



TRABAJO DE FIN DE GRADO

**Los delitos contra la intimidad tras la reforma 1/2015 de 30 de marzo
del Código Penal. Especial consideración al delito sexting**

AUTOR: JULIO VÍRSEDA DE ANDRÉS

TUTORA: PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

Grado en Derecho

Facultad de Segovia

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

RESUMEN

La Ley Orgánica 1/2015 ha modificado los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 es actualizado y contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima.

Además, los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, siempre y cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad.

ABSTRACT

Offenses relating to intrusion into the privacy of citizens, in order to solve the problems of lack of typicality of some behaviors are changed. The current Article 197 contemplates a crime, on the one hand, the seizure of letters, papers, emails or any other documents of a personal nature of the victim and, on the other hand, the interception of any communication of the victim, whatever the nature and the way of such intercepted communication. Both behaviors require lack of consent of the victim.

The assumptions that now answer offered are those where the images or recordings of another person are obtained with their consent, but are then disclosed against their will, when the image or recording has occurred on a personal level and dissemination, without the consent of the person concerned, seriously injures his privacy.

Palabras clave

sexting, consentimiento, reforma, intimidad, menores.....

Keywords

sexting, consent, reform, privacy, minors.....

-ÍNDICE-

1. Introducción^f
2. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos
 - 2.1 Articulado
 - 2.2 Bien jurídico protegido común en todos los tipos. el derecho a la intimidad
 - 2.3 Elementos comunes
 - 2.4. Tipos básicos
 - 2.4.1. Delito de descubrimiento de secretos documentales
 - 2.4.2 Delito de interceptación de comunicaciones
 - 2.4.3. Delito de descubrimiento de secretos en soporte electrónico
 - 2.5. Delitos agravados
 - 2.5.1. Agravaciones por la cualidad del sujeto activo
 - 2.5.2 Agravación por la revelación del secreto
 - 2.5.3 Agravación por la especial naturaleza de los datos sobre los que recae la acción
 - 2.5.4 Agravación por el desvalor especial de la finalidad perseguida
 - 2.6 Los nuevos tipos
 - 2.6.1 El intrusismo informático recogido en el nuevo artículo 197 bis
 - 2.6.2 El artículo 197 ter
 - 2.6.3 El artículo 197 quáter
 - 2.6.4 El artículo 197 quinquies
3. El sexting
 - 3.1 El sexting como conducta social
 - 3.1.1 Identificación de sexting.
 - 3.1.2 Características
 - 3.1.3 Tipos de sexting:
 - 3.2 El sexting como tipo delictivo
 - 3.2.1 Bien jurídico protegido
 - 3.2.2 El tipo
 - 3.2.3 Elementos del tipo

3.2.3.1 Sujetos

3.2.3.2

3.2.3.3 La acción

3.2.3.4 Objeto material la imagen.

3.2.3.5 Anuencia del afectado

3.2.3.6 El lugar

3.3 El sexting y los menores

3.4 El sexting y la violencia de genero

3.5 La sextorsión

3.6 Crítica doctrinal

3.7 Sentencias

4 Conclusiones:

5 Bibliografía:

6 Anexo I

1. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de estudio "Los delitos contra la intimidad tras la reforma 1/2015 de 30 de marzo del Código Penal. Especial consideración al delito sexting", tiene el doble interés de estudiar una materia que afecta a un derecho constitucional fundamental como es el derecho a la intimidad y la protección que se da a ese derecho en el ámbito penal con lo que la materia tiene un importante interés social y jurídico; además se puede ver el interés y el esfuerzo que hace el legislador para adaptarse a las realidades sociales que le obligan a intervenir en la legislación penal para adecuar el sistema punitivo a los nuevos retos que nos plantea una sociedad en constante cambio y avance.

La reciente reforma del Código Penal que voy a exponer en el trabajo lleva poco más de un año en vigor¹, por lo que es un tema actual que demuestra como el Derecho Penal no puede permanecer impasible e inamovible ante las nuevas situaciones sociales que se producen en nuestro día a día y como trata de dar respuesta nuestro legislador, con mayor o menor acierto - eso es ya otra cuestión- a nuevas situaciones que se dan en la sociedad.

El legislador justifica estas modificaciones como "objeto de una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal"².

En base a esta argumentación se llega a la creación de nuevos tipos delictivos como el caso del sexting que según el legislador es un "el delito, que viene a llenar una laguna de impunidad existente en la actualidad". Decisión que tiene un apoyo del poder judicial: "Ha de convenirse con el prelegislador en la existencia de esa laguna de impunidad que debe ser cubierta, otorgando una mejor tutela el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que hoy resulta insuficiente ante las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para atacar el aspecto de la intimidad personal, ante la difusión de grabaciones –subrepticias o no- en redes sociales o Internet."³

La reforma operada mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo consiste en una amplia modificación de la regulación penal, quizá la de mayor calado desde la aprobación del texto vigente. No han sido pocas las reformas que el legislador penal ha realizado desde su aprobación sobre el texto original de 1995⁴ pero ésta última reforma es de mayor trascendencia y extensión que las anteriores.

1 Las reformas entran en vigor el 1 de julio de 2015

2Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Preámbulo

3Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Comisión de estudios e informes.

4GIMBERNAT ORDEIG, Enrique en su prólogo al Código Penal sitúa esta reforma en el número 30 desde la publicación del Código Penal en 1995.

El propio preámbulo declara que se trata de una "completa revisión y actualización" del Código Penal, tanto cuantitativamente por el número de preceptos modificados, como cualitativamente por dirigirse a aspectos esenciales de la regulación penal. Por esta enorme trascendencia el legislador penal se ve obligado a exponer una justificación de esta importante transformación del sistema penal español, indicando la conveniencia de la reforma por el transcurso del tiempo desde la aprobación del vigente Código Penal de 1995, aunque con variadas reformas del mismo a lo largo de este período.

Por otra parte se esgrimen como apoyo a las nuevas demandas sociales, que no son explicitadas propiamente pero que se entienden irían en la dirección de una mayor eficacia y ejemplaridad del sistema penal. Finalmente, en un recurso común en las últimas reformas penales, se afirma la necesidad de atender compromisos internacionales sobre todo como consecuencia de la pertenencia de España a la Unión Europea y al Consejo de Europa.

En cuanto al contenido fundamental de los cambios en la normativa penal lo señala el mismo preámbulo de la Ley y en primer lugar tiene que ver con el régimen legal de las penas y su aplicación. También, en segundo lugar, una serie de mejoras técnicas para ofrecer un sistema penal más ágil y coherente y finalmente la introducción de nuevas figuras delictivas o la adecuación de los tipos penales ya existentes ante los problemas detectados en ellos.

La parte de la reforma a analizar actualiza los delitos del descubrimiento y revelación de secretos y crea un nuevo tipo delictivo en el artículo 197.7 doctrinalmente polémico y todo ello dentro de los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen.

Antes de comenzar el análisis de las reformas llevadas a cabo con un estudio punto por punto del artículo 197 voy a proceder a la descripción de la tramitación parlamentaria que tuvo la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal según lo relata NURIA CASTELLÓ NICÁS⁵.

Con fecha 23 de septiembre de 2013, el Consejo de Ministros aprueba la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de 1995, Proyecto que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) con fecha 4 de octubre de 2013, estableciendo en dicha publicación el acuerdo de encomendar Dictamen, conforme el artículo 109 del Reglamento a la Comisión de Justicia, señalando un plazo de enmiendas de 15 días hábiles que finalizaba el 23 de octubre de 2013. Después de meses de paralización en la tramitación el actual ministro de Justicia (en funciones), Sr Catalá Polo, nombrado tras la dimisión de su antecesor, Ruiz-Gallardón, retomó con carácter de verdadera urgencia el debate y aprobación de la reforma penal, la cual, con el visto bueno de la mayoría parlamentaria del grupo Popular en el Congreso en Sesión plenaria número 238 (Sesión extraordinaria) celebrada el 21 de enero de 2015, pasó a ser remitida a la Cámara Alta en fecha 29 de enero de ese mismo año, ratificándose, con algunas reformas, el día 11 de marzo, y aprobándose de forma definitiva por el Pleno del Congreso el día 26 de marzo.

⁵ CASTELLÓ NICÁS, NURIA. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 págs. 487-488.

La exposición de motivos del texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 4 de Octubre de 2013, en su apartado XIV, justifica las modificaciones propuestas concretamente en materia de delitos contra la intimidad, en el "fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas", ofreciendo respuesta, según expone, a aquellos supuestos en los que "las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgadas contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal, y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad".

Por su parte la exposición de motivos de la reforma que se remite del Congreso al Senado (XIII)⁶, recoge literalmente el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (16 de enero de 2015), ampliando notablemente su justificación en sede de delitos contra la intimidad, puesto que, a raíz de una serie de enmiendas del mismo Grupo Popular, se incorporan nuevos y numerosos preceptos, hasta llegar al artículo 197 quinquies. La motivación de los nuevos tipos trae causa de la transposición de la Directiva 2013/40/UE⁷, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal. Con tales modificaciones, señala la Exposición de Motivos, se pretenden superar " las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea". También de conformidad con la Directiva se incluye la interceptación de las transmisiones entre sistemas (transmisiones automáticas entre equipos), cuando no sean transmisiones personales, ya castigadas éstas en el Código Penal. Se incorpora, además, la tipificación de la facilitación o producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos. Se prevé, por último, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este ámbito, y se regulan separadamente los daños informáticos y las interferencias en los sistemas de información.

El citado preámbulo de la reforma que se remite del Congreso al Senado deja clara la intención del legislador en su apartado XIII y dice que se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un

⁶ Véase CASTELLÓ NICÁS, NURIA. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 págs. 487-488.

⁷ Por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo. Transposición 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 4 de septiembre de 2015.

ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad.

La reforma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal. Las modificaciones propuestas pretenden superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea. De acuerdo con el planteamiento recogido en la Directiva⁸, se introduce una separación nítida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. Por ello, se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos. Con el mismo planteamiento, y de acuerdo con las exigencias de la Directiva, se incluye la tipificación de la interceptación de transmisiones entre sistemas, cuando no se trata de transmisiones personales: la interceptación de comunicaciones personales ya estaba tipificada en el Código Penal; ahora se trata de tipificar las transmisiones automáticas –no personales– entre equipos. Se tipifica la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos. Se regulan separadamente, de un modo que permite ofrecer diferentes niveles de respuesta a la diferente gravedad de los hechos, los supuestos de daños informáticos y las interferencias en los sistemas de información. Finalmente, en estos delitos se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

Todo lo expuesto es una justificación formal de los motivos que llevan al legislador a acometer la mencionada reforma del Código Penal, pero respecto al artículo 197.7, no se puede pasar por alto la influencia que tuvo un caso mediático, para la adopción de tales reformas. El caso en cuestión es el de Olvido Hormigos⁹ concejala de Los Yébenes por el PSOE, hasta que en el verano de 2012 se dio a conocer públicamente por la difusión sin su consentimiento primero vía Whatsapp y después por internet de un vídeo íntimo en el que aparecía masturbándose. La difusión del vídeo convertido en viral fue denunciado por Olvido Hormigos¹⁰. En la denuncia por un delito contra la intimidad acusaba tanto a la persona con quien había mantenido una relación sentimental y que fue el primero en recibir el vídeo enviado por la propia Olvido Hormigos, como al alcalde de Los Yébenes del Partido Popular quien supuestamente ayudó a propagar el vídeo. La denuncia quedó archivada al entender el juez que no existía delito puesto que la legislación española

⁸ Véase CASTELLÓ NICÁS, NURIA. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 págs. 487-488.

⁹https://es.wikipedia.org/wiki/Olvido_Hormigos

¹⁰<http://www.20minutos.es/noticia/1627508/0/olvidohormigos/imputados/archivo-del-caso/>

requiere que el material privado sea robado o apropiado ilícitamente, algo que no había ocurrido.

Según el diario EL MUNDO¹¹ la juez¹² sostiene que, en el caso de C.S.R., no procede hablar de delito contra la intimidad cuando la denunciante reconoció que, en el ámbito de la relación íntima que mantenían, le envió el vídeo en varias ocasiones de forma voluntaria a través del sistema de mensajería Whatsapp. De hecho, Hormigos explicó a la juez que envió otro vídeo a esa misma persona por correo electrónico, pero no llegó por un error, y que él también le remitía a ella vídeos parecidos. La concejala declaró ante la juez que C.S.R. había enviado o mostrado el vídeo a amigos y conocidos suyos "para alardear o presumir".

Según la juez, sólo si el acusado hubiera accedido al teléfono móvil de la denunciante sin autorización se podría hablar de un delito contra la intimidad. Sobre el alcalde, al que Hormigos acusó de difundir el documento desde el correo de la Alcaldía, la juez expone que, "más allá de un mero reproche ético y social" sobre el que a ella no le corresponde pronunciarse, aunque lo hubiera hecho no habría incurrido en un delito, pues el vídeo no fue obtenido sin consentimiento o autorización. Por esos motivos, decide archivar la causa contra ambos por el presunto delito contra la intimidad y practicar nuevas pruebas para determinar si los hechos pueden constituir un delito contra la integridad moral.

Esta resolución demuestra la falta de amparo que existía ante las nuevas situaciones que se pueden dar en nuestro nuevo mundo tecnológico e invita al legislador a manifestarse, creando nuevos tipos delictivos que se ajusten a las conductas sociales novedosas que puedan ser penalmente reprochables.

1

2. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.

Podemos definir los delitos de descubrimiento y revelación de secretos como aquellos tipos penales que protegen el derecho a la intimidad, en su dimensión negativa de exclusión del conocimiento o presencia de terceros en aquellas parcelas de la vida privada que quieren mantenerse secretas o reservadas al sujeto mismo, o en su dimensión positiva en cuanto a que determinados aspectos de la vida privada se reservan a un determinado círculo de personas¹³.

