



Roj: **STS 2999/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2999**

Id Cendoj: **28079120012022100695**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2022**

Nº de Recurso: **3204/2020**

Nº de Resolución: **699/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 699/2022

Fecha de sentencia: 11/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3204/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 3ª AP Oviedo

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: BDL

Nota: NO PUBLICACIÓN DE LOS NOMBRES DE LAS PARTES, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 906 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

RECURSO CASACION núm.: 3204/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 699/2022

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 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal de la **acusación particular DOÑA Ramona**, contra la Sentencia 169/2020, de 7 de mayo de 2020 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación PA 272/2020) formulado frente a la Sentencia 31/2020, de 29 de enero de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Oviedo, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 266/2019 dimanante de las Diligencias previas núm. 550/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Mieres, seguidas por delitos de revelación de secretos y vejaciones leves contra Don Inocencio. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, como recurrente la acusación particular DOÑA Ramona, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Pilar Huerta Camarero y defendida por el Letrado Don Óscar Baeza Chibel, y como recurrido el acusado Don Inocencio representado por el Procurador de los Tribunales Don Tomás Ladislao García-Cosío Álvarez y defendido por el Letrado Don Alejandro Álvarez-Buylla Fernández- Ladreda.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Oviedo en el Rollo de Sala PA núm. 266/2019 seguido por delitos de vejaciones leves y revelación de secretos contra **DON Inocencio**, dictó Sentencia 31/2020, de 29 de enero de 2020, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"ÚNICO.- D. Inocencio y Doña Ramona fueron pareja sentimental sin convivencia desde finales de agosto de 2015 y, tras varias rupturas, terminó el 30 de octubre de 2017.

El 9 de diciembre de 2017 la Sra. Ramona recibió desde el whatsapp de su amiga Doña Herminia con nº de teléfono NUM000, una foto suya con el pecho desnudo sobre el texto: "Ramona creo que te gustan mucho los calabacines y de postre los plátanos bien maduros, es cierto?" La fotografía fue enviada por D. Inocencio, sin consentimiento de Doña Ramona, con la intención de que la Sra. Herminia se la hiciera llegar a la denunciante y criticar su peso. La fotografía había sido enviada por Doña Ramona a D. Inocencio cuando eran pareja sentimental.

D. Inocencio envió desde su teléfono móvil nº NUM001 al móvil nº NUM002 de Doña Ramona, en fecha sin determinar pero tras la ruptura de la pareja, mensajes de whatsapp con el siguiente contenido: "Ahí te dejo tus cosas, Cari, incluida la vaselina, para que la aproveches, ya que tienes el camino abierto y solo está usada por tí"; "Acabo de estar en tu casita pero no me abriste.., igual te desperté si llegaste tarde, o igual ya no estabas porque fuiste a trabajar. Ah no, tú trabajas en turno de tarde-noche, es verdad. Sorry!!"

El acusado carece de antecedentes penales."

El **Fallo** de la Sentencia anterior es el siguiente:

"QUE CONDENO A D. Inocencio como autor de un delito de revelación de secretos y de un delito de vejaciones leves, ya definidos, a las penas por el primer delito, de multa de nueve meses y un día con cuota diaria de 8 responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 Código penal en caso de impago, y la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse con Doña Ramona durante dos años. Estas prohibiciones comprenderán la prohibición de acercarse a la Sra. Ramona en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y la de establecer con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual; y por el segundo delito, la pena de ocho días de localización permanente.

D. Inocencio deberá indemnizar a Doña Ramona en 500 euros por el perjuicio causado, suma que se incrementará con el interés de mora procesal previsto en el art. 576 LEC.

Con imposición de las costas, incluidas las de la acusación particular.

Habiendo correspondido la instrucción de la causa a un Juzgado con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer, remítase la Sentencia al mismo por testimonio.

Notifíquese la presente Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se formalizará ante este juzgado en el plazo de DIEZ DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación, para su resolución ante la Audiencia Provincial de Oviedo. Notifíquese igualmente a los ofendidos y perjudicados, aun cuando no se hayan mostrado parte en la causa.



Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se formuló **recurso de apelación** (Rollo de apelación núm. 272/2020) que fue resuelto por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sentencia 169/2020, de 7 de mayo de 2020, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice que se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

El **Fallo** de mencionada resolución es el siguiente:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Inocencio contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2020 pronunciada por la Il.ª Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Oviedo en las diligencias de procedimiento Abreviado de la que esta alzada dimana, revocamos la citada resolución en el sentido de absolver libremente al indicado recurrente del delito de revelación de secretos del que venía condenado, declarando de oficio la mitad de las costas procesales causadas en la primera instancia y la totalidad de las del recurso.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal de la **acusación particular DOÑA Ramona** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esa 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 la representación legal de la acusación particular DOÑA Ramona , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primer Motivo.- Con base en el art. 849.1º LECr., en relación con el art. 18 CE, por **inaplicación** indebida del art. 197.7.2º del Código Penal.

Segundo Motivo.- Con base en el art. 849.1º LECr., por **inaplicación** indebida del art. 173.4 CP, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

QUINTO.- Es **parte recurrida** en el presente procedimiento el **acusado DON Inocencio** , que solicita la inadmisión del mismo por las razones expuestas en su escrito de fecha 23 de marzo de 2021.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto interesó la admisión a trámite del mismo y la **estimación** del primero de los motivos, por las consideraciones expuestas en su informe de fecha 16 de abril de 2021; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de marzo de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 17 de mayo de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo, condenó a Inocencio como autor de un delito de revelación de secretos y de un delito de vejaciones leves, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, que en realidad se refieren al primer delito, junto a la indemnización civil en cuantía de en 500 euros y costas.

Los hechos probados expresan que Inocencio e Ramona fueron pareja sentimental sin convivencia desde finales de agosto de 2015 y, tras varias rupturas, terminó dicha relación el día 30 de octubre de 2017.

El 9 de diciembre de 2017 la Sra. Ramona recibió desde el Whatsapp de su amiga D.ª Herminia , una foto con el pecho desnudo de Ramona , con el siguiente texto: " Ramona creo que te gustan mucho los calabacines y de postre los plátanos bien maduros, es cierto?" La fotografía fue enviada por D. Inocencio , sin consentimiento de D.ª Ramona , con la intención de que la Sra. Herminia se la hiciera llegar a la denunciante. La fotografía había sido enviada por D.ª Ramona a D. Inocencio cuando eran pareja sentimental.

También se expresa que D. Inocencio envió desde su teléfono móvil al móvil de D.ª Ramona , en fecha sin determinar, pero en todo caso tras la ruptura de la pareja, mensajes de Whatsapp con el siguiente contenido: "*Ahí te dejo tus cosas, Cari, incluida la vaselina, para que la aproveches, ya que tienes el camino abierto y solo*



está usada por ti"; "Acabo de estar en tu casita pero no me abriste... igual te desperté si llegaste tarde, o igual ya no estabas porque fuiste a trabajar. Ah no, tú trabajas en turno de tarde-noche, es verdad. Sorry!!"

Frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que condenó al acusado como autor de un delito de revelación de secretos y otro delito de vejaciones leves, recurrió en apelación el acusado, siendo revocada la referida resolución judicial en el apartado correspondiente al primer delito, el delito de revelación de secretos, del art. 197.7.2º del Código Penal, e implícitamente también en el segundo, pues la Audiencia no analizó esta cuestión, pero revocó totalmente la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal.

Frente a dicha resolución judicial, formaliza la acusación particular este recurso de casación, por interés casacional.

SEGUNDO .- En primer lugar, hemos de poner de manifiesto que el recurso tiene interés casacional, tanto por la novedad del precepto aplicado, como por contrariar a la jurisprudencia de esta Sala Casacional, en los términos que señalaremos más adelante, por lo que se cumplen los requisitos de nuestro Acuerdo Plenario de 9 de junio de 2016.

