

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066960

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 767/2023, de 3 de octubre de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5039/2021

SUMARIO:

Delitos contra la intimidad el derecho a la propia imagen. Delito de revelación de secretos. Delito de sexting. Conforme al artículo 197.7 del Código Penal, comete delito el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella 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 sala de Casación recuerda que una sola fotografía satisface el tipo penal del artículo 197.7, a pesar de que el tipo penal hable en plural y que no puede mantenerse la doctrina resultante de la sentencia recurrida, todo vez que muchos tipos penales están redactados en plural, como ocurre, por ejemplo, en los arts. 389 del Código Penal (sellos de correos o efectos timbrados), 399 bis (tarjetas de crédito o débito), 368 del Código Penal (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y resulta meritorio que la falsificación de un sello, el clonado, creación, producción o manipulación de una sola tarjeta de crédito, o la difusión a terceros de una única dosis de sustancia estupefaciente satisface las exigencias del tipo.

Por tanto se señala que la difusión de una sola imagen satisface las exigencias del tipo. Tanto se obtiene cuando se toma la imagen, como se obtiene cuando se recibe la imagen, en esto no identificamos diferencias esenciales, sino que ambas formas de obtención satisfacen el tipo penal aplicable. Recibir y obtener a estos efectos, es un comportamiento equivalente. La exhibición también satisface las exigencias de tipo, puesto que lo esencial no es el modo de difusión, sino esta misma acción que denigra la intimidad de la víctima. 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, por lo que 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. La acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes obtenidas con la aquiescencia de la víctima y que afecten gravemente a su intimidad. Contiene un subtipo agravado en el caso de que la conducta inicial hubiere sido cometida por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa. Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 197.7.

PONENTE:*Don Julian Artemio Sanchez Melgar.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 767/2023

Fecha de sentencia: 03/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5039/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 7ª A.P. de Barcelona

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5039/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 767/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 3 de octubre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL frente a la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona 489/2021, de 29 de junio de 2021, resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación núm. 123/21J) formulado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona núm. 38/2021, de 21 de enero de 2021 dictada en el P.A. 410/19 A dimanante de las Diligencias Previas núm. 314/18 del Juzgado de Instrucción núm. 32 de Barcelona, seguidas por presuntos delitos de daños, hurto y revelación de secretos contra DON Romualdo. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: como recurrente el Ministerio fiscal, y como recurrido el acusado Don Romualdo representado por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Alberto Sandeogracias López y defendido por la Letrada Doña María Rosa Sanz García-Muro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona con fecha 21 de enero de 2021 dictó Sentencia núm. 38/2021 en el Procedimiento Abreviado núm. 410/2019A seguido por delitos de daños, hurto y revelación de secretos contra DON Romualdo, cuyos HECHOS PROBADOS son los siguientes:

"Resulta probado y así expresamente se declara, que Romualdo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a los efectos de reincidencia, en fecha 22 de abril de 2018, y tras regresar al domicilio en el que convivía con su pareja sentimental Teodoro, sito en la CALLE000 NUM000 de la localidad de Barcelona, se inició una discusión entre ambos, en el transcurso de la cual, Romualdo, actuando con de propósito de menoscabar la propiedad ajena, rompió la pantalla de dos televisores propiedad de Teodoro, causando desperfecto a que han sido tasados en 913 euros.

Igualmente, el acusado, con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, aprovechando que su pareja se ausentó del domicilio y bajó a la vía pública a la espera de la policía y los servicios médicos, se apoderó de una serie de efectos propiedad de su pareja Teodoro, en concreto, un ordenador portátil Asus, un altavoz Bluetooth JBL, diversas prendas de vestir (un pantalón y dos camisetas), dos juegos de llaves, su pasaporte, 3 pulseras de plata, y un colgante de plata valorados todos estos objetos en 864 euros.

En la misma fecha 22 de abril, Romualdo, con el propósito de denigrar la intimidad de Teodoro, y sin su consentimiento, remitió por Whatsapp desde su teléfono móvil NUM001 al perteneciente a Juan Luis, amigo de Teodoro, una fotografía tomada con la anuencia del Sr. Teodoro, en la que aparece Teodoro recostado, con el torso descubierto y con un pene erecto junto a su cara, fotografía que tenía Romualdo, en su poder al habérsela remitido previa y exclusivamente a él, el propio Teodoro.

