

Jurisprudencia

Patricia Escribano

Profesora ayudante doctora

Universitat Jaume I

Fecha de publicación: octubre de 2020

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 70/2020 de 24 de febrero

En la presente sentencia se analiza si la conducta realizada por el acusado se circunscribe al delito de descubrimiento de revelación de secretos del art. 197.7 del Código Penal. Este precepto dispone que: «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».

En el presente supuesto se condena a un hombre a la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de seis euros, ya que envió una fotografía que le había enviado su amiga, en la que aparecía desnuda y sin su consentimiento, a la pareja sentimental de esta. El condenado interpone recurso de apelación que también es desestimado.

Los argumentos que esgrime la defensa son: a) el acusado no obtuvo la fotografía en su domicilio o en otro lugar «fuera del alcance de la mirada de terceros», sino que fue ella quien se la envió; b) la imagen no se difundió tal y como exige el artículo, sino que se envió solamente a una persona; y c) no hubo «grave menoscabo de la intimidad» de la afectada, ya que la ruptura con la persona que recibió la imagen «no fue la causa de la ruptura, sino su consecuencia».

El TS analiza de forma pormenorizada el art. 197.7 CP haciendo referencia en primer término que se considera un precepto controvertido. Posteriormente, hace hincapié en las dos tendencias que existen respecto al artículo. De este modo determina que «su valoración enfrenta a quienes consideran que se trata de un tipo penal indispensable para evitar clamorosos vacíos de impunidad *-sexting o revenge porn-* y aquellos otros que entienden, por el contrario, que la descripción del tipo vulnera algunos de los principios informadores del derecho penal».

La Sala entiende que la esfera sexual es una de las manifestaciones del núcleo duro de la intimidad, aunque no sea la única. Por otro lado, el eje central consiste en difundir imágenes que se han obtenido con el consentimiento de la víctima en un domicilio u otro lugar fuera del alcance de terceros. El TS -después de traer a colación el significado de «obtener» según el diccionario de la RAE- establece que «resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se *consiguen*, no se *logran*, no se *tienen*, no se *conservan* o no se *mantienen*». Por otro lado, matiza que la obtención de imágenes o vídeos puede realizarse captando la imagen o grabando el vídeo, o bien remitirse de forma voluntaria por la víctima «valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas». Y que el núcleo duro de la acción típica es difundir las imágenes que se han obtenido con consentimiento de la víctima y que afecten de forma grave a su intimidad. Además, el TS considera que el sujeto activo, según el fiscal, es a quien que se le remite de forma voluntaria la fotografía o el vídeo y, posteriormente, sin el consentimiento de la persona que la ha remitido, «quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza».

En relación con el argumento que alegó el acusado de que la víctima fue quien creó el riesgo de difusión, la Sala mantiene que quien envía una foto de este tipo no está renunciando de forma anticipada a esta ni «tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo». Tampoco puede aceptarse que, para que pueda aplicarse el 197.7 CP, sea necesario la difusión a una colectividad, sino que puede darse en caso de que se envíe a una sola persona. Básicamente, por estos motivos (obviamente, de forma resumida), se desestima el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 235/2020 de 2 de junio

Esta resolución judicial versa sobre una cuestión muy debatida, hasta que el TS, en 2009, pronunció diversas sentencias en relación con la materia tratada: la responsabilidad de las entidades prestadoras de servicios de la información.

Los hechos que dan lugar al recurso de casación son los siguientes: la entidad demandada es titular de un dominio que fue condenada en segunda instancia, ya que tuvo conocimiento efectivo de varios comentarios vejatorios que constaban en la página hacia un político, como consecuencia de una noticia que se publicó en noviembre de 2015. En concreto, la resolución se centra en los insultos «ladrón» e «hijo de puta». Queda acreditado que la persona afectada solicitó hasta en dos ocasiones que se eliminaran los comentarios ofensivos (no la noticia en sí). Casi un año después de la publicación de esta envió un correo electrónico exigiendo su retirada, a través de un despacho de abogados. A falta de respuesta, cinco días después envió un burofax, el cual tampoco tuvo los efectos deseados, motivo por

el cual un mes después interpone demanda sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor contra la página web, exigiendo el pago de 30.000 euros de indemnización, que se publique la sentencia o, en su defecto, el fallo y al pago de las costas.

La sentencia de primera instancia desestimó la petición del demandante, la cual fue estimada en parte por la Audiencia Provincial, aunque se redujo la cuantía de la indemnización, se mandó publicar el fallo de la sentencia y no se le impusieron costas a la demandada. Esta interpuso recurso de casación fundándose en la infracción de los arts. 18 y 20 de la Constitución y en la infracción del art. 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información en relación con los arts. 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Pues bien, trayendo a colación varias sentencias el TS señala que «para que no se revierta en el caso en concreto la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor es preciso que concurren dos presupuestos, consistentes en el interés general o la relevancia pública de la opinión expresada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas y, en la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribía el empleo de manifiestamente injuriosas, vejatorias o que no guarden relación o no resulten necesarias para transmitir la idea crítica» (FJ 3.º). Por otro lado, precisa que, aunque el personaje de la crítica sea público, la libertad de expresión no ampara ni las expresiones vejatorias ni los insultos hacia su persona y, menos aún, «hijo de puta».

En consecuencia, desestima el recurso por varias razones:

- *En el caso de la colisión del derecho al honor del demandante y la libertad de expresión de los usuarios, el TS considera que el término «ladrón» podría admitirse, pero no «hijo de puta», comentario que no puede tener amparo en la libertad de expresión, aunque sea una palabra que se usa de forma coloquial, como menciona el recurrente.*
- *La parte demandada es proveedora de servicios de la información que está actuando como intermediaria, tal y como establece la jurisprudencia que los cataloga entre otros como «el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, y a provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet».*
- *En este caso, quedó acreditado que el demandante solicitó dos veces la retirada de los comentarios insultantes (recordemos, no la noticia) al titular de la página, el cual no respondió, matizando que no la condena por no controlar la publicación, sino que el Tribunal la hace responsable porque, tras conocer la existencia de insultos, no hizo nada por retirarlos ni para impedir su acceso, incluso al haberle proporcionado a la página todos los datos necesarios. Por este motivo, el TS considera que «tuvo conocimiento efectivo de los comentarios y de su ilicitud, no desde la notificación de la demanda (...), sino al menos desde la primera comunicación dirigida por medio de correo electrónico, sin que la demandada obrara con la diligencia que le era exigible a la hora de retirar esos contenidos ilícitos o de impedir que se pudiera seguir accediendo a ellos» (FJ 4.º).*

Cita recomendada

ESCRIBANO, Patricia (2020). «Jurisprudencia». IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 31. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i31.3265>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autora

Patricia Escribano
Profesora ayudante doctora
Universitat Jaume I