Hemos dicho en nuestra STS 259/2022, de 17 de marzo, que la reforma de 2015, al introducir el recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales, condiciona su admisión a que el gravamen sobre el que se sustenta, revista interés casacional. Lo que resulta del todo coherente con la finalidad principal a la que responde dicha modalidad de recurso: el fortalecimiento de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, permitiendo que podamos pronunciarnos sobre toda cuestión que afecte al alcance y a la interpretación de las normas penales sustantivas, con independencia de la naturaleza menos grave o grave del delito del que se trate. Garantizada la segunda instancia plenamente devolutiva, en los términos exigidos por la normativa convencional cuando se trate de pronunciamientos condenatorios, el legislador ordinario "recupera" una amplia libertad configurativa para diseñar el régimen de recursos, pudiendo, por ello, acudir, en particular con relación al recurso de casación, a fórmulas "a certiorari" amplias en la que se primen, como criterios de admisión, objetivos más generales de armonización de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la norma.

TERCERO .- Cumplido tales requisitos procesales, hemos de destacar, para centrar el objeto de la controversia, en que la razón de la absolución que decreta la Audiencia, no es como consecuencia de la ausencia de difusión de la fotografía en cuestión, pues entiende que, aunque la misma se reenvió a una sola persona, la referida Sra. Herminia, se había cumplido tal elemento normativo conforme a la doctrina legal de esta Sala Casacional (STS 70/2020, de 24 de febrero), y lo propio, en cuanto al requisito de su obtención, porque la denunciante envió tal fotografía a su pareja sentimental, el acusado, y al llevar a cabo este comportamiento no presupone, como también hemos dicho, que esté renunciando a su intimidad.

Y el propio Tribunal "a quo" también considera que el contenido de la imagen tiene naturaleza "sexual", como otro de los integrantes del tipo penal definido en el art. 197.7 del Código Penal.

Así, la Audiencia considera que, en el caso que nos ocupa, "es claro que la conexión con la intimidad se halla en una imagen de contenido sexual porque capta una parcial desnudez de la denunciante, entrando en esa órbita de la intimidad personal, pero lo que ya es discutible es que el nivel de ataque al bien jurídico protegido incorpore la cota de gravedad típica. Es cierto que la S.T.S. a la que nos hemos referido en el precedente Fundamento de Derecho considera en relación con el presupuesto típico que nos ocupa que el desnudo es una expresión inequívoca de la intimidad personal por su componente sexual, pero cuando, como ahora acontece, el desnudo es parcial porque la imagen sólo capta el pecho se puede considerar que hay un matiz diferencial frente al desnudo integral que tiene que repercutir en el juicio de gravedad del ataque a la intimidad, pues si no se admitiera así la conclusión sería que la difusión de cualquier imagen corporal captada que pueda causar vergüenza por observar una parte pudenda sería siempre grave, sin margen de reconocimiento alguno a otro nivel de ataque a la intimidad que siendo también censurable pudiera no alcanzar la trascendencia típica, en cuyo caso sobraría la previsión legal de que el menoscabo de la intimidad de la persona tenga que ser grave. Como el legislador ha incluido esa exigencia que, ciertamente, tal y como enseña la S.T.S. antedicha supone un recorte típico en la esfera de incriminación, criticable pero que ahí está, puede admitirse que en casos como el que nos ocupa no todo lo que se divulga determina la gravedad que demanda la reacción penal por el delito del art. 197.7 y por ello puede llevar razón el recurrente al cuestionar la subsunción en él de la conducta enjuiciada y el recurso se estima".

CUARTO .- El art. 197.7 del Código Penal 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.



Entre los tipos agravados se contempla que los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, como era el caso.

Frente a la argumentación de la Audiencia "a quo" que parece marcar una minusvaloración de la intimidad, por el hecho de que se haya difundido solamente una fotografía del pecho desnudo de la mujer denunciante, remitida a su pareja sentimental, y enviada después sin su consentimiento a terceros, en el caso, a una amiga de su anterior pareja, hemos de señalar, primero, que tanto se conculca el derecho a la intimidad cuando la fotografía muestra la desnudez completa de la persona afectada, como si lo es parcialmente, pero, claro, siempre que se refiera a ámbitos tan íntimos como es el torso completamente desnudo para la mujer, visualizándose sus mamas, en lugar como veremos no público, y siempre contra su consentimiento. No a toda anatomía desnuda se refiere el precepto, sino a aquella que afecta gravemente a su intimidad, y desde este punto de vista, consideramos que las mamas de la mujer son partes que afectan a la esfera íntima de la misma, visibles solamente por su propia voluntad, si este fuera su deseo, lo que no lo era en el supuesto que contemplamos, en tanto que dicha mujer fue precisamente la denunciante de los hechos enjuiciados.