Teodoro ha recibido asistencia psicológica por síndrome ansioso depresivo, derivada de los hechos, al menos hasta la fecha de celebración del juicio, con diversas fluctuaciones, y que no ha provocado una plena recuperación del mismo."

El Fallo de referida Sentencia es el siguiente:

"Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Córdoba Schwaneberg en nombre y representación de Romualdo contra la Sentencia dictada a 21 de enero de 2021 por el Juzgado de lo Penal núm. 3, de Barcelona en el Procedimiento Abreviado núm. 410/19 debemos revocar y revocamos la misma absolviendo al acusado del delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que viene condenado, confirmando en lo demás la sentencia de instancia.

Se mantiene el comiso y destrucción de la sustancia intervenida.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley según el motivo previsto en el artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello según establece el artículo 847.1 b) del mismo cuerpo legal. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos firmamos."

Segundo.

Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de apelación (rollo de apelación 123/21J) que fue resuelto por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 29 de junio de 2021, dictó Sentencia núm. 489/2021, que respecto a los HECHOS PROBADOS dice lo siguiente: "Se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada".

El Fallo de la anterior resolución es el siguiente:

"Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Córdoba Schwaneberg en nombre y representación de Romualdo contra la sentencia dictada a 21 de enero de 2021 por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado núm. 410/19 debemos revocar y revocamos la misma absolviendo al acusado del delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que viene condenado, confirmando en lo demás la sentencia de instancia. Se mantiene el comiso y destrucción de la sustancia intervenida.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley Según el motivo previsto en el artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello según establece el artículo 847.1 b) del mismo cuerpo legal. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos firmamos."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo 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.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim. por infracción del art. 197.7 del Código Penal, existiendo interés casacional.

Quinto.

Es recurrido en la presente causa el acusado Don Romualdo que muestra oposición al recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, por escrito de 9 de mayo de 2018.

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto la Sala admitió el mismo; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

En el trámite conferido las partes se pronuncian sobre la aplicabilidad del presente recurso a la LO 10/22, de 6 de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

El Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, dictó Sentencia, con fecha veintiuno de enero de dos mil veintiuno, por la que se condenaba a Romualdo, como autor criminalmente responsable de un delito de revelación de secretos del artículo 197.7 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de diez meses a razón de ocho euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la misma y con abono de un tercio de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular, absolviéndole de los demás cargos, por la concurrencia de una excusa absolutoria, de los delitos de daños y hurto de los que era acusado. Declarando de oficio dos tercios de las costas del procedimiento. En concepto de responsabilidad civil se le condenó a que indemnice a Teodoro en la cantidad de 913 euros por los desperfectos ocasionados, 864 euros por los efectos sustraídos, y en la cantidad de 2.000 euros por el daño moral derivado del delito del que ha sido condenado, con aplicación de los intereses legales.

Esta resolución judicial fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, con fecha 29 de junio de 2021, la que decretó la absolución del acusado por el acusado delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que viene condenado, confirmando en lo demás la sentencia de instancia.

Frente a dicha Sentencia, ha interpuesto este recurso de casación, la representación procesal del Ministerio Fiscal, con un motivo único, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 197.7 del Código Penal.

La Audiencia Provincial revocó la Sentencia del Juzgado del Penal bajo la siguiente argumentación:

El art. 197.7 del Código Penal castiga, en los términos dispuestos en el mismo, a quien, 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.

Añade la Audiencia que el referido tipo se refiere a imágenes en plural, sugestivo de más de una, lo que nos llevaría a pensar, dicen los jueces "a quibus", que la remisión de una sola imagen no rellenaría las exigencias típicas. Con la remisión de una sola imagen no se podría descartar el error en el envío o el descuido. El envío de dos o más conlleva de forma clara la intencionalidad del envío descartando otras posibilidades que no pueden serlo totalmente en el envío de una sola imagen. Igualmente, el dato de que sea una sola imagen descarta la gravedad en la

vulneración del derecho a la intimidad de la persona que figura en la imagen. Por todo ello convenimos, dicen, en que debe absolverse a Romualdo del delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que viene condenado. Ello supone la estimación parcial del recurso.

Segundo.

Frente a dicha resolución judicial ha recurrido en casación el Ministerio Fiscal, mediante un motivo único, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 197.7 del Código Penal.