11<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/23>

12 Auto de 15 de marzo de 2013 de sobreseimiento y archivo de la Jueza María del Carmen Neira del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Orgaz (Toledo) Se adjunta como anexo nº 1.

13<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es> 08/04/2016 18:49

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se recogen en el Título X en su Capítulo Primero del vigente Código Penal que incluye los artículos 197 (con 7 puntos), 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies, 198, 199, 200 y 201.

La redacción de los artículos tras la aprobación de la reforma 1/2015 del Código Penal queda como sigue:

2.1 ARTICULADO

TÍTULO X

Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio

CAPÍTULO

PRIMERO

Del descubrimiento y revelación de secretos

Artículo 197

1. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

3. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.*

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. *Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando:*

- **a)** *Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o*
- **b)** *se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.*

Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. *Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.*

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

7. 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.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando 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, 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.

Artículo 197 redactado por el número ciento seis del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

Artículo 197 bis

1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

Artículo 197 bis introducido por el número ciento siete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

197 ter

Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

- **a)** un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o
- **b)** una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

Artículo 197 ter introducido por el número ciento ocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

Artículo 197 quater

Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

Artículo 197 quater introducido por el número ciento nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

Artículo 197 quinquies

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 197 quinquies introducido por el número ciento diez del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

Artículo 198

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Artículo 199

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Artículo 200

Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.

Artículo 201

1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

La referencia al término «persona con discapacidad necesitada de especial protección» ha sido introducida en sustitución de la anterior referencia al término «incapaz»,

Conforme establece el número doscientos cincuenta y ocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.

Número 3 del artículo 201 redactado por el apartado quincuagésimo cuarto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010

2.2 Bien Jurídico protegido común en todos los tipos. El derecho a la intimidad.

El bien jurídico protegido, que es la intimidad, es un derecho fundamental reconocido en el [artículo 18 de la Constitución](#) Española cuando dispone, en su primer apartado, "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia

imagen". Este derecho fundamental tiene dos dimensiones, una dimensión que se denomina derecho a la intimidad corporal, y otra que es denominada como derecho a la intimidad personal. Es un aspecto de la intimidad con un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal.

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional¹⁴, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (artículo 10,1 de la Constitución Española) implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (Sentencias del Tribunal Constitucional números [231/1988](#), [197/1991](#), [20/1992](#), [219/1992](#), [142/1993](#), [117/1994](#) y [143/1994](#)), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (Sentencias del Tribunal Constitucional número [142/1993](#) y [143/1994](#)).

La protección penal del derecho a la intimidad¹⁵ es una manifestación más del Derecho Penal moderno de un Estado democrático, como el nuestro, que se preocupa por la defensa de los derechos fundamentales como esencia del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona humana que proclama del [artículo 10 de la Constitución](#) Española. Una protección que, en cuanto a la intimidad, es más necesaria en la actual sociedad de la técnica, del dominio de la opinión pública y de los medios de comunicación.

Esta mencionada protección se da en nuestro [Código Penal de 1995](#), aprobado por la [Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre](#), en su Libro II, Título X, rubricado "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", dedica el Capítulo I con el título "Del descubrimiento y revelación de secretos", artículos 197 a 201, a la regulación de estos delitos contra la intimidad y la propia imagen.

El art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶ reconoce el derecho al respeto de la esfera privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. La intimidad es un bien jurídico que nuestra Constitución ha elevado la categoría de derecho fundamental, vinculado con el libre desenvolvimiento de la personalidad y presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales. El artículo 18 CE acoge un contenido amplio de la intimidad que irá variando atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad en cada momento histórico.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000 afirma que *el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto a su dignidad como persona (art. 10.1 CE) , frente a la acción y el*

¹⁴Véase MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

¹⁵ CASTELLÓ NICÁS, NURIA. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 págs. 487-488.

¹⁶El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. El convenio fue ratificado por España en fecha 4 de octubre de 1979, fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 10 de octubre de 1979.¹

conocimiento de los demás , sean éstos poderes públicos o simples particulares. De esta manera, la protección de ese ámbito reservado confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (STC 115/2013 de 9 de mayo¹⁷).

El acceso a la información contenida en los dispositivos electrónicos afecta en todo caso a la intimidad personal. De esta manera, son aplicables las garantías que legitiman la injerencia en ese derecho fundamental durante la investigación del delito, cuyo incumplimiento determinará la ilicitud de la prueba y su nulidad¹⁸.

2.3 Elementos comunes

El sujeto pasivo en estos delitos puede ser cualquier persona física, es decir, las personas individuales, y además, conforme al artículo 200 del Código Penal, también las personas jurídicas, es decir las sociedades, asociaciones, comunidades de bienes y cualquier otra organización pluripersonal a la que el ordenamiento jurídico le confiere una existencia jurídica independiente a la de sus componentes. Es lógica la protección pues pueden estar en posesión de datos reservados y secretos.

Por secreto en estos delitos¹⁹ ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, siendo así cuando se lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás.

Desde el punto de vista procesal, el artículo 201 del Código Penal prevé que para poder incoarse un proceso penal para perseguir estos delitos será necesaria denuncia de la persona

17 STC 115/2013, de 9 de mayo, «la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

18 DELGADO MARTÍN, Joaquín Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos *Diario La Ley*, N° 8202, Sección Doctrina, 29 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY LA LEY 8875/2013

19 Véase MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

agraviada o de su representante legal. Es lo que se denomina procesalmente un delito semiprivado pues para que la Administración de Justicia pueda intervenir tiene que estar "autorizada" por la víctima mediante su denuncia. Se basa en que no existe un interés público relevante en la persecución de los hechos por afectar a derechos privados. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el ministerio fiscal. En estos casos el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, salvo en los delitos o faltas contra menores o incapacitados, en que los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Se excluyen de este régimen los hechos descritos en el artículo 198 del Código Penal²⁰, o cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, en cuyo caso el procedimiento se podrá poner en marcha de oficio y sin necesidad de que la Administración de Justicia esté impulsada por la denuncia de la víctima o perjudicado.

2.4. TIPOS BÁSICOS

2.4.1. Delito de descubrimiento de secretos documentales

Este primer delito básico se contiene en el artículo 197.1 del Código Penal cuando se castiga al que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales.

Sujeto activo puede ser cualquier persona puesto que no se exigen ningún requisito especial en este delito para ser autor.

La conducta castigada es descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, para lo cual el autor se apodera de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales. Se puede desglosar en los siguientes requisitos²¹:

- - Los datos en este caso están contenidos en un soporte material como papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales. Hay una cláusula abierta a cualquier otro

²⁰ Delito especial, cometido por autoridad o funcionario público

²¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233. Aranzadi 2015

tipo de documento o efecto. Estos soportes materiales deben pertenecer al sujeto pasivo.

- - En todo caso se debe obrar sin el consentimiento del titular de los documentos y datos, que de existir haría los hechos atípicos²².

En cuanto al elemento subjetivo²³, se castiga sólo la conducta dolosa, es decir, intencional, y además se exige una intención especial que es realizar la acción para descubrir los secretos del sujeto pasivo o violar su intimidad. Se debe obrar, pues, de forma claramente maliciosa para conocer él mismo los secretos o intimidad del sujeto activo y/o para transmitir esos datos a terceros.

Las penas previstas son las de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2.4.2 Delito de interceptación de comunicaciones

Se contiene en el inciso final del artículo 197 apartado 1 del Código Penal, cuando castiga al que intercepte las telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

Sujeto activo también puede ser cualquiera pues no se exigen especiales requisitos.

La acción consiste en interceptar las telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Se trata, pues, de captar los datos protegidos cuando se transmiten por señal de telecomunicación (una conversación telefónica por ejemplo), o cuando se obtienen por procedimientos subrepticios del lugar en que se está produciendo la manifestación de esos datos, como es grabar una conversación que mantienen unas personas en una habitación o un despacho. No se castiga oír personalmente la conversación sino utilizar medios técnicos de captación y almacenaje de la información.

Se excluye la tipicidad²⁴, es decir no es delito, si hay consentimiento, como por ejemplo cuando una persona que conversa telefónicamente con otra graba la conversación

²² Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233. Aranzadi 2015

²³ Véase MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

²⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos Diario La Ley, N° 8202, Sección Doctrina, 29 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY LA LEY 8875/2013

en la que participa. Tampoco estará castigado el hecho cuando se realiza en el ejercicio de un derecho, oficio, cargo, como prevé el artículo 22.7 del Código Penal, como, por ejemplo, cuando la conversación es grabada por decisión judicial al amparo de las normas sobre interceptación de las comunicaciones previstas en el [artículo 18.3 de la Constitución Española](#) y 579 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) como diligencias de investigación del delito en la instrucción penal²⁵.

Obviamente se castiga sólo la conducta de propósito, es decir la conducta dolosa; el actuar a sabiendas. No se incluyen grabaciones accidentales o negligentes, si bien de obtenerse de esta manera los secretos, si se revelaren posteriormente podrá dar lugar al tipo penal de revelación.

Las penas son las mismas que en el delito del apartado anterior.

2.4.3. Delito de descubrimiento de secretos en soporte electrónico

El artículo 197 del Código Penal, en su apartado 2, prevé el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los datos descubiertos y revelados se encuentran en un soporte electrónico.

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, tratándose de un delito llamado común por no apreciarse requisitos o condiciones especiales en el autor de la infracción penal.

La conducta castigada²⁶ es la de quien, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Varias cuestiones plantea la acción²⁷:

²⁵Véase MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

²⁶Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) Comentario a la reforma penal de 2015. Aranzadi. 2015

²⁷ Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Páginas 138-233. Aranzadi 2015

- - Se emplean varios verbos de acción²⁸: apoderar, utilizar, modificar, acceder o alterar. Apoderar se refiere al soporte en que los datos se encuentren, dado que estos son inmateriales, y en definitiva la esencia de la acción no es el mero apoderamiento del soporte sino la utilización. Como también el acceso, la modificación o la alteración son, en definitiva, utilización de los datos.
- - La acción recae, como objeto, sobre los datos reservados de carácter personal o familiar, pudiendo definirse los primeros como aquellos concernientes a personas físicas perfectamente identificadas o identificables. Los datos de carácter familiar serían datos personales de los miembros de una familia, siendo una previsión redundante e innecesaria. Hay que excluir de estos datos del tipo básico los especialmente sensibles que serán objeto de tratamiento en posteriores tipos agravados.
- - La acción realizada por el sujeto pasivo es en perjuicio de tercero o del titular de los datos, pareciendo que el tercero al que se refiere el precepto sería el titular del registro que fuera distinto al titular de los datos contenidos en él.
- - Los datos tienen que estar alojados en determinados soportes materiales de carácter electrónico como son ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, se entiende que de esa misma naturaleza electrónica.
- - El sujeto activo comete los hechos sin autorización, es decir, habrá que estar a la regulación de acceso a los datos según el supuesto y soporte de que se trate, debiéndose tener en cuenta en todo caso la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#), de Protección de Datos de Carácter Personal.

La conducta castigada es dolosa²⁹, es decir intencional, lo que se pone especialmente de manifiesto en el precepto cuando exige que se obre "en perjuicio" del titular de los datos o de un tercero, que puede ser el titular del soporte, de modo que se obra con conocimiento y voluntad de acceder al secreto o información o datos reservados sin consentimiento legítimo.

Las penas son las de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2.5. DELITOS AGRAVADOS

2.5.1. Agravaciones por la cualidad del sujeto activo

²⁸Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) Comentario a la reforma penal de 2015. Aranzadi. 2015

²⁹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Páginas 138-233. Aranzadi 2015

El delito de descubrimiento de secretos es común pues puede cometerlo cualquier persona. Sin embargo si los hechos los cometen personas que están en una posición privilegiada de posesión y acceso a este tipo de datos, la conducta se considera más reprochable y la pena aumenta. Estamos ante un delito especial propio que sólo lo puede cometer el profesional. Los casos son los siguientes³⁰:

- - El previsto en el apartado 4 del artículo 197 del Código Penal. Si las conductas estudiadas se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años.
- - El artículo 198 del Código Penal castiga con las penas que corresponda al autor pero en su mitad superior (es decir el límite mínimo de pena no es el previsto en la horquilla de la norma sino que pasa a ser la mitad de la horquilla, por ejemplo la pena de uno a cuatro años pasa a ser de dos años y medio a cuatro años) y además se impone la de inhabilitación absoluta de seis a doce años a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior. Será el supuesto, por ejemplo, en el que un Juez o un policía, al margen de un procedimiento judicial el primero y sin una orden judicial, en el segundo, procedan a una escucha telefónica.
- - El artículo 199 del Código Penal castiga al que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
- - Ese mismo precepto en su apartado 2 incrimina al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, castigándole con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años³¹. Profesional es todo aquél que ejerza un empleo, facultad u oficio jurídicamente reglamentado, que requiera un título académico u oficial. Pensemos por ejemplo en el secreto sanitario (médico, quirúrgico y hospitalario) del que está en posesión el personal médico.

30 Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233. Aranzadi 2015 Véase MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) Comentario a la reforma penal de 2015. Aranzadi. 2015. Página 465

31 Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233. Aranzadi 2015

2.5.2 Agravación por la revelación del secreto

En los apartados 3 y 4 del artículo 197 del Código Penal se castigan más gravemente tres conductas de revelación del secreto³²:

- - La del que captó los datos, hechos o imágenes por las modalidades estudiadas anteriormente y además las difunde, revela o cede a terceros. La pena en este caso es de prisión de dos a cinco años.
- - La del que, sin haber participado en la captación, pero conociendo su origen ilícito, las difunde, revela o cede a terceros. La pena en este caso es de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.
- - Finalmente el encargado o responsable del fichero que además de la conducta de captación de la información, la difunde, revela o cede a terceros, incurre en la pena de prisión de cuatro a cinco años.

