

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal),
de 21 de enero de 2021 [ROJ: STS 223/2021]**

SEXTING Y VIOLACIÓN. ARTÍCULOS 197.7, 178 Y 179 CP

1. RECURSO DE CASACIÓN Y EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2021 (ROJ 223/2021) resuelve el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuesto por el acusado, quien había sido condenado por un delito de elaboración y exhibición de pornografía infantil y un delito de violación continuada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, 760/2018, del 12 de noviembre de 2018 [ROJ SAP CC 325/2018]. La pena impuesta consistió en dos años de prisión por el primer crimen y once años, también de prisión, por el segundo. El Tribunal Supremo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, estima parcialmente los motivos de casación tercero y cuarto por inaplicación indebida de los artículos 189.1 y 179 del CP.

La Audiencia Provincial de Cáceres consideró en los hechos probados que el acusado y una menor, de 15 años de edad, mantuvieron una relación sentimental que concluyó en agosto del año 2014. Durante la relación, la víctima fotografió su cuerpo desnudo mientras se acariciaba, masturbaba y realizaba otros actos de carácter sexual, y, de forma posterior, envió este contenido íntimo al acusado través de la aplicación de *WhatsApp*. Ambas acciones fueron efectuadas por los requerimientos de su pareja, el autor del delito, quien guardó el material en su teléfono móvil. Después del cese de la relación, el acusado ejecutó un chantaje a la víctima, con la amenaza de enseñar el contenido de connotación sexual que guardaba a otras personas si no accedía a salir con él un determinado día. Ante la negativa de la víctima, días más tarde, el autor de los delitos cumplió las amenazas proferidas, enseñando a dos amigos de la víctima una imagen de la misma desnuda, introduciéndose los dedos en la vagina, en un cuarto de baño. No obstante, el chantaje se mantuvo en el tiempo y la víctima accedió a mantener relaciones sexuales completas con penetración vaginal en diferentes ocasiones. Por último, se destaca que los hechos se desarrollaron en un pequeño pueblo.

La conducta de exhibir la fotografía del desnudo de la menor, ¿se encuadra mejor en el artículo 189.1 del CP referente a la pornografía infantil o, por el contrario, encuentra una correspondencia más adecuada con el delito de *sexting* del artículo 197.9 del CP? Esta pregunta será resuelta en el segundo apartado de la presente reseña, mientras que en el tercer apartado se realiza un breve análisis sobre la intimidación moral y el alcance temporal del sí en el delito de violación.

2. ¿PORNOGRAFÍA INFANTIL O SEXTING?

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (denominadas TIC) son una clara evidencia del progreso acaecido en la época actual. Así, las nuevas tecnologías han influenciado todos los aspectos de la vida, incluido el ámbito de las relaciones humanas y el criminológico. Los menores, que son un colectivo especialmente vulnerable, dependiente y necesitado de protección, especialmente en la red, han experimentado un auge de las oportunidades que les ofrecen las TIC, pero también han padecido sus riesgos.

En los últimos años, el legislador ha efectuado numerosas reformas con el fin de proteger a los menores y ofrecer respuestas a las situaciones en las cuales sus bienes jurídicos son vulnerados. El caso expuesto es un claro ejemplo de transgresión de la intimidad personal, de la propia imagen y del honor —derechos contemplados en el artículo 18 de la CE de 1978— y se corresponde con el delito de *sexting* secundario —que podría ser definido como la difusión de contenido fotográfico y/o audiovisual, elaborado en el ámbito privado, pero divulgado sin el consentimiento de una de las partes— recogido en el artículo 197.7 del CP. Este subapartado se introdujo a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015] con el fin de solventar las lesiones graves —en alusión al principio de última ratio que debe regir en el Derecho penal— de la intimidad por la difusión de imágenes y/o grabaciones que, a pesar de ser generadas en un ámbito privado y personal con el consentimiento de la persona, son divulgadas en contra de su voluntad.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho número cuatro, sostiene un mejor encaje típico de la conducta desarrollada por el acusado en el artículo 197.7 del CP. Es más, no solo la actuación del acusado se ajusta mejor en el delito de *sexting secundario*, dado el contexto puntual en el que se produjo la exhibición de la fotografía, sino que el marco penológico le favorece en aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable.

En cuanto al delito de *sexting secundario* que es objeto de análisis, la Sentencia del Tribunal Supremo 492/2020, del 24 de febrero del 2020 [ROJ STS 492/2020], ha fijado los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 197.7 que se concretan en: (1) *acción nuclear*: esta consiste en divulgar imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima en un ambiente privado, es decir, fuera del alcance de terceros, incluyendo las remitidas por la persona afectada; (2) *origen de la captación y consentimiento de la víctima*: reiterando la remisión voluntaria de la víctima, ya sea por medios convencionales o electrónicos; (3) *inexistencia de la exigencia locativa*: pese a que el legislador haya especificado el domicilio, también ha incluido «cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros» con el fin de otorgar protección jurídico-penal a otros espacios donde la intimidad se desarrolla, véase un hotel; (4) *difusión, revelación o cesión de las imágenes como afirmación de la tipicidad*: en este punto, se excluyen todos los sujetos que son extraños al círculo de confianza en el cual la imagen es remitida,