Suscita, dice el Fiscal, interés casacional en tanto se opone a la doctrina jurisprudencial ya declarada en SSTS 70/2020, de 24 de febrero, y 37/2021, de 21 de enero.

Respecto a la circunstancia de que trate de una sola fotografía, no hay duda en los hechos probados. En efecto, de estos resulta que, como consecuencia de una discusión habida entre el acusado, Romualdo, y su pareja sentimental Teodoro, con la que convivía en la CALLE000 NUM000 de la ciudad de Barcelona, en el transcurso de la cual, Romualdo, actuando con de propósito de menoscabar la propiedad ajena, rompió la pantalla de dos televisores propiedad de Teodoro, causando desperfecto a que han sido tasados en 913 euros.

Igualmente, el acusado, "con el propósito de obtener un beneficio patrimonial ilícito, aprovechando que su pareja se ausentó del domicilio y bajó a la vía pública a la espera de la policía y los servicios médicos, se apoderó de una serie de efectos propiedad de su pareja Teodoro, en concreto, un ordenador portátil Asus, un altavoz Bluetooth JBL, diversas prendas de vestir (un pantalón y dos camisetas), dos juegos de llaves, su pasaporte, 3 pulseras de plata, y un colgante de plata valorados todos estos objetos en 864 euros".

Para lo que es objeto de este recurso de casación, se expone literalmente:

"En la misma fecha 22 de abril, Romualdo, con el propósito de denigrar la intimidad de Teodoro, y sin su consentimiento, remitió por Whatsapp desde su teléfono móvil NUM001 al perteneciente a Juan Luis, amigo de Teodoro, una fotografía tomada con la anuencia del Sr. Teodoro, en la que aparece Teodoro recostado, con el torso descubierto y con un pene erecto junto a su cara, fotografía que tenía Romualdo, en su poder al habérsela remitido previa y exclusivamente a él, el propio Teodoro".

De la interpretación jurisprudencial que hace esta Sala Casacional se deduce que una sola fotografía satisface el tipo, y que no puede mantenerse la doctrina resultante de la sentencia recurrida, todo vez que muchos tipos penales están redactados en plural, como ocurre, por ejemplo, en los arts. 389 del Código Penal (sellos de correos o efectos timbrados), 399 bis (tarjetas de crédito o débito), 368 del Código Penal (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y resulta meridiano que la falsificación de un sello, el clonado, creación, producción o manipulación de una sola tarjeta de crédito, o la difusión a terceros de una única dosis de sustancia estupefaciente satisface la exigencias del tipo. La Audiencia, es verdad, que no desconoce este criterio, sino que lo relaciona con la teoría del error, anclada negativamente en la construcción dogmática del dolo, lo que no es aplicable a este caso, pues se acuña en la redacción del factum la siguiente frase: "... con el propósito de denigrar la intimidad de Teodoro, y sin su consentimiento, remitió por Whatsapp desde su teléfono móvil...", suficientemente comprensiva de la intencionalidad del agente.

De modo que se cumplen todos los requisitos exigidos por el art. 197.7 del Código Penal (delito de sexting), que castiga al 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.

Desde nuestro punto de vista, no hay duda de que el acusado obtuvo tal imagen procedente precisamente de su pareja sentimental, que resultó, a la postre, afectado en su intimidad por el comportamiento de Romualdo, de modo que es palpable que le había remitido previamente a los hechos la víctima al acusado "una fotografía tomada con la anuencia del Sr. Teodoro, en la que aparece Teodoro recostado, con el torso descubierto y con un pene erecto junto a su cara, fotografía que tenía Romualdo, en su poder al habérsela remitido previa y exclusivamente a él, el propio Teodoro". Ciertamente con objeto de su exclusiva contemplación y no de terceros, como se relata en el factum, Teodoro había enviado a Romualdo una fotografía de indudable contenido sexual (eso nadie lo ha puesto en duda), que el acusado, "con el propósito de denigrar la intimidad de Teodoro, y sin su consentimiento", remitió por vía Whatsapp a un "amigo de Teodoro" (identificado en la resultancia fáctica).

Esa forma de obtención es una de las posibles que prevé el tipo penal, y a las que se refiere nuestra jurisprudencia, particularmente descriptiva en la STS 70/2020, de 24 de febrero. Dictada en recurso para la unificación de criterios de esta Sala Casacional.