2.5.3 Agravación por la especial naturaleza de los datos sobre los que recae la acción

Cuando los datos sobre los que recae la acción son datos especialmente sensibles, es decir, aquellos que la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#), de Protección de Datos de Carácter Personal denomina "especialmente protegidos" en su artículo 7³³, la acción alcanza una mayor gravedad punitiva.

Se prevé en el artículo 197 del Código Penal, apartado 5, al establecer que cuando los hechos descritos en dicho precepto afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

2.5.4 Agravación por el desvalor especial de la finalidad perseguida

El artículo 197.6 del Código Penal, en atención a la especial reprochabilidad de los hechos, castiga más gravemente cuando se realizan con fines lucrativos, siendo la pena:

- - Si recae sobre datos de protección ordinaria se impondrán las penas en su mitad superior.

³² Véase MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

- - Si afecta a los datos especialmente protegidos que vimos en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

2.6 Los nuevos tipos

2.6.1 El intrusismo informático recogido en el nuevo artículo 197 bis

En este caso el bien jurídico protegido según Nuria Castelló Nicás³⁴ es *la seguridad en el medio informático y la confidencialidad de la información protegida que en él se contiene o que por él se transmite*. Y según Carmen Tomás-Valiente³⁵ el sujeto activo puede ser cualquier persona que acceda o facilite a un tercero el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información, pero a éste tercero se le condena por la conducta de ser él quien lleva a cabo la intromisión en dicho sistema de información.

El objeto material sobre el que recae la actuación es el conjunto o una parte de un sistema de información de mayor ámbito que el recogido anteriormente que sólo se refería a "datos o programas informáticos contenidos en un sistema

33 Artículo 7 Datos especialmente protegidos 1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la [CE](#), nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. 2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado. 3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. 4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. 5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras. 6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

34 CASTELLÓ NICÁS, NURIA. . "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 págs. 504.

35 TOMAS-VALIENTE, Carmen. "Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Director Gómez Tomillo, Manuel Aranzadi, Navarra 2015 págs. 674-675

informático" ya que ahora la ilicitud del comportamiento comienza desde el acceso al sistema de información y no sólo a los datos.

El apartado segundo, de nueva creación³⁶, castiga, la utilización de artificios o instrumentos técnicos, pero en este caso, no para interceptar la voz o la imagen (art. 197.1), sino las transmisiones de datos informáticos que no sean públicas, o sea, privadas, y que se producen desde, hacia o dentro de un sistema de información, es decir, entre equipos informáticos, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos. Para cometer estos delitos hacen falta conocimientos suficientes de informática.

2.6.2 El artículo 197 ter

En cumplimiento de compromisos internacionales se incorpora casi literalmente la descripción de la conducta que el artículo 7 de la Directiva 2013/40/UE que obliga a los Estados miembros a tipificar como delito los actos preparatorios de los delitos que preceden al presente artículo y que en este caso son el 197.1 y 2 y el 197 bis, que son los que, en su globalidad o parcialmente, pueden producirse con la utilización de recursos informáticos, castigando el obtener o proporcionar a tercero los medios para la ejecución de los mismos.

Según Carmen Tomás-Valiente³⁷, *"nos encontramos con un adelanto de la barrera de intervención penal, que persigue la incriminación de conductas que en otro caso, a falta de hecho principal que permitiera calificarlas como participación, quedarían impunes."*

El sujeto activo puede ser cualquier persona y el objeto material del tipo son los programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para cometer dichos delitos y las contraseñas y códigos que permiten el acceso a los sistemas.

Las penas a imponer serán de seis meses a dos años de prisión o multa de tres a 18 meses que según Nuria Castelló³⁸ llama la atención que las penas establecidas de aplicación una u otra, sea de menor intensidad la pena de multa, tanto en su límite inferior como en su límite superior.

2.6.3 El artículo 197 quáter

36 MORALES PRAT, FERMÍN. Comentario a la Reforma Penal de 2015 Aranzadi. 2015. Página 466

37 TOMAS-VALIENTE, Carmen. "Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Director Gómez Tomillo, Manuel Aranzadi, Navarra 2015 pág. 679

38 CASTELLÓ NICÁS, Nuria. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 pág. 508.

Agravación de las penas para la comisión de los delitos contemplados en este Capítulo del Código Penal si se hubiesen cometido en el seno de una organización o grupo criminal³⁹.

La agravación es aplicable a cualquiera de los delitos del capítulo ya sean tipos básicos o agravados que afecten a la seguridad de los sistemas o a los delitos contra la intimidad en sentido estricto.

2.6.4 El artículo 197 quinquies

La habilitación para imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas fue introducida por la reforma penal de 2010.

Según Fermín Morales Prat⁴⁰ la responsabilidad penal de la persona jurídica se hace extensiva a los preceptos relativos a la seguridad informática, ahora incrementados, o sea, al 197 bis y ter, y también al 197. Esta responsabilidad penal de los entes deberá interpretarse conforme a los presupuestos normativos del artículo 31 bis

El sujeto activo en este tipo será siempre una persona jurídica y por tanto la sanción que se contempla es la de pena de multa de seis meses a dos años.

Es un resultado absurdo, que se habilite la sanción de una persona jurídica, con respecto a hechos como los de sexting⁴¹. Además no puede ignorar las penas del artículo 33.7⁴² que se han de considerar todas como graves.

³⁹El artículo 570 bis ofrece una definición auténtica de organización criminal al establecer en el párrafo segundo del apartado 1 que se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

⁴⁰QUINTERO OLIVARES, Gonzalo Comentario a la Reforma Penal de 2015. Aranzadi 2015 página 467

⁴¹DOVAL PAIS, Antonio y ANARTE BORRALLA, Enrique. Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad. Diario la Ley, N° 8744, Sección Doctrina, 19 de Abril de 2016, Ref. D-163, Editorial La Ley.

⁴²33.7 C.P. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá

3. EL SEXTING

En el anterior artículo 197 CP no encuentran protección penal los supuestos de difusión de imágenes en Internet, obtenidas con consentimiento de su titular. Sólo si la captación o grabación reunía los elementos del anterior art. 197.1 CP (ausencia del consentimiento) podría ser considerado delito; sin perjuicio de que en algunos casos puede constituir un delito contra el honor o, en su caso, un ilícito civil de la Ley 1/1982⁴³.

Ante esta situación, la introducción de este nuevo delito ha de considerarse necesaria y afortunada ya que el nuevo tipo delictivo está orientado a atajar este tipo de conductas, consistentes en difundir imágenes íntimas obtenidas con consentimiento y como ya he mencionado porque anteriormente los delitos contra la intimidad recogidos en el art. 197 tenían un denominador común: la exigencia de que el acceso a los contenidos íntimos haya sido no consentida, ilegal. Así pues, la difusión de imágenes obtenidas con la connivencia del perjudicado quedaba fuera de los tipos delictivos existentes, no mereciendo la reprobación penal.

El delito se configura como de tipo mixto alternativo (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparan en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o vídeos a terceros, aunque, como se señala por la doctrina, difundir supone un número más amplio e indeterminado de destinatarios de esa comunicación.

exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

⁴³Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Resulta lógica y ajustada a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la precisión de que las imágenes o grabaciones audiovisuales han de haber sido obtenidas en un domicilio o en un lugar excluido del alcance de la mirada de terceros.

3.1 EL SEXTING COMO CONDUCTA SOCIAL

3.1.1 Identificación de sexting.

Las primeras referencias del sexting son de 2005 en los países anglosajones⁴⁴. El término sexting proviene de "sex", sexo y "texting", envío de mensajes de texto por SMS desde teléfonos móviles.

El sexting consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico.

El contenido de carácter sexual, generado de manera voluntaria por su autor, pasa a manos de otra u otras personas y, a partir de aquí, se puede entrar en un proceso de reenvío masivo multiplicándose su difusión.

En España se da a conocer con un caso producido en la provincia de Toledo donde la concejala de Los Yébenes, vio cómo un vídeo erótico casero que había enviado a un conocido, era compartido por éste a través de una red social, llegando a alcanzar un nivel de difusión masivo en Internet. Tras la denuncia la Jueza sostiene que, en el caso de C.S.R. (persona a quien envió la concejala el vídeo), no procede hablar de delito contra la intimidad cuando la denunciante reconoció que, en el ámbito de la relación íntima que mantenían, le envió el vídeo en varias ocasiones de forma voluntaria a través del sistema de mensajería Whatsapp y sobre el otro acusado el Alcalde de la localidad que reenvió el vídeo desde su ordenador del despacho del ayuntamiento la Jueza "más allá de un mero reproche ético y social" sobre el que a ella no le corresponde pronunciarse, aunque lo hubiera hecho no habría incurrido en un delito, pues el vídeo no fue obtenido sin consentimiento o autorización⁴⁵. Por esos motivos, decide archivar la causa contra ambos por el presunto delito contra la intimidad y practicar nuevas pruebas para determinar si los hechos pueden constituir un delito contra la integridad moral.

⁴⁴ Larry D. Rosen es un reconocido experto internacional en Psicología de la Tecnología y lo afirma en la 119 Convención Anual de la *American Psychological Association*, celebrada en los Estados Unidos del 4 al 7 de Agosto de 2011.

⁴⁵ <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/22>

Este caso paradigmático ejemplifica los riesgos que tiene el sexting, práctica que está comenzando a extenderse entre los usuarios de las nuevas tecnologías, y que consiste como ya he mencionado en la producción y el envío de imágenes eróticas de naturaleza casera, protagonizadas por el propio emisor. La práctica del sexting conlleva una grave exposición de la propia intimidad, y sitúa al emisor en una situación de riesgo, en la medida en que el receptor puede a su vez difundir masivamente dicho contenido, rebasando el consentimiento del protagonista del material y exponiendo su imagen e intimidad a un número indeterminado de receptores.

Este caso de gran repercusión mediática animó al legislador a tipificar como conducta penal la actuación de los dos intervinientes denunciados en el caso citado y que no pudieron ser condenados por falta de tipificación de los hechos relatados.

Es evidente que no se trataba de un caso aislado y que el uso masivo de los dispositivos móviles provoca también un masivo abuso de su utilización que anteriormente podía merecer un reproche moral y ahora se pretende que sea penal.

3.1.2 Características

Nos encontramos con la aparición de nuevas formas o comportamientos que el legislador convierte en tipos delictivos o conductas ilícitas como el ciberbullying, el happyslapping, stalking o childgrooming que hay que saber diferenciar por sus respectivas peculiaridades.

Entre las características comunes del sexting⁴⁶ encontramos los siguientes elementos:

- Voluntariedad inicial: el propio protagonista es el productor de los contenidos y el responsable del primer paso en su difusión.
- Dispositivos tecnológicos necesarios: ordenador, tablet o teléfono móvil y utilización de la cámara de fotos de los dispositivos descritos o una webcam.
- Lo sexual frente a lo atrevido: el protagonista de las imágenes hace un posado o una grabación en situación erótica o sexual.
- La edad: si bien puede afectar a cualquier rango de edad es más proclive que se produzca la figura de sexting entre gente joven y menores de edad.

46 BARTINA ANDRÉS, María José Ayudas a la investigación 2011. Análisis y abordaje del acoso entre iguales mediante el uso de las nuevas tecnologías Ayudas a la investigación 2011. Àmbit social y criminologic. Centre D'Estudis Jurídics I Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia. Pàgina 51

Entre los menores de edad que lo practican se da una falta de cultura de privacidad y una baja conciencia de los riesgos unida a un exceso de confianza en el manejo de situaciones de este tipo⁴⁷.

Las características en el tipo penal serán además:

- Falta de consentimiento del autor de la grabación o de la persona afectada de una posterior remisión de las imágenes cedidas a terceros.
- Que el receptor inicial de las imágenes o grabaciones audiovisuales difunda, revele o ceda a terceros.
- Que se produzcan las imágenes en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.
- Que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del afectado.

3.1.3 Tipos de sexting:

En relación a los sujetos que intervienen en el tipo se puede distinguir entre un sexting activo y otro pasivo⁴⁸.

- Activo-

Sexting activo sería la realización de auto-fotos o vídeos en una postura sexy, provocativa, inapropiada o directamente con contenido sexual.

-Pasivo-

Sexting pasivo sería la recepción de fotos o vídeos de personas de su entorno en una de las posturas mencionadas antes en el sexting activo.

3.2 EL SEXTING COMO TIPO DELICTIVO

47 BARTRINA ANDRÉS, MARIA JOSÉ. Análisis y abordaje del acoso entre iguales mediante el uso de las nuevas tecnologías Año 2012 Centre D'Estudis Jurídics I Formació Especialitzada Generalitat de Catalunya

48 Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles (se profundiza en el fenómeno del sexting, aportando datos sobre su incidencia, analizando la especial vulnerabilidad de los menores, definiendo un análisis jurídico de la problemática y, por último, proporcionando consejos y recomendaciones a adultos y a menores.) <http://www.sexting.es/guia-sobre-adolescentes-y-sexting/>

3.2.1 Bien jurídico protegido

Ya he relatado antes la coincidencia del bien jurídico protegido en los delitos de este capítulo del Código Penal que es la protección de la intimidad como derecho fundamental. El art. 8.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁹ reconoce el derecho al respeto de la esfera privada, estableciendo que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. La intimidad es un bien jurídico que nuestra Constitución ha elevado a la categoría de derecho fundamental, vinculado con el libre desenvolvimiento de la personalidad y presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales. El art. 18 CE acoge un contenido amplio de la intimidad que irá variando atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad en cada momento histórico.

La STC 115/2000 afirma que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto a su dignidad como persona (art. 10.1 CE⁵⁰), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De esta manera, la protección de ese ámbito reservado confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (STC 115/2013 de 9 de mayo).