Y, en segundo lugar, porque la doctrina legal de esta Sala Casacional en punto a la interpretación legal del tipo aplicable, no identifica intimidad con imagen de contenido sexual, sencillamente porque el precepto no lo exige así, aunque ya hemos visto que la Audiencia "a quo" lo considera así de todos modos.

De lo que se trata es de preservar la intimidad, que es el bien jurídico protegido.

Así lo hemos dicho en nuestra STS 70/2020, de 24 de febrero, pues aun cuando admitiéramos que en los casos enjuiciados predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese estricto contenido sexual. El art. 197.7 del Código Penal, alude a contenidos cuya divulgación menoscaba 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 del acusado 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, desvinculada de una persona.

Hemos dicho en tal resolución judicial que la fotografía o el vídeo ha de exhibir "algún aspecto de la intimidad de la víctima".

Y en el caso sometido ahora a nuestra revisión casacional, creemos que el torso desnudo de la ahora recurrente, en los términos que ya hemos dejado analizados, como dice también el Ministerio Fiscal, conforma ese aspecto de la intimidad de la víctima, que es lo que hemos exigido en la Sentencia citada como precedente.

No es tampoco necesario, hemos remarcado, que la fotografía haya sido captada por el acusado, basta, por el contrario que a éste le haya sido "remitida voluntariamente por la víctima", siendo el modo de obtención algo accidental, y por otro lado, tal sistema de remisión es el más habitual.

La mujer en este caso, recurre frente al fallo absolutorio de la Audiencia.

En nuestro caso, la imagen le había sido enviada por la ahora recurrente cuando era pareja sentimental, habiendo sido ella misma quien había captado la instantánea, como nos dice la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Y con respecto al elemento locativo, aunque ciertamente en el hecho probado no se expresa el lugar en donde se enmarca la imagen, se deduce, por lo que diremos, que tal fotografía no se tomó en un lugar público; primero, porque este extremo no ha sido invocado por nadie en esta causa, y la Audiencia no se basa en tal circunstancia para absolver al acusado, y en segundo lugar, porque la captación de la imagen por la recurrente y el envío posterior a éste, enmarcado todo ello en la relación sentimental que mantenían en ese momento, justifican sobradamente tal localización, no pública, sin que en este aspecto tengamos ninguna duda, como no la tuvo tampoco la Audiencia, y menos tras la visualización de la fotografía, como nos autoriza el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por consiguiente, el lugar no fue público (e igualmente se encontraba fuera del alcance de la mirada de terceros, es más, la foto está hecha en su dormitorio).

Añadimos a este particular que esta Sala Casacional, en la sentencia anteriormente referenciada, nos dice que si bien es cierto que el art. 197.7 del Código Penal exige que estas imágenes hayan sido obtenidas "...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros", 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.

En consecuencia, no podemos aferrarnos 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 difundir las imágenes obtenidas con la aquiescencia de la víctima y que afecten gravemente a su intimidad.

En el caso, la fotografía abarca un aspecto de inequívoca expresión sexual y relativa a la intimidad de la víctima, como así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, y lo admiten los jueces "a quibus", lo que verifica que conforme a nuestra jurisprudencia, hemos de entender que, aunque el desnudo sea solamente del torso, y no de cuerpo entero, se ve comprometido el bien jurídico protegido que es el ataque contra la intimidad de la denunciante, que junto a las groseras expresiones del texto, completan sin lugar a duda, la tipicidad requerida por la recurrente, pues lo que constituye el objeto material de este delito no se integra, como ya lo hemos dicho, por imágenes o grabaciones de marcada escenografía sexual. Por el contrario, 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. En este mismo sentido, la STS 278/2022, de 23 de marzo, declaró que igualmente abarcaba informaciones sensibles o relevantes que afecten a la esfera íntima de la persona.