En ella, se mantiene lo siguiente:

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, 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".

Y apostilla la citada Sentencia de Unificación de Criterios: "No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes obtenidas con la aquiescencia de la víctima y que afecten gravemente a su intimidad".

Desde nuestro punto de vista, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual nada ha añadido al núcleo de la protección sustancial del precepto, sino que lo que efectúa es una incriminación de la conducta consistente en la redifusión o retuiteo de tales imágenes, por los terceros que las han recibido, naturalmente sancionando con menor pena a este comportamiento que la prevista para el autor de la difusión inicial, que es el que obtuvo inicialmente de la víctima la escena de contenido afectante de forma grave a la intimidad del mismo, y que sin su permiso o anuencia, la difunde a terceros, de cualquier modo que se produzca tal difusión, entre cuyos contornos fácticos admite cualquier exhibición, reenvío o redifusión a personas extrañas a la relación que permitió tal entrega exclusiva, por medio de la cual el agente obtuvo la imagen en cuestión.

Así, pues, el nuevo párrafo segundo de tal precepto, introducido por dicha Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, únicamente prevé, como comportamiento de segundo grado, tal redifusión, en los siguientes términos:

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

Permanece incólume el párrafo (ahora) tercero que contiene un subtipo agravado en el caso de que la conducta inicial hubiere sido cometida por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Por las razones expuestas, y en este subtipo agravado, procede estimar el recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal, y condenar al acusado en los propios términos en que lo fue por el Juzgado de lo Penal.

Tercero.

Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, tanto por el sentido del fallo, como en consideración a la posición institucional que ostenta el Ministerio Fiscal como recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL frente a la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona 489/2021, de 29 de junio de 2021.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso.

3º.- CASAR y ANULAR en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 5039/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 3 de octubre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL frente a la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona 489/2021, de 29 de junio de 2021. Sentencia que fue recurrida en casación por el Ministerio fiscal y que ha sido casada y anulada en la parte que le afecta por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo al estimarse el recurso formulado. Por lo que los mismos Excmos. Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Procede condenar al acusado Romualdo a la propia pena impuesta por el Juzgado del Penal.

FALLO

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

Que debemos condenar, como debemos, a Romualdo, como autor criminalmente responsable de un delito de revelación de secretos del artículo 197.7 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas

de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de diez meses a razón de ocho euros diarios, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la misma. Con abono de un tercio de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular. Se mantienen los demás extremos del fallo de la primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA y DON JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA, a la Sentencia núm. 767 de 2023, en el recurso de casación núm. 5039/2021

No debe causar extrañeza que un tipo penal, que ha crecido, como por aluvión, en reformas encadenadas, impulsadas a veces por sucesos muy coyunturales, y cuya redacción es tan defectuosa gramaticalmente, como alambicada y tortuosa jurídicamente (STS 70/2020, de 24 de febrero), suscite discrepancias y dudas interpretativas. Habrán de despejarse a través de sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales. Con voluntad de asumir el criterio de la mayoría a partir de ahora, pero, convencidos de que no sobra en ese progresivo acercamiento jurisprudencial aflorar el debate interno y las posiciones contrapuestas surgidas y defendidas, hacemos públicas las razones que nos llevaron a apartarnos de la opinión que plasma en la sentencia.

Este voto enlaza en alguna medida con el que formulamos a la STS 699/2022, de 11 de julio, con Sala de idéntica composición. El asunto es parecido; no igual. De ser totalmente similar sería ejercicio vano insistir de nuevo. Llega un momento en que las propias opiniones jurídicas han de ceder ante las asumidas por el órgano al que se sirve. Pasan a ser criterios del Tribunal convertidos en doctrina jurisprudencial a sostener por todos sus integrantes cuando actúan en esa condición, una vez que ya se dejó constancia de la propia visión.

Pero al aparecer otro punto de disenso, parece obligado reiterar por remisión la argumentación que dio lugar a ese voto particular.

II.-

Los temas compartidos con aquél precedente giran alrededor del elemento locativo incorporado a la tipicidad de forma perturbadora. Ha alentado una interpretación muy flexibilizadora, llegando casi a entenderse que constituye carga de la defensa demostrar la ausencia de ese requisito típico interpretado, además, con una laxitud que no dispensamos en otras tipicidades.