El bien jurídico protegido en el nuevo tipo delictivo es la intimidad, en conjunción con la propia imagen. Efectivamente, el propio apartado condiciona la tipicidad de la divulgación de las imágenes a que ésta «menoscabe gravemente la intimidad personal» de la víctima. Según Martínez Otero⁵¹ *"el derecho a la intimidad está consagrado en el art. 18 CE, que configura una protección escalonada de dicho derecho, en virtud de lo que la doctrina ha dado en llamar la teoría de los círculos concéntricos. El núcleo más protegido de la intimidad es la intimidad personal, a la que hace referencia el nuevo apartado, y que abarca las dimensiones más personales de la intimidad: intimidad corporal y sexual, opiniones religiosas y políticas, la información referida al estado de salud, etc. Así pues, aunque lo más común será que el nuevo tipo delictivo sancione la divulgación de contenidos sexuales, no hay que excluir de su ámbito la divulgación de otro tipo de imágenes de carácter íntimo, como pueden ser, por poner tan sólo dos ejemplos, la de un paciente durante unas pruebas médicas o la de una persona en grave estado de embriaguez o consumiendo droga"*.

El acceso a la información contenida en los dispositivos electrónicos afecta en todo caso a la intimidad personal y es el reconocimiento de ese derecho lo que lleva al legislador

49 Artículo 10.2 C.E. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

50 Artículo 10.1 C.E. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

51 MARTÍNEZ OTERO, JUAN MARÍA El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis Diario La Ley Nº 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013

penal a la tipificación del artículo 197.7 para compeler a que terceros se abstengan de la utilización de imágenes o vídeos recibidos de otra persona con un fin distinto del que el autor pretendió con el inicial envío a su destinatario.

3.2.2 El tipo

De una lectura detenida del nuevo apartado, se entiende que principalmente está dirigido a castigar dos tipos de conductas. Por un lado, la de quien, tras haber protagonizado y grabado una relación sexual o íntima con un tercero, procede a difundir imágenes de la misma sin el consentimiento de la otra parte; y por otro, la de quien ha recibido sexting de una persona y difunde esas imágenes sin autorización del protagonista, como fue el ya mencionado caso de la concejala de Los Yébenes.

También dice el CGPJ⁵² en su informe que el tipo -“se configura como un delito especial de propia mano, por cuanto que solo podrá ser cometido por aquél que hubiera obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales difundidas con el consentimiento de la víctima”-.

La redacción de tipo no lo restringe a la difusión de imágenes o grabaciones de naturaleza sexual, sino que se realiza una formulación genérica, refiriéndose a las vulneraciones graves de la intimidad personal. Así, aunque la gran mayoría de los delitos englobados en este nuevo tipo están directamente relacionados con el sexting, no se puede excluir de su alcance la difusión de otras imágenes o grabaciones íntimas.

3.2.3 Elementos del tipo

3.2.3.1 Sujetos

El sujeto activo puede ser cualquier persona que sin autorización cometa los hechos descritos en el tipo. Al sujeto activo se le impondrá la pena en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad.

Este tipo penal no distingue si la práctica del sexting la realiza un hombre o una mujer teniendo la misma penalidad el sujeto activo

⁵²Consejo General del Poder Judicial “Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal” Madrid, 2013

Nuria Castelló⁵³ señala que el sujeto activo habrá de limitarse a quien obtuvo de modo directo las imágenes o la grabación, excluyendo a todo aquél que actúe reenviando la misma y tal y como está redactado el tipo parece que es así.

3.2.3.2 Tipo subjetivo

Además del dolo expresado en la voluntad de distribución de las imágenes recibidas sin anuencia del protagonista, es necesario que tenga un especial elemento subjetivo del injusto para vulnerar el grado de intimidad suficiente del sujeto.

3.2.3.3 La acción

La conducta típica de este nuevo delito viene delimitada por los verbos difundir, revelar y ceder, verbos que hacen referencia a la transmisión del contenido íntimo más allá de los límites consentidos por el primer emisor y protagonista de las imágenes. Esta difusión puede tener un alcance muy diverso: desde reenvíos muy limitados de las imágenes a dos o tres amigos o amigas a través de servicios de envío de mensajes como whatsapp o correo electrónico, hasta la publicación de las imágenes en portales de acceso público (youtube, twitter, o perfiles de redes sociales con centenares de amigos).

Lógicamente, dependiendo del alcance de la difusión, revelación o cesión, la reprochabilidad de la conducta será diferente. En cualquier caso, no hay que perder de vista que debido a las tecnologías digitales, una vez que las imágenes se han cedido a una tercera persona, se pierde el control sobre las mismas, y no es difícil que progresivamente se vayan propagando más y más, alcanzando un grado de difusión enorme, mucho más vasto del previsto por el responsable del primer envío no consentido.

El nuevo tipo delictivo, por lo tanto, castiga la difusión sin permiso de contenidos obtenidos con permiso. Si hasta ahora los delitos referidos a la intimidad exigían como premisa un acceso ilegal a determinada esfera de la intimidad de un tercero, en el nuevo delito propuesto el acceso es plenamente legal, conocido y consentido por la víctima, que en no pocas ocasiones habrá enviado libremente las imágenes al responsable de su posterior divulgación.

3.2.3.4 Objeto material la imagen.

53 CASTELLÓ NICÁS, NURIA. "Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)". Coord. Morillas Cueva. Madrid, 2015 pág. 503.

Reconocido en el art. 18.1 CE, el de a la propia imagen es un derecho más de la personalidad, parte del patrimonio moral derivado de la dignidad del ser humano mismo⁵⁴, que subraya los rasgos físicos que conllevan la configuración externa que permite identificar una persona. Esta protección se desarrolla en la LPDH⁵⁵, cuyo artículo 7.5 considera intromisiones ilegítimas la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

Según Eloy Velasco⁵⁶ *"es un derecho por tanto que afecta a la reconocibilidad, la singularidad física frente a otras personas mediante la configuración externa de los diferentes rasgos (rostro, fisonomía, tamaño, talla, etc.) que cada persona tiene y que le diferencia y singulariza frente a los demás."*

El derecho, salvo interés social prevalente, se proyecta por parte de su titular sobre un doble poder de decisión:

— Disponer de la representación del propio aspecto físico que permita su identificación y

— Evitar su difusión incondicionada, ajena a su voluntad, de modo que comprende el derecho de su titular a «oponerse tanto a la captación, como a la conservación, como a la reproducción de la misma por cualquier otro» (STEDH 27 de mayo de 2014 caso De la Flor Cabrera vs España.⁵⁷)

Igualmente la imagen puede comprometer aspectos de la intimidad de la persona, muy vinculados a todas las esferas de su dimensión privada especialmente, la sexual, en cuanto afecte a su sentido del pudor o dignidad.

José Carlos López Martínez⁵⁸ cree que la protección de la imagen se justifica jurisprudencialmente por tener la consideración de primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo , en cuanto, instrumento básico de identificación y

54 VELASCO NÚÑEZ, Eloy Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal. Diario La Ley, N° 8595, Sección Doctrina, 1 de Septiembre de 2015, Ref. D-311, Editorial LA LEY LA LEY 5062/2015

55Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

56VELASCO NUÑEZ, Eloy. Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal Diario La Ley, N° 8595, Sección Doctrina, 1 de Septiembre de 2015, Ref. D-311, Editorial LA LEY

57 El demandante alega una vulneración de su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a su propia imagen, por el hecho de que las grabaciones de video se realizaron sin su consentimiento y utilizaron en el juicio.

58 LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos. Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación. Diario La Ley N° 8059, Sección Dossier, 10 Abr. 2013.

proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.

3.2.3.5 Anuencia del afectado

Los requisitos para considerar que se incurre en este delito son: que las grabaciones hayan sido obtenidas con “anuencia” de la víctima, es decir, la víctima consintió que se le grabara o fotografiara, pero no que se difundieran las grabaciones, y que hayan sido realizadas en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Debe entenderse que la grabación se realizó desde un principio “con ánimo de ser protegida”. Es decir, no valdría por ejemplo una foto tomada en una cena en un lugar público, ni en una fiesta privada con varias personas.

A) Consentimiento y derecho a la intimidad

Según Joaquín Delgado Martín⁵⁹, el consentimiento del afectado, con carácter general, puede legitimar la injerencia en el derecho a la intimidad porque corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5.º; 196/2006, de 3 de julio, FJ 5.º y 173/2011, de 7 de noviembre), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.º).

En este sentido la STC 206/2007, de 24 de septiembre, entiende que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida. Y en la misma línea, la STS 277/2007 de 13 de abril entiende que ha de existir un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.

B) Requisitos del consentimiento

El consentimiento no necesita ser expreso⁶⁰, pudiendo ser verbal (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 5.º). Asimismo la jurisprudencia constitucional admite también la eficacia del consentimiento tácito, que ha de derivarse de actos concluyentes.

Ha de tenerse en cuenta que se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto aún autorizada, subvierta los

⁵⁹ DELGADO MARTÍN, Joaquín. Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos. Diario La Ley N° 8202, Sección Doctrina, 29 de Nov. 2013.

⁶⁰ LÓPEZ MARTÍNEZ, José Carlos. Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación. Diario La Ley N° 8059, Sección Dossier, 10 Abr. 2013.

términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2.º; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5.º; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2.º; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.º).

3.2.3.6 El lugar

Al derecho a la intimidad apunta igualmente el inciso del nuevo apartado referido al lugar en el que han sido captadas las imágenes: «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros».

Para Juan María Martínez Otero⁶¹ la redacción del nuevo art. 197.7 resulta algo confusa en este punto: ¿estos lugares están referidos a la grabación de las imágenes, o a la obtención de las mismas? Resulta lógico pensar que se refieren al lugar de grabación de las imágenes, y no al de entrega, que puede hacerse de muy distintas maneras y no precisa de un lugar físico, habida cuenta de las mil opciones de entrega que el mundo digital abre a quienes desean compartir una determinada comunicación. Señalado lo anterior, esta acotación espacial "domicilio o lugar fuera del alcance de la mirada de terceros" resulta, en primer lugar, superflua, en la medida en que lo importante es la vulneración efectiva del derecho a la intimidad, y no tanto el lugar donde se hayan captado las imágenes, aunque, evidentemente, el lugar de captación será fundamental para determinar si se ha producido tal vulneración o no.

Por otro lado, la acotación a dichos lugares resulta jurídicamente enrevesada, al mezclar un concepto jurídico de perfiles nítidos, el domicilio, con otro fáctico de perfiles ciertamente borrosos: lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Según el autor de esta discrepancia, sería preferible omitir sendos complementos circunstanciales de lugar, que pueden complicar la aplicación concreta del nuevo delito. En su caso, podría emplearse el más sencillo concepto de «lugares privados», en contraposición a los «lugares abiertos al público». Esta terminología, recogida en la LO 1/1982, goza de una mayor aceptación en la jurisprudencia constitucional en relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Carmen Tomás-Valiente⁶² también critica la redacción del lugar "fuera de mirada de terceros", que puede ser un domicilio o cualquier otro (en puridad no tendría siquiera que tratarse de un lugar cerrado, piénsese en fotos o grabaciones de contenido sexual realizadas en una playa desierta). La alusión a los terceros suscitan a la autora algunas cuestiones preguntándose si pretende el legislador limitarse a lugares de los que esté

⁶¹MARTÍNEZ OTERO, JUAN MARÍA. El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis Diario La Ley N° 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013.

⁶²TOMAS-VALIENTE, Carmen. "Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Director Gómez Tomillo, Manuel Aranzadi, Navarra 2015 pág. 671.

excluido cualquier tercero, o se incluyen también reuniones privadas en el sentido de no abiertas al público.

3.2.4 Las penas

La pena asociada al delito es de prisión de tres meses a un año o alternativa de multa de seis a doce meses. Se trata de penas ostensiblemente inferiores a las del resto de delitos del art. 197, extremo que puede venir dado en que no se produce aquí un asalto o desvelamiento no consentido a la intimidad de un tercero, sino tan sólo una difusión de la misma sin la debida autorización. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el responsable de los hechos sea el cónyuge u otra persona que esté o haya estado unida a la víctima por una relación de afectividad análoga. En estos casos, en los que existe un vínculo estable entre agresor y víctima, la conducta se entiende particularmente grave.

Javier Nistal Burón⁶³, apunta a la posibilidad de suspender la condena a los penados que ingresan por primera vez en prisión una vez cumplida la mitad de su pena, si esta es menor de 3 años, está prevista en el apartado 3.º del art. 90 del CP, introducido en la última reforma del CP, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

3.3 EL SEXTING Y LOS MENORES

Los jóvenes pueden utilizar los medios de comunicación electrónicos para avergonzar, fustigar o amenazar a sus compañeros, fuera del control de los adultos.

Es una nueva forma de violencia que genera cada vez más víctimas entre adolescentes y preadolescentes, que son especialmente vulnerables. Se está produciendo un auge de conductas o prácticas entre adolescentes como el happyslapping⁶⁴ y el sexting. Relacionado con el sexting tenemos el sexcasting, que supone la grabación de contenidos sexuales a través de la webcam y la difusión de los mismos por correo electrónico, redes sociales o cualquier canal que permitan las nuevas tecnologías.

⁶³NISTAL BURÓN, Javier. Diario La Ley, N° 8668, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2015, Ref. D-477, Editorial LA LEY

⁶⁴ Esta práctica llamada también «bofetada o paliza feliz», se refiere a aquellas acciones en que se agrede físicamente a una persona grabándola en vídeo con el móvil, para después colgarlo en la red, para darle publicidad.