y la incontrolada propagación en redes telemáticas llevadas a cabo por terceros; (5) *determinación del sujeto activo*: constituido por la persona que recibe voluntariamente la fotografía o grabación y, quebrantando la confianza que depositó la víctima en el sujeto, la reenvía o exhibe a terceros con fines sexistas, discriminatorios o de venganza —este último ítem se corrobora en los hechos probados—; (6) *inexigencia de una pluralidad de personas*: la condición de la difusión se cumple cuando se inicia la cadena, sin precisar si la persona lo remite a una o más, así como sin la necesidad de una divulgación masiva en las redes sociales. También recalca el tribunal que la víctima no es cooperadora necesaria del delito, sino víctima, por ende, la emisión de una foto íntima a un sujeto en un contexto de confianza no supone la renuncia al derecho a la intimidad o a la privacidad.

Todos los requerimientos expresados en el párrafo previo se cumplen en el caso analizado de acuerdo con los hechos probados, esto es, el sujeto, quien recibió contenido fotográfico íntimo de la víctima en un contexto de privacidad —véase la relación sentimental que mantenían—, exhibió una de las imágenes a dos sujetos ajenos a la situación objeto de grabación. Asimismo, se verificó el requisito que viene exigiendo la jurisprudencia de producir un grave menoscabo de la intimidad de la persona. Es más, este quedó satisfecho en el momento en el que el acusado mostró la imagen a terceros. Asimismo, la gravedad de la conducta se amplía por el contexto en el que se encontraba la menor, es decir, un núcleo poblacional de tamaño muy reducido que supone un mayor daño potencial por el conocimiento entre los habitantes de la zona. Así, se declara en la sentencia que el acusado debió anticipar el agravio que produciría en la víctima el hecho de enseñar su fotografía y la inadmisión de ninguna justificación en su conducta. En consecuencia, el Tribunal Supremo condena al acusado por el delito de *sexting* contemplado en el artículo 197.7 del CP, con una pena de nueve meses de multa a razón de seis euros diarios con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, más la prohibición de comunicación y de aproximación, a una distancia inferior a doscientos metros, respecto de la víctima con una duración de tres años.

3. LA INTIMIDACIÓN MORAL Y EL ALCANCE TEMPORAL DEL «SÍ» EN LOS DELITOS SEXUALES

A pesar de que el acusado manifiesta que las relaciones sexuales fueron consentidas debido a que las amenazas proferidas «no eran serias», el Tribunal Supremo sostiene, atendiendo a los hechos probados, que la amenaza de mostrar las fotografías actuó como mecanismo coercitivo intimidatorio para cumplir los deseos sexuales del recurrente. La exhibición de las imágenes de contenido sexual constituyó un mal grave, personal, racional y fundado de entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, quien actuó por un sentimiento de miedo y angustia ante el posible daño.

Entonces se cumple el requisito de la idoneidad del mal en el caso concreto, sobre todo, teniendo en cuenta la gran diferencia de edad entre el acusado y la menor. También se ha corroborado la negativa explícita y patente de la menor a mantener las relaciones sexuales.

A propósito de lo descrito, el Tribunal Supremo ha consolidado una línea jurisprudencial que defiende, a causa de que el miedo es una condición subjetiva, la innecesidad de una intimidación irresistible o de una gravedad inmensa. Si esta es suficiente y eficaz para conseguir el objetivo del acusado, paralizando la voluntad de la víctima e inhibiendo su resistencia, no es preciso un análisis más profundo. En este sentido, se señala que la resistencia de la víctima no es un requisito que se deba cumplir si la intimidación ejercida es clara y suficiente, puesto que la tipicidad se afirma por la conducta del sujeto en consonancia con la ausencia del consentimiento en las relaciones sexuales. La víctima afirmó en su declaración acceder a dichos encuentros de connotación sexual por la amenaza de difusión de las imágenes, es decir, bajo la intimidación psíquica que se ha tratado, por ende, se constata la ausencia de voluntariedad ídem. Además, el hecho de que la menor haya accedido de forma previa a tener este tipo de relaciones no implica que esta afirmación se prolongue para los acontecimientos posteriores, esto es, un sí previo no implica un sí infinito, y aunque esta afirmación parece obvia, el Tribunal Supremo incidió en esta cuestión, conducta que alabo y considero necesaria atendiendo a las noticias que se han sucedido en la sociedad patriarcal en la que nos encontramos inmersos.

Finalmente, la sentencia recoge la condena por un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 del CP que consta de nueve años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de comunicación y de aproximación, a una distancia inferior a doscientos metros, respecto de la víctima por tiempo de dieciocho años, manteniendo el resto de medidas y responsabilidad civil acordadas en la sentencia previa.

Isabel GARCÍA DOMÍNGUEZ
Criminóloga
Investigadora Predoctoral en Formación
Universidad de Salamanca
isabelgarcia Dominguez@usal.es