Decíamos sobre ese punto en el citado voto particular:

"Respecto a la primera de las objeciones, consideramos que los hechos probados -la remisión por la denunciante de una foto en la que se muestra su zona pectoral al recurrente y su posterior reenvío por este a una tercera persona- no identifican la conducta típica descrita en la norma.

Esta exige que las imágenes o grabaciones audiovisuales que se revelan o cedan a terceros sin autorización de la persona afectada hayan sido previamente obtenidas, con intervención de quien las revele o ceda, en un domicilio o un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

2. La sentencia de la que respetuosamente discrepamos, en los términos ya expuestos en la STS 70/2020, de 24 de febrero que le sirve de guía decisional, reconstruye, con efectos extensivos, la conducta típica, mediante la desagregación los distintos elementos que la integran

Para la sentencia mayoritaria, el verbo obtener es sinónimo de conseguir, alcanzar, lograr algo, tener, conservar y mantener. Por tanto, su alcance típico es del todo compatible con que sea la propia víctima quien remita al posterior divulgador las imágenes o grabaciones audiovisuales, sin que resulte necesario que este participe en el proceso de obtención.

También se descarta que la exigencia de que las imágenes hayan sido obtenidas en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros "añada una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor". Precisándose que 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".

Lo que se reitera, ya en términos conclusivos, cuando se afirma " no podemos aferrarnos a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener, sino en difundir las imágenes -obtenidas con aquiescencia de la víctima- y que afecten gravemente a su intimidad".

3. No compartimos el método de análisis escogido. Lejos de lo que se afirma en la sentencia mayoritaria, reproduciendo el precedente de 2020, el núcleo de la conducta típica no es solo difundir las imágenes -obtenidas con aquiescencia de la víctima- y que afecten gravemente a su intimidad.

Dicho núcleo también se integra por las exigencias típicas de que las imágenes difundidas hayan sido obtenidas en las condiciones precisadas en la norma.

Se desvincula, a nuestro parecer injustificadamente, la acción obtener del contexto en el que el tipo precisa que deben obtenerse las imágenes o las grabaciones audiovisuales.

Contexto típico que determina, también, la intervención del sujeto activo en la obtención -" será castigado (...) el (...) que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros"-.

4. Por otro lado, no identificamos con claridad por qué en este caso la literalidad, incluso la "microliteralidad" a la que se refiere la sentencia, puede oscurecer, como se afirma, la cabal comprensión de la regla.

Nos atreveríamos a afirmar que, de contrario, es la interpretación desagregada de los distintos elementos que conforman la conducta típica prevista en la norma la que dificulta su comprensión, generándose un producto normativo interpretado que poco tiene que ver con el producto original legislado.

5. Desviación que, en materia penal, y en cuanto suponga una ampliación del espectro típico, compromete los mandatos de certeza y de taxatividad interpretativa como garantías específicas del derecho a la libertad de los ciudadanos.

Creemos que no puede confundirse la necesidad, cuando se trata de interpretar el alcance de los elementos del tipo, de acudir a otros cánones interpretativos que más allá de la mera fórmula gramatical permitan obtener enunciados claros y previsibles, con la posibilidad de prescindir de los propios enunciados gramaticales construyendo una nueva norma con un renovado espacio de prohibición.

La interpretación a partir de los significantes utilizados por el legislador sin respetar el orden con que se utilizan en la regla no puede ir más allá, en perjuicio de la persona acusada, de lo que admiten el fin y el contexto de la norma.

A continuación, consignábamos algunas referencias jurisprudenciales del TEDH y del TC sobre las exigencias del principio de legalidad en materia penal. Las damos por reproducidas. Concluíamos:

"Y en el caso, como adelantábamos, creemos que esos límites se han traspasado al limitar el núcleo de la prohibición a la mera divulgación prescindiendo de las condiciones típicas relativas a cómo y por quién se ha obtenido lo divulgado y al reducir, hasta la irrelevancia prescriptiva, las exigencias locativas de obtención precisadas en la norma.

La prohibición de analogía garantiza no solo la observancia del sentido literal, sino también la de la ley interpretada sistemáticamente en favor del ciudadano. Un comportamiento no punible de acuerdo con la voluntad expresada en la norma no puede ser declarado punible por los tribunales, incluso aprovechando los significados literales de los distintos elementos lingüísticos utilizados por el legislador.