María José Bartrina⁶⁵ opina que estas prácticas de sexting entre menores puede derivar en una conducta de ciberbullying⁶⁶ que a su vez pueden derivar en grooming (si se ve implicado un adulto) o sextorsión (si existe chantaje) y ser utilizadas como medio de presión, chantaje y/o ridiculización contra la persona fotografiada. Esto puede comportar en la víctima unos daños morales y psicológicos que en algunos casos pueden ser graves e irreparables.

Las Investigaciones realizadas en España sobre hábitos de seguridad en el uso de las tecnologías de la información y comunicación por niños y adolescentes, realizado por el Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO⁶⁷, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, de marzo de 2009, a partir de encuestas a menores de entre 10 y 16 años y a sus padres o tutores, muestra como un 5,9% de los chicos afirma haber sido víctima de ciberacoso, mientras que un 2,9% afirma haber actuado como acosador. Mensajería instantánea, chats, mensajes de móvil, correo electrónico y redes sociales se convierten en nuevos espacios para la burla, las exclusiones y la vulneración de los principios básicos relacionados con el honor y la intimidad. Evidentemente estos datos se habrán incrementado exponencialmente con el transcurso de los años desde que se realizó este primer estudio.

En el estudio realizado por este mismo INTECO con Orange en abril de 2010⁶⁸ en España, se concluía que un 89,2% de los jóvenes entre 15 y 16 años tiene teléfono móvil y, respecto a la creación de contenido, la realización de fotografías es el servicio más utilizado en un 88,6% de los casos, frente a un 48,5% que hace grabaciones en vídeo. De estos, el 48,2% las envía a otras personas y el 20,8% las hace públicas en Internet.

En España, según el estudio del INTECO (2010) el 4% de los menores de entre 10 y 16 años admite haberse hecho fotos provocativas alguna vez, ratio que sube a un 6,1% entre los adolescentes de 15 y 16 años. A su vez, un 8,1% reconoce haberlas recibido.

65 BARTINA ANDRÉS, María José Análisis y abordaje del acoso entre iguales mediante el uso de las nuevas tecnologías Centre d'Estudis Jurídics i formació especialitzada Año 2012

66 En 2006, Peter K. Smith³⁰ de la Universidad de Londres, utiliza el término para definir el uso de tecnologías para llevar a cabo un acoso que no tiene lugar en un espacio físico ni en un tiempo determinados, sino que se amplía al uso de las redes sociales y tecnológicas de difusión masiva como móviles e Internet. Muy a menudo, el ciberbullying se caracteriza por un anonimato que puede considerarse como un incentivo para ejercer un mayor nivel de acoso y violencia. El acoso cibernético, identificado también como un bullying indirecto, es la intimidación mediante dispositivos tecnológicos como el ordenador con correo electrónico, la mensajería instantánea, los foros de chat, los mensajes de páginas web y las imágenes digitales hechas con teléfono móvil o dispositivo similar

67 Desde el 28 de octubre de 2014, el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, S.A. (INTECO) pasa a llamarse Instituto Nacional de Ciberseguridad de España, S.A. (INCIBE), https://www.incibe.es/que_es_incibe/

68 INTECO 2011 Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/manuales_es/Guia_sexting.

En 2011, este organismo ha elaborado, junto con Pantallas Amigas, una guía para prevenir este fenómeno entre los adolescentes⁶⁹, de la que paso a seleccionar unos datos.

En la Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo se analizan las conductas de sexting activo (realizarse a sí mismo fotografías o vídeos en una postura sexy) y pasivo (recibir fotos o vídeos de personas conocidas en una postura sexy y analiza el conocimiento de los riesgos y la incidencia directa e indirecta que pueda tener:

Conocimiento

Los menores son más conscientes de los riesgos asociados al sexting pasivo que al sexting activo (39% frente a 30,8%). En cualquier caso, el conocimiento de ambos comportamientos se incrementa con la edad. El 14,4% de los menores de 10 a 12 años conoce el riesgo existente en el hecho de hacerse fotos o vídeos en posturas provocativas, conocimiento que se eleva hasta llegar al 40,8% entre los menores de 15 a 16 años. Igualmente, el sexting pasivo, recepción de fotos o vídeos provocativos de chicos o chicas de su entorno, es conocido por el 23,4% de los menores de 10 a 12 y alcanza el 52%,9% entre los adolescentes de 15 a 16.

Incidencia directa

La incidencia directa declarada por el menor de sexting pasivo es mayor (4,3%) que la de sexting activo (1,5%). En ambos casos, la percepción de los adultos es inferior a la manifestada por sus hijos.

El sexting activo⁷⁰, o hacerse a sí mismo fotografías provocativas es más practicado por chicas (2,2%) que por chicos (0,9%). Ocurre lo contrario en relación al sexting pasivo, o la recepción de fotografías de carácter sexy de personas conocidas (5,1% de los chicos frente a 3,3% en el caso de las chicas).

En cualquier caso, la incidencia directa de ambos comportamientos se incrementa con la edad. Así, solo el 0,9% de los menores de 10 a 12 años reconoce hacerse fotos o vídeos en posturas provocativas o sexualmente inapropiadas, llegando al 2,5% entre los menores de 15 a 16 años. Igualmente, el sexting pasivo es reconocido por el 3,6% de los menores más jóvenes y alcanza al 6,4% entre los adolescentes de mayor edad.

Incidencia indirecta

Como ocurre en relación a otros comportamientos analizados, la incidencia indirecta reconocida por el menor en su entorno supera a la incidencia directa.

⁶⁹Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles(se profundiza en el fenómeno del sexting, aportando datos sobre su incidencia, analizando la especial vulnerabilidad de los menores, definiendo un análisis jurídico de la problemática y, por último, proporcionando consejos y recomendaciones a adultos y a menores.)<http://www.sexting.es/guia-sobre-adolescentes-y-sexting/>

⁷⁰ INTECO 2011 Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo
http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/manuales_es/Guia_sexting.

En este caso, mientras que el 1,5% reconoce haber practicado sexting activo, el 13,8% afirma que conoce a personas de su entorno que lo practican.

De mismo modo, frente a un 4,3% de incidencia directa declarada por el menor sobre la recepción de fotos o vídeos provocativos de chicos o chicas de su entorno, el 16,5% declara conocer casos de este comportamiento entre sus amigos y compañeros.

En cuanto a la responsabilidad penal del menor⁷¹, depende de la edad del autor del delito; a los mayores de edad y excepcionalmente a los menores entre 16 y 18 se les aplica el CP y a los mayores de 14 años pero menores de 18 se les aplica la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En ambas normas se establece que al mayor de 18 años y menor de 21 que comete un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta disponga. De igual modo la respuesta de Derecho Penal de Menores, tal como establece la exposición de motivos de la LORPM se aplicará teniendo en cuenta que prima el interés del menor las medidas aplicadas pueden ser sancionadoras o educativas.

3.4 El sexting y la violencia de género

El delito de sexting puede ser muy común en el caso de la violencia de género y doméstica cuando la pareja en su relación tenga imágenes íntimas grabadas, y que a raíz de la petición de separación o divorcio de uno de ellos el otro difunde las imágenes que tenía grabadas a terceros, cometiendo el delito a partir de la reforma, ya que en la anteriormente el hecho no sería delictivo. Ello da lugar en muchos casos a la práctica de la sextorsión.

La específica derivación a considerar estos hechos como constitutivos de delito de violencia de género consta en la mención que se hace en el párrafo 2.º del artículo 197.7 de que: La pena se impondrá en su mitad superior cuando 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, 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.

No obstante, incluye tanto que el sujeto activo sea varón como mujer y lo mismo ocurre con la penalidad.

⁷¹ NISTAL BURÓN, Javier. Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal Diario La Ley, N° 8668, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2015, Ref. D-477, Editorial LA LEY. LA LEY 7741/2015

Según Magro Servet⁷², la penalidad en el caso de que la difusión se haga en caso de pareja o ex pareja es en la mitad superior de la pena en el caso del delito básico, lo que es muy diferente al delito de stalking en estos casos en donde el delito básico de stalking o acoso o acecho está sancionado con la pena de seis meses a dos años de prisión, o de multa de seis a veinticuatro meses que se puede imponer como opcional en el caso de que entre las partes no exista una relación de violencia de género. Pero si se trata de stalking en pareja o ex pareja la pena de multa opcional se sustituye por la de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días en lugar de la multa, ya que sabido es que la multa no suele imponerse en los casos de Violencia de género para no gravar económicamente a las víctimas de VG.

Sin embargo, en el delito de sexting que puede tener la misma gravedad que el de stalking la pena es distinta en el delito básico, ya que es de tres meses a un año de prisión o multa de seis a doce meses, es decir doce meses menos de multa como opcional y en el caso de stalking en pareja o ex pareja la pena de prisión en lugar de ser la mitad superior de la pena de entre seis meses y un año de prisión, en este caso es la de pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Es decir, no se hace como en el delito de stalking de dar la opción de imponer la pena de TBC sino que simplemente se opta por imponer la pena en la mitad superior, pero la de prisión de entre seis meses y un año y la de multa, con lo que no se entiende esta diferencia cuando se trata de delitos de la misma o semejante gravedad, y, sobre todo, que se mantenga la pena de multa en los supuestos de sexting en la VG cuando es sabido que la pena de multa no debe imponerse en estos casos por suponer un arma arrojadiza del autor del delito contra su denunciante reprochándole que al denunciarle e imponerle el juez una sanción económica no le va a poder hacer pago de la pensión acordada en el proceso de familia si se habían divorciado o separado.

En cualquier caso, para resolver este problema la reforma del Código Penal ha incluido en el art. 84.2 una solución, ya que señala que: Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.^a del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Con ello, aun en los supuestos de que el delito permita la pena de multa como en este caso solo podrá imponerse en los casos en los que no existen obligaciones económicas del acusado con la denunciante, lo que es una buena solución a este problema.

Otra precisión importante es que la regulación que nos ofrece el precepto al referirse como autor al cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia es que esta regulación afecta tanto a la

⁷²MAGRO SERVET, Vicente. Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género Diario La Ley, N° 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015, Ref. D-189, Editorial LA LEY

violencia de género como a la doméstica, de tal manera que la agravación por cometerse el delito en el seno de la pareja tiene cabida tanto en la violencia doméstica como en la de género, es decir, tanto sean difundidas las imágenes por él o por ella tendría la misma penalidad, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de los arts. 153, 171.4 y 172.2 en donde la agravación está en que el comete el delito es el varón. Lo mismo ocurre en el caso del stalking, ya que en el apartado 2.º del art. 172.ter CP se sanciona: Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. Y cuando vemos la mención del art. 173.2 CP se está refiriendo a delito cometido sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, es decir, admitiendo tanto la violencia de género como la doméstica, con lo que en los casos de stalking y sexting la agravación por la comisión de estos delitos en el seno de las parejas o las ex parejas conlleva la misma sanción penal sin establecer distinciones si se trata de violencia de género o doméstica, es decir, si el sujeto que comete el delito de difusión de las imágenes sin autorización, o el acto de vigilar, acosar o acechar fuera el hombre o la mujer.

Se produce una ampliación de la competencia de los juzgados de violencia contra la mujer. Aunque no es reforma introducida por el código penal sí que afecta al mismo en cuanto a los tipos penales antes vistos, ya que en el proyecto de ley de reforma de la LOPJ actualmente en trámite parlamentario se modifica la letra a) y se añade una nueva letra g) al apartado 1 del art. 87 ter, que quedan redactadas como sigue:

De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

La diferencia con el texto actual a nivel competencial para instruir delitos de violencia de género⁷³ es que se incluyen ahora con esta reforma los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, y contra el honor. Y sobre todo, porque de no ser así resultaría que con respecto a los dos delitos introducidos ex novo en la reforma del CP como son el de sexting (art. 197.7 CP) y el de stalking (art. 172 ter CP) solo este último quedaría bajo la competencia del JVM, y no el primero, ya que el sexting del art. 197.7 CP está en los delitos contra la intimidad, por lo que esta ampliación de la competencia permitirá que también conozcan del sexting los JVM cuando el sujeto activo del delito sea un varón y el pasivo su pareja o ex pareja aun sin convivencia.

73MAGRO SERVET, Vicente. Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género. Diario La Ley, N° 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015, Ref. D-189, Editorial LA LEY. LA LEY 3277/2015

3.5 La sextorsión

Otro tema de interés en estos casos es el de la sextorsión⁷⁴ que es una forma de explotación sexual en la cual se chantajea a una persona por medio de una imagen de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante sexting⁷⁵. La víctima es posteriormente coaccionada para tener relaciones sexuales con el/la chantajista, para producir pornografía u otras acciones⁷⁶. Puede darse en situaciones de violencia de género y doméstica bajo la amenaza o extorsión de que o acepta a sus proposiciones o difundirá las imágenes que de ella o él tenía por internet. Sin embargo, esta actuación no tiene que ver necesariamente con la extorsión, que en castellano se suele usar únicamente para chantajes de carácter económico, ya que el art. 243 exige ánimo de lucro y además se refiere a la realización de actos con ánimo de lucro que causen perjuicio económico en la víctima, lo que no es el caso.