Esfera íntima que conforma la misma desnudez, como así lo pone de manifiesto también la STS 37/2021, de 21 de enero, que declara que aunque "el contenido de las fotografías -en el caso- no desvela solo una desnudez", es lo cierto que ello mismo "ya hubiera conllevado, también, el tipo penal, como destacamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020". De tal manera que si la exhibición pudiera ser consentida en algunos ámbitos o contextos, ello no es obstáculo para reivindicar su exclusión frente a terceros no incluidos en el compartido ámbito de la privacidad que desea la persona guardar libremente respecto a su intimidad.

De manera que, estimando el recurso, debemos condenar al acusado en los propios términos dispuestos por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo.

Respecto al segundo motivo, al estar formalizado por vulneración de la tutela judicial efectiva, no tiene cabida en el estrecho margen que autoriza este nuevo formativo impugnativo, referido sustancialmente a estrictas infracciones de ley y no de otra naturaleza.

QUINTO .- Procediendo la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (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 la representación legal de la **acusación particular DOÑA Ramona** , contra la Sentencia 169/2020, de 7 de mayo de 2020 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo.

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- CASAR y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, 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.: 3204/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. 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 11 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal de la **acusación particular DOÑA Ramona**, contra la Sentencia 169/2020, de 7 de mayo de 2020 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación PA 272/2020) formulado frente a la Sentencia 31/2020, de 29 de enero de 2020 del Juzgado de lo penal núm. 4 de Oviedo. Sentencia que fue recurrida en casación por dicha representación, y que ha sido casada y anulada por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica 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 .- De conformidad con nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de condenar al acusado en los propios términos dispuestos por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo, que condenó a Inocencio como autor de un delito de revelación de secretos, manteniendo la absolución que decretó la Audiencia Provincial por el delito de vejaciones injustas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos rehabilitar en sus propios términos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo, en la causa de referencia, que condenó a Inocencio como autor de un delito de revelación de secretos, manteniendo la absolución que decretó la Audiencia Provincial por el delito de vejaciones injustas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA y DON JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA, a la Sentencia núm. 699/2022, de 11 de julio de 2022, en el recurso de casación núm. 3204/2020.



Lamentamos sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado y consideramos nuestro deber manifestar la discrepancia que se asienta, cumulativamente, sobre dos motivos. Uno, el juicio de subsunción ha extravesado los límites que impone el principio de taxatividad. Otro, la no identificación en los hechos que se declaran probados del resultado lesivo reclamado por el tipo del artículo 197.7 CP

1. 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.



6. Como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "el artículo 7 del Convenio consagra de forma general el principio de legalidad de los delitos y de las penas - *nullum crimen, nulla poena sine lege*- prohibiendo, en particular, la aplicación extensiva de la ley penal en detrimento del acusado mediante la analogía. De lo que se desprende que la ley debe definir claramente las infracciones y las sanciones correspondientes. Condición que se cumple si la persona interesada puede determinar, a partir del texto de la disposición pertinente y, en caso necesario, mediante la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones dan lugar a responsabilidad penal". No obstante, el TEDH reconoce "que, dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica. Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva. El derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación. De ahí que la función decisional confiada a los órganos jurisdiccionales sirva precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal. El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible" -vid. SSTEDH, caso Achour c. Francia, de 29 de marzo de 2006 (n° demanda 67.335/01); caso Del Río c. España, de 21 de octubre de 2013 (n° de demanda 42.750/09); caso Rohlena c. República Checa (n° de demanda 59552/08), de 27 de enero de 2015- .

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca que los límites a la interpretación judicial de la norma penal que se decantan del artículo 25 CE, imponen " *que no sea ajena al significado posible de la norma aplicada, ni se haga con una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante o se efectúe con una base valorativa que conduzca a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma*" -vid. SSTC 57/2010, 120/2005, 258/2007, 91/2009-. Asimismo, nos advierte " *que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado*" -vid. SSTC 137/1997, 129/2008-.

Para evaluar la razonabilidad de la subsunción, el Tribunal utiliza como primer y principal ítem " *el del respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem*". Que debe complementarse con el recurso " *a un doble parámetro: metodológico, de una parte, enjuiciando si la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, de otra, verificando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional*" -vid. SSTC 59/2010, 129/2008-.

7. Los condicionantes sustanciales y metodológicos de la interpretación judicial de la norma penal, de conformidad tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional, exigen, a modo de rápido resumen: primero, la evitación de toda analogía creadora de la norma; segundo, la coherencia del resultado interpretativo con el núcleo de la prohibición; tercero, su razonable previsibilidad; cuarto, el respeto a pautas valorativas conformes con los principios constitucionales; quinto, la utilización de un modelo de argumentación compartido, no extravagante.

8. 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.

9. En resumen, el envío a un tercero de una foto íntima de una persona, que se obtiene por el remitente porque dicha persona se la ha entregado voluntariamente, sin precisarse el contexto de obtención, no cae dentro del tipo del artículo 197.7 CP.

Lo que no empece que algunas de estas conductas divulgadoras, dadas las concretas circunstancias del caso, pudieran ser constitutivas de un delito contra la integridad moral del artículo 173 CP.

10. Por fin, una consideración accesoria que viene obligada por la forma en que venía planteado el recurso de casación. La Audiencia basó su pronunciamiento absolutorio en una razón diferente. Los argumentos que nutren nuestra discrepancia con la condena fueron desatendidos al atenderse el Tribunal, en actitud llena de lógica, a la doctrina proclamada en la STS 70/2020, de 24 de febrero. Su respuesta absolutoria pivotaba sobre la estimación de que *in casu* la divulgación no menoscabó *gravemente* la intimidad. Los términos taxativos utilizados por el legislador al delimitar los contornos del tipo penal (*obtenido, domicilio, lugar reservado...*), como hemos expuesto antes, son desdeñados y casi anulados, con una interpretación preñada de bienintencionado voluntarismo para corregir lo que se consideran errores del legislador. Y, cuando el legislador, con una técnica -de la que abusa en demasía en los últimos años- que deja malparado el principio de taxatividad al fijar los contornos de lo punible con *términos muy valorativos, vaporosos o etéreos (como es la gravedad) que permiten interpretaciones muy diversas, todas razonables, se opta por rebajar el estándar al mínimo. Si las afectaciones no graves de la intimidad son atípicas, y el envío de esa fotografía con un desnudo solo parcial, a una única persona, que mantiene amistad con la víctima, con el exclusivo fin de que la reenvíe a ésta (no hay la más mínima alusión a un potencial riesgo de ulterior divulgación que el hecho probado implícitamente excluye de la intencionalidad del acusado), se entiende que supera ya ese listón querido por el legislador huyendo de la pancriminalización, se hace extremadamente difícil imaginar casos de divulgación de imágenes que, afectando a la intimidad, lo hagan solo de forma leve. El espacio de atipicidad querido por el legislador -afectaciones efectivas de la intimidad no graves- queda, si no abolido, sí tan reducido que parece llamado a no operar nunca el efecto destipificador que pretende el adverbio *gravemente*. Nótese que lo que ha de menoscabar gravemente la intimidad es la *divulgación de la imagen*. Por tanto, hay que valorar no solo el contenido de la imagen sino también el ámbito de esa divulgación (tanto el número de personas -aquí solo una-; como su condición y tipo de relación con la afectada -aquí una amiga y no una tercero-). Interesa, por fin, destacar que se protege la intimidad prohibiendo la difusión de imágenes o grabaciones. Los comentarios zafios e intolerables que se adosaban a la foto no agravan el ataque a la intimidad y, en consecuencia, no son factores a tomar en cuenta para ponderar la intensidad del ataque a la privacidad. Otra cosa es que por sí mismos o combinados con la difusión de la imagen pudieran dar vida a otros tipos penales.*

Antonio del Moral García Javier Hernández García