



Roj: **STS 492/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:492**

Id Cendoj: **28079120012020100084**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2020**

Nº de Recurso: **3335/2018**

Nº de Resolución: **70/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 70/2020

Fecha de sentencia: 24/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3335/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial der Madrid (Sección 15ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3335/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 70/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz



En Madrid, a 24 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el nº 3335/2018, interpuesto por la representación procesal de D. Constantino, contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2018 por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala nº 1398/2018, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 28 de mayo de 2018 dictada en el procedimiento abreviado nº 215/2017 del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.7 del CP., habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Ignacio-María Batllo Ripoll; y defendido por el letrado D. Rafael Ángel Torres Aparicio, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 6 de Majadahonda, tramitó procedimiento abreviado núm. 586/2016 por delito de descubrimiento de revelación de secretos, contra D. Constantino; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid, (proc. abreviado nº 215/2017) y dictó Sentencia en fecha 28 de mayo de 2018 que contiene los siguientes hechos probados: «Primero.- Se declara probado que el acusado Constantino, mayor de edad y sin antecedentes penales, que mantenía una relación de amistad con Joaquina, envió el día 6 de junio de 2016, desde su teléfono móvil con número NUM000 al número NUM001, del que era titular Federico, en esa época compañero sentimental de Joaquina, una fotografía en la que aparecía desnuda Joaquina sin consentimiento de la misma y que previamente Joaquina le había enviado a Constantino.»

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: «Que debo condenar y condeno a Constantino como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.7 del Código Penal a la pena de seis meses multa, con una cuota diaria de seis euros y apremio personal para el caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, con condena al pago de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con la advertencia de que la misma no es firme, pudiendo interponerse recurso de apelación ante este juzgado dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución.» (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Constantino, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 580/18 por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 25 de septiembre, en el rollo de apelación núm. 1398/2018, cuyo Fallo es el siguiente: «Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Constantino contra la sentencia dictada el 28 de mayo de 2018 en el Procedimiento Abreviado nº 215/17 por el Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS en todos sus extremos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas procesales de la apelación.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de CASACIÓN únicamente por infracción de Ley, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.»

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Constantino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- Por infracción de ley, por vulneración del art. 197.7º del CP.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 12 de julio de 2019, interesó la desestimación del motivo, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de febrero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



1.- Por la defensa de Constantino se interpone recurso de casación contra la sentencia 580/2018 de 25 de septiembre, dictada en grado de apelación -recurso 1398/2018- por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la sentencia núm. 206/2018, dictada el 28 de mayo anterior por el Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid.

La resolución recurrida condenó al acusado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.7 del CP a la pena de 6 meses de multa, con una cuota diaria de 6 euros y apremio personal para el caso de impago, a razón de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas.

2.- Se formaliza un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en el que se denuncia infracción de ley, por indebida aplicación del art. 197.7 del CP.

A juicio de la defensa, el hecho probado no puede ser subsumido en el delito por el que se ha formulado condena. El acusado no obtuvo la fotografía de Joaquina en su propio domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros -como exige el precepto legal-, sino que fue ella la que «... obviando su autoprotección», remitió al acusado la fotografía en la que se exhibía desnuda. Esa entrega -se aduce- no se hizo mediante un acto privado, como habría sido la entrega de una copia en soporte papel, sino a través de una red social, «... perdiendo (...) el control sobre la misma y sin saber hasta dónde puede llegar a parar al haber sido compartida».

Además, la imagen no se ha difundido, como exige el art. 197.7 del CP, ya que fue remitida sólo a una persona. El precepto emplea deliberadamente el vocablo «terceros», exigiendo, por tanto, una pluralidad de destinatarios.

También faltaría otro elemento del tipo, pues no ha existido un «grave menoscabo de la intimidad» de Joaquina. Si bien se mira, la imagen «... es un mero desnudo tomado por la propia denunciante, al parecer, ante el espejo de su habitación, carente en absoluto de cualquier connotación sexual o meramente provocativa». Se insiste por la defensa en que se trata de una imagen «... habitual en playas, piscinas, cines». Por si fuera poco, la foto fue remitida a una persona que «... ya compartía intimidad con la denunciante, por lo que no se le está exteriorizando ningún aspecto nuevo ni ninguna actitud vergonzante». Tampoco ha habido un perjuicio, pues la alegada ruptura sentimental con la nueva pareja que recibió la imagen no fue la causa de la ruptura, sino su consecuencia.

El motivo no puede prosperar.

2.- El art. 197.7 del CP ha sido, desde su introducción por la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, un precepto controvertido. Su valoración enfrenta a quienes consideran que se trata de un tipo penal indispensable para evitar clamorosos vacíos de impunidad -sexting o revenge porn- y aquellos otros que entienden, por el contrario, que la descripción del tipo vulnera algunos de los principios informadores del derecho penal.

La experiencia enseña -dicen los primeros- la existencia de amantes despechados que se vengan de su pareja -revenge porn- mediante la difusión de imágenes que nunca fueron concebidas para su visión por terceros ajenos a esa relación. Algunos de esos casos, por una u otra circunstancia, obtuvieron especial relevancia mediática en nuestro país. De hecho, nadie cuestiona que el deseo de dar respuesta a ese tipo de sucesos está en el origen de la reforma de 2015. La sociedad no puede permanecer indiferente -se razona- a la difusión intencionada de imágenes conectadas a la intimidad y que, una vez incorporada a una red social, multiplican exponencialmente el daño generado a la intimidad de una persona que sólo concebía un destinatario para su visión.