En la actualidad, la práctica de la sextorsión estaría castigada con el art. 172 del CP como una coacción, ya que en realidad el nuevo tipo penal del art. 197.7 CP no castiga la extorsión en estos casos, lo que obliga a utilizar otros tipos penales donde tenga cabida esta coacción, que lo es, para conseguir un actuar de la víctima bajo la amenaza de la difusión de las imágenes. Si además las difundiera se sancionarían los dos hechos, ya que un delito sería la coacción y otro el del art. 197.7 CP por haber difundido las imágenes si la víctima no hubiera accedido a las pretensiones del autor. El “modus operandi” de esta forma de actuar es que quien practica este delito consigue (con consentimiento o no) fotos o videos de su víctima en una situación de índole sexual o erótica. Después le hace saber que tiene esos archivos y la amenaza con darlos a conocer a sus padres, amigos o en páginas web, si no hace otras acciones a cambio, como producir más imágenes o tener relaciones sexuales con el extorsionador. Es decir, que el fin es el abuso sexual o la obtención de pornografía para uso privado o comercial⁷⁷. Pero en cualquier caso en el tipo penal del art. 197.7 CP no se ha contemplado esta opción y hubiera sido deseable que se incluyera la referencia de que sería punible por la vía del sexting del art. 197.7 CP la existencia de la extorsión para evitar la difusión de las imágenes, precisamente en la línea de dotar de autonomía tipificadora a este tipo de hechos, ya que de tener que acudir a la vía de la coacción dejamos sin resolver de forma específica modalidades de la comisión de este delito en la forma de la amenaza, coacción o extorsión. Como antes hemos reflejado, la sextorsión puede darse en el ámbito de la violencia doméstica y de género cuando él o ella, teniendo imágenes de la pareja, y habiéndose separado o divorciado, o en trance de ello, amenaza a su pareja o ex pareja con

⁷⁴ <http://www.sextorsion.es/> última visita 26/06/2016

⁷⁵ <http://www.sexting.es/> última visita 26/06/2016

⁷⁶ <http://ciberdelitos.blogspot.com/> última visita 23/04/2016

⁷⁷ <http://www.cuidadoconlawebcam.com> y <http://www.cuidatuimagenonline.com/> 23/04/2016

la difusión de las imágenes si, por ejemplo, no accede a sus pretensiones, que pueden ser de muy distinto signo, desde exigir que siga con él o ella, o cualesquiera otras. Pero, como se ha expuesto, esta conducta no encuentra acomodo en el tipo penal ahora analizado, sino más bien en el de las coacciones del art. 172.1 CP.

3.6 Crítica doctrinal

Diversos autores realizan una lectura crítica del nuevo apartado 7 del artículo 192 y paso a recopilar aquí algunas de ellas:

Fermín Morales Prats⁷⁸ indica: incluir en el concepto de dato personal penalmente protegible también las imágenes grabadas con consentimiento puede resultar excesivo. todo lo que se diga sobre derechos de esa persona a limitar la divulgación está bien, y el Derecho ha de dar una vía de respuesta y reparación. Pero eso no avala que la decisión adecuada sea introducir un delito en el Código Penal, máxime cuando ya se cuenta con la específica vía de la LO1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ni siquiera con una pena atenuada, pues, como también se ha señalado, la configuración de estos delitos ha partido siempre de que las imágenes, textos o sonidos se obtenían sin el consentimiento de la víctima, y cambiar ese punto de partida trastoca el sentido de estas infracciones.

Este autor reconoce que ha habido alguna voz en la doctrina que ha llegado a sugerir que se trata de casos de "auto puesta en peligro" que deberían impedir la tipificación penal, pero es también cierto que un sector doctrinal ha aplaudido esta iniciativa, invocando en su favor la indudable fuerza de la jurisprudencia constitucional que, como no podía ser de otro modo, ha declarado que toda persona conserva siempre el poder de control sobre los datos personales, con independencia del origen del documento visual o sonoro.

Para este autor la cuestión es grave, pues acontece en un momento cultural de clara relajación de costumbres en materia de intimidad o, si se prefiere, de una pérdida de normas de autovigilancia de las personas respecto de imágenes íntimas. Y ciertamente no se alcanza a entender por qué el Derecho penal debe prestar tutela a aquellas personas que han decidido abandonar las expectativas de intimidad respecto de grabaciones o imágenes propias, cuestión que se acredita por actos concluyentes, desde el momento que son cedidas a terceros voluntariamente, y en la mayoría de los casos sin consultar al receptor si quiere ser destinatario de las mismas. Todos padecemos hoy en día el envío de imágenes vía SMS o de Whatsapp, con grave quebranto en muchos casos de nuestras tareas cotidianas que se ven afectadas por esa compulsión. Pues bien ahora el ciudadano deberá reparar y seleccionar las imágenes que pudieran menoscabar la intimidad del emisor de las mismas, pues su divulgación podría hacerle incurrir en delito al vulnerar una obligación penal de sigilo.

78 MORALES PRATS, FERMÍN comentario a la reforma penal de 2015 director Gonzalo Quintero Olivares Aranzadi Navarra 2015 págs. 459 a 467

Juan Martínez Otero⁷⁹ dice que es la propia víctima la que se sitúa libremente en una situación de riesgo, confiando en la lealtad del depositario de su intimidad. ¿Debe el Código Penal proteger en estos casos la intimidad, cuando el riesgo ha sido libremente asumido? El autor entiende que no. Blindar penalmente la confianza que un sujeto deposita en otro libremente —fuera de los casos de secreto profesional— resulta excesivo. La probidad y la bonhomía en las relaciones de amistad o sentimentales, la lealtad, la fidelidad a la palabra dada, no son bienes jurídicos que corresponda al Derecho penal tutelar. Quien revela facetas de la propia intimidad a un tercero realiza un acto libre, y como tal, un acto responsable. Se sitúa voluntariamente en una situación de riesgo, y debe asumir las consecuencias de sus actos, máxime cuando estas consecuencias son tan indeseadas como previsibles el nuevo tipo delictivo resulta contrario a los principios de intervención mínima y de fragmentariedad del Derecho Penal, al tiempo que avala la irresponsabilidad del sujeto, ofreciendo una solución desproporcionada y paternalista que da carta de naturaleza a conductas inconscientes.

Carmen Tomás-Valiente⁸⁰ dice que el legislador ha preferido servirse de cláusulas genéricas en la redacción del artículo que no limiten la tipicidad exclusivamente al ámbito del eventual contenido sexual de las imágenes o grabaciones dejando una discutible opción que sin duda dará lugar a dificultades interpretativas, en cuya resolución deberá tenerse siempre en cuenta la operatividad de la tutela civil de la intimidad a través de la LO 1/1982, cuyo papel no debe verse fagocitado por la penal.

Esteban Mestre Delgado⁸¹ ante el proyecto de ley que luego se confirmó opinaba que las conductas que pretenden incorporarse al Código Penal no agotan, ni remotamente, las nuevas modalidades de actuación delictiva que está potenciando el uso de la cibertecnología, sin que tampoco sean aquéllas las más preocupantes en la sociedad actual. Así, por ejemplo paradigmático, el nuevo delito que se propone para proteger la intimidad se limita a dar respuesta penal inmediata a un caso de discutible trascendencia penal (el de la redifusión, inconsentida por uno de sus protagonistas, de imágenes íntimas que sin embargo fueron previa y voluntariamente grabadas), y cuya repenalización, en consecuencia, parece más problemática que reparadora de un problema real. Y añade que es indudable que la conducta que se pretende penalizar de este modo es susceptible de generar graves daños de imagen a una persona, pero lo que no termino de entender es la necesidad de criminalizarla, cuando su ámbito natural de reproche (a través del que actualmente se canaliza la sanción de estas conductas) es el de la responsabilidad civil.

Y ello porque, a diferencia de los hechos que se sancionan en la redacción actual del artículo 197.1 del Código, en este caso el autor no se apodera de los secretos ajenos contra la voluntad de su titular, sino que los comparte voluntariamente con éste. Y, además, porque el requisito típico de que «la divulgación menoscabe gravemente la intimidad

⁷⁹MARTÍNEZ OTERO, JUAN MARÍA. El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis Diario La Ley N° 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013

⁸⁰TOMÁS-VALIENTE, Carmen. "Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Director Gómez Tomillo, Manuel Aranzadi, Navarra 2015 págs. 671

⁸¹MESTRE DELGADO Reformas legales contra el cibercrimen La Ley Penal, N° 105, Sección Editorial, , Editorial LA LEY.

personal» exige una valoración de la que no siempre puede ser consciente el responsable de la acción.

3.7 SENTENCIAS

La novedad del tipo delictivo no permite ver todavía sentencias que se ajusten a este hecho tan sólo se puede ver a través del resumen analítico de las siguientes sentencias como se interpreta de forma dispar por el juzgador delitos de revelación de secretos antes de la reforma estudiada.

Absuelto por revelación de secretos el acusado que difundió vía e-mail imágenes grabadas de los encuentros ciber-sexuales con la víctima por Skype.

(AP Granada, Secc. 1ª, S 486/2014, 18 Sept. Ponente: Fernández García, Aurora Mª)

Según los hechos, el acusado y la víctima se conocieron a través de la red social "Badoo", manteniendo desde entonces frecuentes comunicaciones tanto telefónicas como telemáticas desde los ordenadores de sus respectivos domicilios sitios, respectivamente, en Granada y en Leeds -Reino Unido-, que muy pronto dieron lugar a múltiples encuentros cibersexuales entre ambos, mediante el Skype, en los que con mutuo consentimiento los dos se desnudaban y realizaban actos de masturbación transmitidos en directo a través de la web-cam de sus portátiles.

Tras la ruptura de la relación, que no fue exclusivamente telemática pues también se llegaron a conocer personalmente, originándose cierto vínculo sentimental con encuentros sexuales, consta que el acusado, guiado del propósito de causarle un grave daño moral en su dignidad y reputación personal, decidió atentar contra su intimidad dando a conocer a terceros, mediante envió por email, de un gran número de imágenes que previamente había ido guardando y archivando en su ordenador en las que la víctima aparecía en muy diferentes poses sexuales y, en su mayoría, desnuda.

La acusación calificó los hechos por delito de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197 1º, 4º y 6º CP y solicitó una pena de tres años y cinco meses de prisión, así como el pago del importe de 600 euros, en concepto de daño moral, no obstante lo cual el Juzgado de lo Penal nº 6 de Granada le absolvió de los cargos imputados.

Interpuesto recurso de apelación, la AP ha dictado sentencia confirmando el fallo absolutorio.

En su fundamentación jurídica argumenta la Sala que el citado precepto exige para su realización típica que esa finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro que anima su conducta se lleve a cabo a través de alguna de las tres modalidades expresamente contempladas en el mismo (apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos). Sin embargo, en el caso, y al margen del péfido propósito de su autor, resulta más que evidente que el acusado, para conseguir esas imágenes íntimas de la querellante, plenamente consentidas por ella, no tuvo que realizar ninguna de esas conductas dado que le fueron transmitidas voluntariamente en sus encuentros ciber sexuales. No tuvo, pues, que utilizar ningún tipo de artificio técnico o labor de interceptación para conseguirlas, ni tampoco para apoderarse virtualmente de ellas.

Las conductas que recoge el citado art. 197 CP exigen un acceso inconscntido a un secreto, siendo que en el supuesto de autos ni hubo acceso, por cuanto el acusado lo que hizo fue recibir, y no acceder a las imágenes, ni cabe hablar de no consentimiento, por lo que su conducta deviene atípica al no encajar en los moldes del delito objeto de acusación. No obstante quedan a salvo las acciones, en su caso, que la acusación particular pueda ejercitar por la intromisión ilegítima sufrida, al amparo de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La conducta, a juicio de la Sala encaja totalmente en la figura del “sexting”, que supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre. La regulación de tal figura se propuso en el Proyecto de CP (art. 197 párrafo 4º bis), y ha sido introducida finalmente como nº 7 del citado artículo por LO 1/2015 de 30 Mar publicada en el BOE el 31/03/2015, con inicio de vigencia el 01/07/2015, regulando expresamente los casos de obtención consentida de imágenes íntimas con difusión inconscntida posterior.

Finalmente la Sala también desestima la alegación de la apelante sobre ilicitud de la grabación de las imágenes para las cuales ella no habría dado su consentimiento al acusado.

A propósito de esta cuestión -valoración y eficacia probatorio de las grabaciones privadas- alude a la doctrina del TC, que establece que el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3º CE solo despliega su eficacia cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, por cuanto lo que persigue la norma constitucional es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma. Y así no implica contravención la retención por cualquier medio del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber del secreto. La vulneración sólo se produce cuando se graba la comunicación de otro y no con otro.

Condenados dos menores que difundieron vía whatsapp fotos de la ex novia de uno de ellos donde aparecía desnuda.

(APOurense, Secc. 2ª, S 131/2014 26 Marzo. Ponente: Cid Manzano Manuel.

Según los hechos probados la víctima envió a quien había sido su novio durante un breve período varias fotos de ella desnuda y éste a su vez, vía Whatsapp, se las reenvió a un amigo, el segundo acusado . Éste contacta con la víctima y la extorsiona, logrando así obtener cuatro fotos más y un vídeo personal realizando prácticas sexuales, que muestra desde su teléfono móvil a varios compañeros del IES de Verín donde cursaba estudios, además de difundirlas a terceros mediante su envío por grupos de Whatsapp.

A consecuencia de esta divulgación no autorizada la víctima fue objeto de comentarios jocosos y burlas por parte de compañeros y vecinos del pueblo.

El Juzgado de Menores de Ourense dictó sentencia en Expediente de Reforma condenando a los dos menores acusados como autores de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2 CP. Planteado recurso de apelación, la AP lo desestima, confirmando las medidas impuestas de 12 meses de libertad vigilada con imposición de la regla de conducta de asistencia a dos cursos educativos y la medida de prohibición de aproximarse a menos de 100 metros y de comunicar por cualquier medio con la víctima durante 12 meses, y estableciendo una indemnización de 600 euros.