Creemos que la norma del artículo 197.7 CP no plantea ninguna dificultad significativa para comprender e identificar el espacio de prohibición en los términos literales utilizados por el legislador. Consideramos que no hace falta prescindir de la literalidad para obtener la cabal comprensión de la regla.

Y ello sin perjuicio de que se considere que el producto resultante adolece de irracionalidad pragmática por no responder a los fines de protección político-criminales a los que debería responder. Pero, a nuestro parecer, esa discrepancia entre producto legislado y fines pragmáticos no nos permite a los jueces modificar, ampliándolo, el mandato textual de prohibición contenido en la norma. Para ello disponemos de la vía proposicional del artículo 4 CP".

III.-

Se detecta, además, un factor diferencial frente al precedente aludido. Deriva de un cambio sobrevenido del marco normativo. Hemos de manejar no el texto penal que regía en los asuntos hasta ahora examinados por la Sala, sino otro novedoso que, indirectamente, a nuestro entender, obliga a reinterpretar, incluso partiendo de la tesis mayoritaria, el tipo penal aplicado. El Código Penal es un todo sistemático. En ocasiones la modificación de un precepto o la adición o supresión de otro repercuten en la exégesis de normas que no han experimentado variación alguna.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre ha introducido un nuevo párrafo en el art. 197.7 que queda redactado así:

"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 aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

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

Hemos destacado tipográficamente mediante cursiva la novedad.

La distinción entre el tipo básico (197.7.1º CP) y el novedoso tipo atenuado (197.7.2º) que debuta ahora en la agenda de este Tribunal, no radica en los verbos rectores (difundir, revelar, ceder sin consentimiento del afectado). Tampoco en el objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas en algún lugar reservado con la anuencia del afectado idóneas para afectar gravemente a la intimidad.

El elemento diferencial estriba en que en un caso es el sujeto activo quien ha obtenido las imágenes o grabaciones; y en el otro, de penalidad rebajada, no las ha obtenido; las ha recibido.

No encontramos herramienta gramatical o léxica alguna para considerar que quien recibe del afectado, obtiene; y, sin embargo, quien recibe de otra persona, no obtiene, sino que sencillamente recibe. La única manera racional de coordinar ambos preceptos es considerar que obtener significa captar directamente; y recibir abarca todas las conductas en que el sujeto activo no ha intervenido en la captación o grabación de las imágenes o secuencia visual. El verbo recibir evoca una actitud pasiva del sujeto (tomar lo que le envían); obtener alberga un componente activo (conseguir lo que se pretende).

Esa diferenciación, también en una perspectiva teleológica, encierra cierta lógica: se distinguen las conductas por su respectiva gravedad; aunque puede opinarse fundadamente que hay un punto mayor de antijuricidad en quien quebranta la confianza demostrada por el afectado al compartir con él su intimidad.

Pero, en cualquier caso, no hay forma inteligible de sostener que quien recibe del afectado obtiene y quienes reciben de un tercero, no obtienen, sino que, en ese supuesto, solo reciben. O todos obtienen o todos reciben, pero no obtienen en el sentido del art. 197.7 CP. No encontramos otra fórmula para cohesionar ambos tipos.

El primer acercamiento jurisprudencial a la norma (que se produjo a través de un pronunciamiento de Pleno), de forma comprensible y justificable pero un tanto voluntarista en nuestro modesto entender, quiso incluir en el tipo a quien recibía del afectado la imagen, defraudando esa confianza; pero, al mismo tiempo, reputó excesivo extender los tentáculos del precepto a terceros.

Al paso de esa restricción jurisprudencial ha salido el legislador, haciendo ya gramaticalmente inviable ese dribbling interpretativo que queda descalificado e imposibilitado por la reforma de 2022. Esta legislación, en ese sentido, resulta más favorable y aplicable retroactivamente. Por ello se confirió un trámite de audiencia a las partes al amparo de la Disposición Transitoria 9ª CP 1995.

De entenderse sorteables los obstáculos de tipicidad resaltados en el apartado anterior de este voto, consideramos que los hechos debieran ser reubicados en el párrafo 2º del art. 197.7, norma posterior más beneficiosa que implícitamente ha extraído del párrafo anterior ese grupo de supuestos. El recurrente recibió; no obtuvo en el sentido del art. 197.7 CP. La pena debiera haberse reducido.

Antonio del Moral García Javier Hernández García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.