Pero esta justificación pragmática no convence a quienes consideran que la reparación de la intimidad vulnerada, cuando la imagen ha sido obtenida con pleno consentimiento de quien luego se convierte en víctima, debería obtener mejor acomodo fuera del ámbito del derecho penal. Se ha dicho que la tipificación de esta conducta supone la introducción de un insólito deber de sigilo para toda la población, convirtiendo a los ciudadanos en confidentes necesarios de los demás respecto de personas que han decidido abandonar sus expectativas de intimidad en relación con grabaciones o imágenes propias que son cedidas voluntariamente a terceros.

Esta Sala, aun consciente de esas dificultades, no puede limitarse a optar sin reservas por una u otra de las alternativas. Y si bien es cierto que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El art. 197.7 alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única. En definitiva, nuestro papel como órgano de casación no es otro que verificar si el juicio de subsunción que ha llevado en la instancia a la condena de Constantino como autor de un delito contra la intimidad, se ajusta a las exigencias que impone un juicio de tipicidad formulado con respeto a los principios de legalidad y taxatividad. Y no es ésta, desde luego, tarea fácil. La defectuosa técnica jurídica que inspiró la redacción del precepto dificulta la exégesis. Basta reparar en el sabor tautológico del último inciso del art. 197.7, en el que se alude a



la « *intimidad personal de esa persona* », como si existiera una intimidad no personal y, por tanto, devinculada de una persona.

2.1.- Sostiene la defensa que el art. 197.7 del CP sólo abarca aquellos supuestos en los que es el sujeto activo quien realiza la fotografía o toma el vídeo que luego resulta difundido. Así se derivaría de una interpretación literal de la frase «... *imágenes o grabaciones audiovisuales (...)* que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros».

La Sala no se identifica con esa interpretación.

2.1.1.- La acción nuclear consiste en difundir imágenes « *obtenidas* » con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo « *obtener* » -según el diccionario de la RAE- es sinónimo de *alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener*. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se *consiguen*, no se *logran*, no se *tienen*, no se *conservan* o no se *mantienen*.

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. *Obtiene* la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también *obtiene* la imagen 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. Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «... *en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros* ». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. 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. Y la exigencia de que la obtención se verifique «... *fuera del alcance de la mirada de terceros* », conduciría a excluir aquellos supuestos -imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescindiera de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en *obtener* sino en *difundirlas imágenes* -obtenidas con la aquiescencia de la víctima- y que afecten gravemente a su intimidad.

Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.

En palabras del Fiscal, sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.

2.1.2.- Tampoco puede identificarse la Sala con el argumento esgrimido por el recurrente -con algún apoyo dogmático- de que fue la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia foto al acusado a través de un programa de mensajería telemática. Ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar la lesión en bienes jurídicos del máximo valor axiológico. Basta para ello formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor sus propios bienes jurídicos. Las consecuencias derivadas de esta visión -piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual o contra el patrimonio- hacen inaceptable esta línea de razonamiento.

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.

2.1.3.- En su esfuerzo dialéctico orientado a demostrar la atipicidad de la conducta imputada, el Letrado de la defensa -en un elogiado ejercicio de técnica casacional- sostiene que el hecho probado no describe una verdadera difusión de la imagen de la víctima. El art. 197.7 exige que el soporte gráfico o audiovisual se haga



llegar a una pluralidad de personas. Así se desprendería de la expresión «... *revele o ceda a terceros*», utilizando el plural.

No tiene razón el recurrente.

Así como el vocablo *difundir* ha de entenderse como sinónimo de *extender*, *propagar* o *divulgar* a una pluralidad de personas, las expresiones *revelar* o *ceder* son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona.

Tiene razón el Fiscal al recordar que el requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes.

2.1.4.- Cuestiona también la defensa que se haya producido un grave menoscabo de la intimidad de Joaquina. Se trata de un «... *mero desnudo*», alejado de cualquier connotación sexual o provocativa. Además, se dirigió por el acusado a un tercero -la entonces pareja de la víctima- que ya compartía intimidad con aquélla. No ha existido un verdadero perjuicio, pues la ruptura sentimental sobrevenida no estuvo relacionada con el envío de la fotografía.

No podemos identificarnos con este discurso.

Están justificadas las críticas dogmáticas que han alertado acerca del hecho de que el único recorte típico en la esfera de incriminación venga dado por una cláusula valorativa indeterminada que genera inseguridad jurídica (« *menoscaabe gravemente la intimidad*»). Es cierto, pero también lo es que el objeto material de este delito no se integra por imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual. Se proyecta sobre toda 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. Lo verdaderamente determinante es que el desnudo es expresión inequívoca de la intimidad personal. El que su exhibición pueda ser consentida en determinados contextos no es obstáculo para reivindicar su exclusión frente a terceros no incluidos en el compartido ámbito de la privacidad.

3.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por D. Constantino, contra la sentencia 580/2018 de 25 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la sentencia núm. 206/2018, dictada el 28 de mayo por el Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid, en la causa seguida por el delito de descubrimiento y revelación de secretos y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García Dª. Carmen Lamela Díaz