Argumenta la Sala que los hechos son ciertamente encuadrables en un delito de descubrimiento y revelación de secretos porque si bien es cierto que no hubo apoderamiento indebido de las fotos discutidas, al encontrarse las mismas lícitamente en poder del primer acusado , ex novio de la víctima también lo es que el art. 197.2, en su último inciso, impone la misma pena a "quien sin estar autorizado, utilice dichos datos de carácter familiar o personal en perjuicio de su titular"

Dicho precepto tutela el derecho fundamental a la intimidad personal, siendo el bien jurídico protegido garantizado por el art. 18.1 CE, el derecho a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

En el caso concreto se trata de fotografías que pertenecen al reducto de lo que, una persona media de nuestra cultura, pretende que no trascienda fuera de la esfera en que se desenvuelve su privacidad, más allá de la exclusiva tenencia por la persona a quien la afectada remitió inicialmente las mismas. Se trata de fotos hechas en la intimidad que ambos acusados difundieron, vía Whatsapp y exhibieron a terceros, sin contar con la anuencia de la directamente interesada, siendo evidente el perjuicio causado a la misma, toda vez que aparece desnuda, permitiendo que pudieran ser observadas e incluso reenviadas a pluralidad de personas.

Es evidente que los acusados conjugaron el verbo núcleo del tipo penal examinado; esto es, utilizaron mediante su divulgación a terceros, datos inequívocamente reservados sin autorización de la titular de los mismos.

La privacidad, asevera, no es sólo, como derecho fundamental, un derecho al ocultamiento de circunstancias personales, sino un derecho a la no divulgación ilegal de los datos, dado que configura una forma del derecho a la libre realización de la personalidad.

Condenado por revelación de secretos el marido que graba a su mujer con un MP3 manteniendo relaciones sexuales con otro hombre.

AP de Granada, Secc. 2ª, S 667/2012, 30Nov.Ponente: Sánchez Jiménez, José María

Se declaró probado en la sentencia apelada que, ante las sospechas de infidelidad de la esposa, el acusado dejó conectado un artefacto grabador en el interior de su vivienda, aparato que registro cómo la apelante mantenía relaciones sexuales con otro hombre.

Los familiares y amistades de su entorno conocieron de esta infidelidad por habérselo contado el marido, pese a que la esposa no deseaba que nadie supiese que mantenía las relaciones sexuales citadas; no obstante, ningún testigo confirmó haber escuchado la grabación, sino tan sólo que el acusado les dijo que tenía una grabación en la que se escuchaba a su esposa mantener relaciones íntimas con otra persona.

El Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada, que conoció de estos hechos en primera instancia, absolvió al acusado por el delito imputado de descubrimiento y revelación de secretos sobre la base de que la intimidad de la denunciante no se veía afectada por ser descubierta en su infidelidad, pues su proceder entrañaba ciertos riesgos que debía asumir, y que el marido tenía derecho a conocer la infidelidad de su mujer, sin que conste que haya divulgado la grabación a terceros, máxime si se atiende, como refuerzo, a que la grabación se hizo en el domicilio común de la pareja.

Planteado recurso de apelación, la Sala discrepa del pronunciamiento de la instancia. En primer lugar analiza los caracteres del tipo discutido (artículo 197 CP), recordando que es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad de que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad.

Aplicando estas consideraciones al caso de autos, concluye la Sala que los hechos enjuiciados sí son legalmente constitutivos del delito de descubrimiento y revelación de secretos, en la modalidad agravada por la difusión del secreto.

En orden a la determinación de la pena a imponer, yendo la del tipo aplicable de dos a cinco años de prisión, considera la Sala prudente fijar la prisión en el mínimo de lo legalmente procedente en atención a las circunstancias concurrentes (afectación de intereses comunes a la pareja y difusión sólo entre personas directamente relacionadas con ella por vínculos de íntima amistad o parentesco), mostrando su parecer favorable a la implementación de las formas sustitutivas de cumplimiento de la privativa de libertad que prevé la norma penal (artículos 80 y siguientes del Código Penal) e, incluso, informando positivamente la solicitud de indulto, de darse el caso.

Un juicio por hacer «sexting» en Vigo se salda con 360 euros. El implicado reenvió por WhatsApp unas fotos íntimas de un «ligue» de 14 años de su instituto

Juzgado de lo penal número 2 de Vigo

Este juzgado condenó a un adolescente a pagar una multa de 60 euros por una falta de vejaciones injustas al haber reenviado por WhatsApp fotos íntimas de una amiga de 14 años y compañera de su instituto. Ella había regalado a su pretendiente su propio autorretrato en el que aparecía desnuda como una prueba de amistad. Además, el acusado abonará 300 euros de indemnización a la víctima por el trauma que le causó, ya que tras el escándalo, ella abandonó el centro escolar por la vergüenza. En total, el hecho realizado le ha costado 360 euros al implicado aunque la petición inicial era de un año de cárcel y varios miles de euros de indemnización por un delito contra la intimidad.

La clave de la sentencia está en que la adolescente agraviada envió voluntariamente su imagen, en la que aparecía sin ropa, al acusado y que este la redifundió por mensajería instantánea a otra amiga. No se sabe cómo, pero al poco tiempo las fotos circularon por todo el instituto. En todo caso, el implicado no robó las imágenes, lo que tiene en cuenta el tribunal.

La jueza también valoró el hecho de que el acusado tampoco usó Internet para que la foto llegase a más gente ni la acompañó de comentarios jocosos o infamantes contra su amiga. Por todo ello, la magistrada solo vio una falta de vejaciones injustas y no un delito contra la intimidad.

CONCLUSIONES

En todo lo anteriormente expuesto se puede apreciar, a mi entender, que la materia analizada es de un indudable interés social y jurídico, sin embargo ésta modificación legislativa a pasado bastante desapercibida entre el público en general por la inclusión en la reforma 1/2015 del Código Penal de la pena de prisión permanente revisable que acaparó todo el interés mediático, político y social centrándose en esa pena como única novedad de la amplia reforma.

Pero el interés de la reforma no está sólo en esa pena de prisión permanente revisable sino que se tocaron temas de enorme interés como la desaparición de las faltas en el ámbito penal, la agravación de las penas en caso de homicidio, asesinato, robo, hurto, estafa y la tipificación de nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad entre los que encontramos los artículos aquí analizados del título X del Código Penal en su capítulo primero con una especial atención al punto 7 del artículo 197.

En la primera parte del trabajo expongo como quedan configurados los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en los que el legislador a ampliado y perfeccionado los tipos existentes para dar una mejor respuesta punitiva a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos ampliando la normativa para cubrir nuevos aspectos tecnológicos

que antes por inexistencia no se habían tenido en cuenta predicando una agravación de las penas para la comisión de los delitos contemplados en este Capítulo del Código Penal si se hubiesen cometido en el seno de una organización o grupo criminal y extendiendo la responsabilidad penal de la persona jurídica los nuevos delitos de intrusismo informático.

Hasta aquí no parece que el resultado de la reforma produzca controversia entre la doctrina aunque siempre se critican algunos aspectos de redacción que pueden llevar a distintas interpretaciones, pero es en la segunda parte del trabajo el referido al artículo 197.7 donde se desarrolla el delito de sexting donde la doctrina eleva la voz de un modo más crítico aunque no unánimemente pues hay partidarios que ven adecuada la introducción de la figura del sexting como tipo delictivo.

Yo considero acertada la introducción de esta figura por varios motivos. Primero en el estudio se ve que la práctica del sexting afecta mayoritariamente a un sector de la población que son los menores de edad que deben gozar de una especial protección por parte del Estado que ha de servirse de medios como el Ministerio Fiscal y el Código Penal para proporcionar ese amparo a los menores. Segundo por que el sexting va relacionado con la violencia de género y ésta es una medida más de ampliación de las medidas de protección integral que se deben tomar contra esa violencia de género que puede comenzar con prácticas de sexting y que al igual que ocurre con los menores pueden acabar en casos de sextorsión para ambos colectivos.

Los críticos creen que no debería tipificarse penalmente puesto que la realización del sexting es voluntaria y es una cuestión de auto puesta en peligro por lo que no debería intervenir el derecho penal. Considero que el bien jurídico protegido es lo suficientemente importante como para entender que a pesar de la voluntariedad del sujeto en la realización del acto no por eso debe quedar desprotegido ante la invasión y perturbación que de su intimidad pudieran hacer otros. Para los críticos sería válida la aplicación de la Ley de Protección del Derecho al Honor y sustanciarse estas cuestiones en el ámbito civil pero esto me parece insuficiente ante las posibles consecuencias que puedan sufrir las víctimas y hay que utilizar la prevención general del derecho penal como una de las medidas a tener en cuenta para evitar la perpetración del delito de sexting.

Los críticos dicen que este nuevo artículo 197.7 supone la introducción de deberes penales de sigilo para toda la población y convierten a todos los ciudadanos en confidentes de los demás. Bueno si es así ¿cuál es el problema?. Al igual que el legislador ha de adoptar nuevas tipologías penales en base a los cambios que se producen en la sociedad, a lo mejor la sociedad ha de entender que el modo de enfrentarnos a los nuevos retos tecnológicos que a la vez de facilitar y modificar nuestras vidas pueden suponer también una carga que nos obligue a actuar de un modo adecuado en el que el anonimato o la distancia virtual no permita que se produzcan hechos que puedan ser constitutivos de delitos y nos obligue a actuar en defensa de una comunidad tecnológica en la que no todo vale.

El sexting entre menores supone un serio riesgo para las víctimas que puede acabar en tragedia cuando el menor no es capaz de superar la vergüenza que le produce, cierto es que habrá que adoptar medidas desde el hogar, los centros educativos y todos los ámbitos en los que se pueda educar a ese menor. Las penas por el delito de sexting en el caso de los menores son adecuadas a mi entender y pueden suponer un cortafuegos ante otras situaciones que puedan ser más graves penalmente.

En el caso de la agravación por ser o haber sido cónyuge o análoga relación de afectividad me parece muy adecuado, en primer lugar por no hacer distinción de sexo e incluir igualmente a los hombres y a las mujeres y en segundo lugar porque ante la realidad cotidiana en la que aparecen continuamente delitos de violencia de género sobre la mujer cualquier medida que se tome me parece oportuna y un delito de sexting pudiera ser un indicador de que nos pudiéramos encontrar ante un posible maltratador.

Evidentemente entiendo que el delito tipificado en el artículo 197.7 afecta al derecho a la intimidad personal, la imagen de contenido sexual que uno mismo pueda producir entra dentro de la esfera más personal e íntima que pueda tener una persona, el hecho de que se transmita voluntariamente a otra persona no significa que se renuncie a ese derecho a la intimidad que todos tenemos lo que se hace es poner en confianza un acto que no puede ser desvelado por la persona que lo recibe y de ser desvelado, reproducido o transmitido debe tener un reproche penal.

BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. El delito de stalking como nueva forma de acoso. cyberstalking y nuevas realidades. La Ley Penal, Nº 105, Sección Estudios, , Editorial LA LEY.

BARTINA ANDRÉS, María José Ayudas a la investigación 2011. Análisis y abordaje del acoso entre iguales mediante el uso de las nuevas tecnologías Ayudas a la investigación 2011. Ámbit social y criminologic. Centre D'Estudis Jurídics I Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia.

DE LEMUS VARA, Francisco Javier. El delito de childgrooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código Penal, por la Ley Orgánica 1/2015 Diario La Ley, Nº 8604, Sección Tribuna, 14 de Septiembre de 2015, Ref. D-328, Editorial LA LEY. LA LEY 5175/2015

DELGADO MARTÍN, Joaquín. Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos. Diario La Ley, Nº 8202, Sección Doctrina, 29 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY LA LEY 8875/2013

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Comentarios Prácticos al Código Penal Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233. Aranzadi 2015.

LUZÓN PEÑA, Diego María. El consentimiento en derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal* Revistas@iustel.com Revista General de Derecho Penal 18 (2012)

MORILLO CUEVAS, Lorenzo (Director). Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Dykinson S.L. Madrid 2015

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) Comentario a la reforma penal de 2015. Aranzadi. 2015

MAGRO SERVET, Vicente. Diario La Ley, Nº 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015, Ref. D-189, Editorial LA LEY. LA LEY 3277/2015

MESTRE DELGADO, Esteban. Reformas legales contra el cibercrimen. Diario La Ley Penal, Nº 105, Sección Editorial, , Editorial LA LEY

MARTÍNEZ OTERO, Juan María. El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4.º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento. Diario La Ley, Nº 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 8718/2013

NISTAL BURÓN, Javier. Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo. Modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal Diario La

Ley, N° 8668, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2015, Ref. D-477, Editorial LA LEY. LA LEY 7741/2015

VELA MOURIZ, Ana. Las claves de la Reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo. BOE de 31 de marzo). Redacción WoltersKluwer

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal. Diario La Ley, N° 8595, Sección Doctrina, 1 de Septiembre de 2015, Ref. D-311, Editorial LA LEY. LA LEY 5062/2015

Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Elaborada por el equipo del Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO y por PantallasAmigas Febrero de 2011

Diario La Ley, N° 8543, Sección Jurisprudencia, 20 de Mayo de 2015, Editorial LA LEY LA LEY 3147/2015 Absuelto por revelación de secretos el acusado que difundió vía e-mail imágenes grabadas de los encuentros ciber-sexuales con la víctima por Skype (AP Granada, 1ª, S 18 Sept. 2014. Rec. 110/2014)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Editorial Tecnos 2015.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

CGPJ. «Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.» Madrid, 2013.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

<http://bloggderechopenalprevenciongeneral.blogspot.com.es/2013/07/teoria-de-la-prevencion-general.html>

<http://www.diariojuridico.com/el-sexting-en-los-menores-problematika-juridica-desde-la-prevencion/>

<http://e-legales.net/casos-judiciales-y-policiales/>

http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2014/11/04/juicio-sexting-vigo-salda-360-euros/0003_201411G4P14995.htm

https://www.incibe.es/que_es_incibe/

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/22/espana/1366630787.html>

<http://www.20minutos.es/noticia/1627508/0/olvidohormigos/imputados/archivo-del-caso/>

http://eurlex.europa.eu/summary/glossary/eu_human_rights_convention.html?locale=es

