsable exhibiciones de su intimidad que posteriormente escapan de su control.

6. Partiendo del hecho de que la imagen de una persona identificada o identificable resulta un dato personal, es preciso concluir que la LOPD puede ser de aplicación a algunos supuestos de reenvío no consentido de sexting. En concreto, cuando dicho reenvío implique la incorporación del sexting a un fichero que permita su tratamiento, como sucede al publicar el sexting en una página web o en el perfil de una red social. En estos casos, quien comparte el sexting vulnerará uno de los pilares de la normativa de protección de datos: el de la necesidad del consentimiento por parte del afectado. Al tratarse además de datos particularmente sensibles, que revelan aspectos relacionados con la vida sexual del sujeto, la infracción de la Ley revestirá la máxima gravedad, y llevará aparejada una sanción muy severa. En nuestra opinión, no existe proporcionalidad entre la gravedad de la conducta de quien reenvía sexting ajeno sin la autorización del protagonista, y las sanciones previstas en la LOPD para las infracciones muy graves (entre 300.001 y 600.000 €). Pensamos que la AEPD, cuando llegue el momento de exigir responsabilidades por estas conductas, buscará vías para mitigar la responsabilidad y adaptar la sanción a la efectiva antijuridicidad y culpabilidad en el caso concreto, como ha sabido hacer con prudencia hasta la fecha en supuestos similares.

7. Finalmente, en cuanto a la responsabilidad de los ISPs a través de los que se realiza la difusión del sexting ajeno y de acuerdo con las disposiciones de la LSSI, se ha concluido que no responderán por dicho contenido, salvo que tengan un conocimiento efectivo de su existencia y su ilegalidad y no procedan a evitar su difusión o retirarlo con la debida diligencia. El conocimiento efectivo de su existencia lo producirá la denuncia del usuario. El de su ilegalidad, se desprende de la propia naturaleza de las imágenes de sexting, por lo que no será necesario que el afectado la demuestre presentando una resolución judicial o administrativa que así lo atestigüe.

5. Bibliografía y Documentación

Agustina, J. R.: “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-11, 2010, pp. 1-44.

AP-MTV Digital Abuse Study, Knowledge Networks, Palo Alto, 2011.

Aznar, H.: “Intimidad e información en la sociedad contemporánea”, En: *Sobre la intimidad* (Coords. A. Vallés Copeiro del Villar y H. Aznar Gómez), Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1996, pp. 21-61.

Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación – Orange, Madrid, 2010.

García González, J.: “Protección penal de la intimidad: el artículo 197.1º del Código Penal”, En: *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 107-139.

Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2011.

Herrero-Tejedor, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1994.

Jareño Leal, Á: “El derecho a la imagen como bien penal”, En: *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. J. Boix Reig), Iustel, Madrid, 2010, pp. 109-126.

Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, Iustel, Madrid, 2008.

Juanatey Dorado, C. y Doval Pais, A.: “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, En: *La protección jurídica de la intimidad* (Dir. J. Boix Reig), Iustel, Madrid, 2010, pp. 127-169.

Martínez Otero, J. M. y Boo Gordillo, A.: “El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”, En: *La violencia de género en la adolescencia* (Dir. Javier García González), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 289-323.

Mitchell, K. J., Finkelhor, D. y otros: “Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study”, *Pediatrics*, núm. 129-1, 2012, pp. 13-20.

Pérez Velasco, M. M. y Conde Castejón, J.: “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación”, En: *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 119-128.

Puente Aba, L. M.: “Delitos contra la intimidad y las nuevas tecnologías”, *Eguzkilore*, núm. 21, 2007, pp. 163-183.

Rebollo Delgado, L.: “La imagen como dato”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 2, 2009, pp. 177-201.

Rubí Puig, A.: “Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 1-20.

Serrano Alberca, J. M.: “Artículo 18”, En: *Comentarios a la Constitución* (Ed. F. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 1985, pp. 351-364.

Teens and Sexting, Pew Research Center, Washington, 2009.