<http://juiciopenal.com/delitos/descubrimiento-y-revelacion-de-secretos/el-delito-de-descubrimiento-y-revelacion-de-secretos-a-traves-de-las-nuevas-tecnologias/>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/549720-lo-1-2015-de-30-mar-modifica-la-lo-10-1995-de-23-nov-del-codigo-penal.html

<http://www.sexting.es/guia-sobre-adolescentes-y-sexting/>

http://cert.inteco.es/Proteccion/Menores_protegidos/

<http://ciberdelitos.blogspot.com/>

<http://observatorio.inteco.es>

<http://www.cuidadoconlawebcam.com>

<http://www.cuidatuimagenonline.com/>

<http://www.e-legales.net/>

<http://www.osi.es>

<http://pantallasamigas.net>

<http://www.sexting.es/>

<http://www.sextorsion.es/>

<http://www.stop-sexting.info/>

ANEXO I

Se adjunta el auto del caso Hormigos en el que queda patente la laguna existente ante las conductas objeto del estudio y que provocó la modificación del artículo 97 del Código Penal que se han descrito en el trabajo.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE ORGAZ BEATO
RUIZ DE LOS PAÑOS Nº 5 Teléfono: 925317020

904100

N.I.G.: 45124 41 2 2012 0004262

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0001109 /2012 Delito/falta:
DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS Denunciante/querellante: O.H.C. Procurador/a:
D/Dª ISABEL CALVO ALMODOVAR Abogado/a: D/Dª BLANCA BIEZMA
MORALEDA Contra: Procurador/a: D/Dª Abogado/a: D/Dª

A U T O

En ORGAZ, a quince de marzo de dos mil trece

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de Atestado del Puesto de la Guardia Civil de Los Yébenes nº 2012-000405-0000235, incoado en virtud de denuncia formulada por O.H.C. por la presunta comisión de un delito contra la intimidad imputable a C.S.R.. Por Auto de 14 de agosto de 2012, se acordó la incoación de Diligencias Previas, dando cuenta al Ministerio Fiscal y demás partes, y acordando la práctica de diligencias esenciales encaminadas al esclarecimiento de los hechos y los posibles autores de los mismos. Posteriormente, fue formulada denuncia ante esta sede judicial por O.H.C. por la presunta comisión de un delito de injurias que se habrían difundido a través de un Foro Ciudad Los Yébenes, llamado como tema: “¿nadie ha visto cierto vídeo por el whatsapp?, dirigiendo su acción frente a dos usuarios del Foro, con Nicks “aspira” y “1347”, que practicadas las diligencias correspondientes fueron identificados como I.C.G. y J.G.G., acordando deducir testimonio por estas actuaciones y la incoación de procedimiento de Juicio de faltas por la presunta comisión de una falta de injurias y una falta de vejaciones injustas imputables a los denunciados, por Auto de fecha de 19 de diciembre de 2012, señalando la vista y que ha sido recurrido por la representación de la parte denunciante por considerar que los hechos serían constitutivos de un delito de injurias, formulando recurso de reforma y subsidiario de apelación, y acordando la suspensión del procedimiento hasta que se resolvieran los recursos formulados. Por Auto de fecha de 15 de abril de 2013 se desestimó el recurso de reforma formulado, acordando elevar los autos a la Ilustrísima

Audiencia de Toledo para la resolución del recurso de apelación formulado de manera subsidiaria.

SEGUNDO.- Posteriormente, se acumularon a las presentes actuaciones, denuncia formulada por O.C.H., por la comisión de un presunto delito contra la intimidad imputable a P.A.G. por el que fue incoado Atestado n° 2012-000405-000252 del Puesto de la Guardia Civil de Los Yébenes, acordando la práctica de las actuaciones esenciales encaminadas al esclarecimiento de los hechos y los posibles autores de los mismos. Las diligencias practicadas hasta la fecha han consistido en la declaración en sede judicial

calidad de denunciante y perjudicada, y la declaración como imputados de C.S.R. y P.A.G., así como las declaraciones testimoniales de J.M.R. y M.C.G.F. Por la representación procesal de los imputados se solicitó el archivo del procedimiento por considerar que los hechos no eran constitutivos de ilícito penal alguno, y en concreto de la figura del delito contra la intimidad. Dado traslado a las partes, por la representación letrada de la denunciante se opuso al archivo del procedimiento por las razones alegadas en su escrito, y por el Ministerio Fiscal se interesó el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de delito contra la intimidad, acordando seguir las actuaciones y solicitando la práctica de nuevas diligencias por si los hechos fueran constitutivos de un delito contra la integridad moral del artículo 173.2 del Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A los efectos determinar la tipicidad o atipicidad de los hechos, y su calificación jurídica es necesaria ahondar en la valoración de las diligencias practicadas, con especial atención en las propias manifestaciones de la propia denunciante. Las presentes actuaciones se iniciaron por la presunta comisión de un delito contra la intimidad, previsto y penado en el artículo 197 del Código Penal; por la denunciante se refería en su declaración, que en el ámbito de una relación de contenido íntimo con el imputado C.S.R., habría enviado a este último dos vídeos de contenido sexual grabados en su domicilio, en los que la dicente aparecería masturbándose, siendo uno de ellos de desnudo integral fue enviado por correo electrónico y que no fue recepcionado por el imputado al ser dirigido a otra dirección de correo electrónico por error de la denunciante, y otro de ellos, y al que se refieren las presentes actuaciones, enviado por el teléfono móvil de la misma, a través de la plataforma de mensajería multiplataforma de whatsapp, y en el que aparecería desnuda de cintura para arriba. Como refiere la propia perjudicada, el vídeo se habría enviado de forma absolutamente voluntaria y a solicitud del imputado, que una vez que lo recibía como el mismo reconoce en su declaración en sede judicial, procedía a borrarlo, volviendo a solicitar a la Sra. O.H.C., que se lo reenviara, realizando asimismo el imputado diversas fotos y vídeos en los que reproducía iguales prácticas y que enviaba al teléfono móvil de la denunciante, concurriendo igual voluntariedad en la conducta. La denunciante manifiesta que el día 8 de agosto de 2012, a través de la red social de facebook y una solicitud de amistad en su cuenta personal de un tercero, tuvo conocimiento de que el vídeo que había enviado al imputado se estaba difundiendo entre multitud de usuarios, a través de whatsapp y redes sociales, por lo que pidió explicaciones al mismo sobre estos hechos, que fueron negados categóricamente, argumentando la denunciante en su declaración que únicamente habría enviado dicho vídeo al imputado y que tenía pleno convencimiento de que este último, sin concurrir su consentimiento, lo habría podido mostrar o enviar a amigos y conocidos suyos, con el propósito de “presumir o alardear” de su relación con la dicente.

SEGUNDO.- En el presente caso, concurre un elemento esencial a tener en cuenta a la hora de examinar la posible tipicidad de los hechos denunciados y su posterior calificación jurídica como un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197 del Código Penal, y que viene conformado, por la propia declaración de la denunciante en sede judicial, y que habría ratificado igualmente el imputado, consistente en que, la Sra. O.H.C. en el ámbito de su relación personal con el imputado, y a petición de este último, confeccionó voluntariamente el referido vídeo en la privacidad de su domicilio, usando al efecto su teléfono móvil, y posteriormente, lo envió al imputado, concurriendo igual voluntariedad y ánimo, reiterando dicho envío en diversas ocasiones. Este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito

contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197 del Código Penal; así, el citado precepto en su apartado 1º castiga al que, “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”. El apartado 2º del precepto castiga con la misma pena al que: “sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

El tipo penal previsto en el apartado primero, tutela dos bienes distintos que son objeto de protección: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos, y aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18 de la CE, como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo; lo relevante a efectos de configuración del tipo penal es “ el apoderamiento o interceptación sin consentimiento, que es lo que constituye la conducta típica sancionada por el legislador” (STS 1641/2000, de 23-10 y 725/2004, de 11-6). Este extremo no concurre en el presente caso, pues como ya se ha expuesto, la propia denunciante fue la que voluntariamente envió el referido vídeo al imputado, sin que se produjera un apoderamiento o interceptación del mismo sin concurrir su consentimiento y contra su voluntad, y que por lo tanto, impide la subsunción de los hechos denunciados en el tipo penal previsto en el artículo 197.1 del citado cuerpo legal. Idéntico planteamiento ha de observarse respecto de la modalidad tipificada en el apartado segundo del precepto, pues se requiere que la acción descrita de apoderamiento o utilización tenga lugar, “sin autorización”, lo que no concurre en el presente caso, pues como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, el imputado, C.S.R., tuvo conocimiento y acceso al vídeo por la remisión voluntaria y consciente de la propia denunciante, y que el posible acceso por parte de terceros al soporte en que el imputado recibió el vídeo y posterior difusión masiva reclamaría la denuncia previa de éste, conforme al artículo 201.1 del Código Penal, lo que no se ha producido, y veda toda instrucción sobre el particular. Debe añadirse además que el apartado segundo del precepto, se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar de otro, y que requiere, como así alega el Ministerio Fiscal en su escrito, además de

que la conducta ilícita se produzca sin autorización como ya se ha señalado, que dichos datos de contenido reservado se encuentren registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, lo que implica que debe concurrir el carácter ajeno del soporte en que se encuentren, pues sólo en este caso cobra relevancia penal la exigencia de autorización previa.

De conformidad con la redacción del tipo penal, y dejando al margen nuevas reformas legislativas sobre la materia que aventuran una futura tipificación de las conductas hoy denunciadas y cuya aplicación ahora impide el principio de legalidad y tipicidad, sólo si se hubiera producido un acceso no autorizado al móvil de la propia denunciante donde se encontraba registrado y grabado el vídeo de contenido íntimo, se entendería consumado el tipo penal, y siempre además que dicha acción resultara imputable al encartado en las presentes actuaciones permitiría dirigir la acción penal contra el mismo, no siendo procedente otra resolución que el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones por un delito contra la intimidad.

TERCERO.- En lo relativo al imputado P.A.G., respecto del cual solicita el Ministerio Fiscal el archivo de las actuaciones en los mismos términos que respecto del otro encartado, por un delito contra la intimidad, debe sostenerse el mismo pronunciamiento.

Así, en la denuncia dirigida contra el mismo, la denunciante relataba que a través del teléfono móvil de la Alcaldía de los Yébenes, el imputado habría enviado el referido vídeo a un correo electrónico durante una reunión particular a petición de un primo de éste último, siendo la titular y destinataria del citado mensaje, M.C.G.F, quien depuso como testigo, y que no concluyó de forma precisa ninguna de las cuestiones sobre las que declaró, siendo aportada documentación al respecto, y en concreto, un pantallazo del mensaje enviado conteniendo el vídeo, por la testigo J.M.R., concejal del mismo partido político y conocida de la propia denunciante, que manifestó cómo sus suegros se encontraban en una reunión privada con el primo del imputado, y que éste último a petición de un familiar, envió el vídeo a la dirección de correo electrónico de la testigo, M.C.G.F, siendo hechos que presuntamente ocurrieron a mediados del mes de agosto de 2012, y no obstante la denuncia contra el imputado no se verificó hasta principios del mes de septiembre del mismo año. Al margen de las consideraciones personales en torno a la conducta del imputado y si resultara acreditado que había sido realizada por el mismo, que al no prestar declaración acogiéndose a su derecho a no declarar, no permitió contrastar la realidad de los hechos denunciados, y más allá de un mero reproche ético o social sobre el que no debe pronunciarse esta Instructora, no cabe achacar al mismo un reproche penal por la conducta realizada, pues la misma de ser probada, habría consistido en la circulación o difusión del vídeo, cuyo origen para entender consumado el tipo penal, habría de ser ilícito, esto es, obtenido sin consentimiento o autorización, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, y que por tanto, no concurriendo dicho origen ilícito y el acto previo de descubrimiento o apoderamiento, lleva a la conclusión de que de acuerdo a la legislación penal actual, las conductas de difusión se encuentran excluidas del reproche penal. CUARTO.- En consecuencia, y de conformidad con lo manifestado, en este trance del procedimiento, sin estimar necesaria la práctica de otras diligencias que permitieran acreditar que los imputados realizaron las conductas referidas en sendas denuncias, o bien, que por el contrario no habrían participado en la difusión del citado vídeo, si debe concluirse que los hechos denunciados no son constitutivos de un delito contra la intimidad previsto y penado

en el artículo 197 y ss del Código Penal, siendo procedente decretar, de conformidad con el artículo 641.1 de la LEcr, el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de los imputados, C.S.R. y P.A.G.

No obstante, el archivo acordado, y de acuerdo a lo solicitado por el Ministerio Fiscal en su escrito, debe procederse en aras a determinar si los hechos carecen de toda relevancia penal o si pudieran ser constitutivas de un delito contra la integridad moral previsto y penado en el artículo 173.2 del Código Penal, a la práctica de diligencias interesadas por el Ministerio Público consistentes en que se tome declaración de nuevo a la denunciante, O.H.C., y que se tome declaración como testigos a A.G.G. y L.M.G. con citación del Ministerio Fiscal.

PARTE DISPOSITIVA

Que debo acordar y acuerdo el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones respecto de los imputados C.S.R. y P.A.G., por un delito contra la intimidad previsto y penado en el artículo 197 y concordantes del Código Penal.

Que se proceda a la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a determinar si los hechos objeto de las presentes actuaciones fueran constitutivos de un delito contra la integridad moral tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal, de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal y, una vez firme, archívense las presentes actuaciones dejando nota en el libro correspondiente.

Contra este Auto cabe RECURSO DE REFORMA Y/O APELACIÓN que deberá interponerse ante este Juzgado dentro de TRES/CINCO DÍAS hábiles, siguientes al de su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma, Dña. María del Carmen Neira Formigo, Juez del Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz.

El/LA JUEZ

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL