

## DERECHO PENAL

La toma de imágenes o vídeos por debajo de la falda: el “upskirting”

**Gerard MOLINA FEBRERO**

Inspector de la Policía Nacional

Una parafilia es entendida como un patrón de comportamiento sexual donde la fuente de placer se encuentra en objetos, situaciones, actividades o individuos que podríamos calificar como atípicos.

Muchas de las parafilias que se han descrito médicamente no van a acarrear consecuencias penales para quien las pone en práctica, tales como la **asfixiofilia** (obtener placer sexual a través de la disminución de la respiración durante el acto sexual), el **tickling** (obtener satisfacción sexual a través de las cosquillas), la **urofilia y coprofilia** (obtener satisfacción sexual orinando a tu pareja o defecando sobre la misma), el **fetichismo** (utilización de objetos como fuente de placer sexual), el **parcialismo** (obtener placer sexual solamente en una parte de tu pareja, excluyendo el resto), el **fetichismo travestista** (gratificación sexual que se obtiene al vestirse con las prendas del sexo opuesto), el **voyeurismo** (excitación sexual observando a las personas que están desnudas, sin ropa o que participan en una actividad sexual), y un larguísimo etcétera, sin embargo, otras muchas pueden dar lugar a la comisión de ilícitos penales, piénsese en el exhibicionismo ante menores de edad, las conductas sadomasoquistas causantes de lesiones, etcétera.

Pues bien, imagínese ahora, por ejemplo, que Vd. pertenece a la Brigada Móvil de la Policía Nacional y que presta servicio en el metro de Madrid y unas personas reclaman su ayuda porque tienen retenido a un hombre al que han observado que ponía su mochila debajo de las faldas de una mujer en actitud sospechosa. Tras comprobar la mochila observan que en su parte superior tiene practicado un pequeño orificio y tiene adosado lo que parece ser un dispositivo de captación de la imagen.

El *upskirting* es un término conformado por las palabras inglesas “up” (arriba) y “skirt” (falda) y viene a describir la conducta llevada a cabo por parte de aquellos individuos que realizan fotos o videos no consentidos por debajo de la falda a una mujer con la finalidad de capturar imágenes de la entrepierna, la ropa interior o, incluso, de las partes íntimas si las lleva al descubierto. Como señala POZO ORTIZ es una variante del conocido “downblouse”, siendo la única diferencia que en este último caso se toman imágenes no autorizadas del pecho de la mujer por encima de su vestido, blusa u otra prenda de vestir, obteniendo una imagen de su seno o escote.

Retomando el supuesto planteado no tememos equivocarnos si dijéramos que la solución dada por nuestros lectores a la situación no gozaría de unanimidad o, al menos, no todos coincidiríamos en cuál sería la forma de llevar a cabo la actuación policial. Tampoco tememos equivocarnos si afirmáramos que, habiendo optado por acudir al Código Penal para reprimir esa conducta, muchos no estaríamos seguros, al momento de intervenir, acerca de qué tipo penal concreto sería el aplicable. Y es que el trabajo policial a pie de calle no es nada fácil, máxime cuando el lapso de tiempo entre intervención y decisión a veces es tan ínfimo que se solapan. No hay tiempo para dar un rápido repaso a los tipos penales del Código Penal (si es que has logrado, al menos, ubicar por aproximación los hechos a los que te enfrentas) o leerse los últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el caso concreto (si es que logras encontrar un caso similar al tuyo). El ciudadano demanda tu ayuda y debes resolver la situación. ¿Y si los hechos no son constitutivos de delito y son una mera infracción administrativa, tal y como sucede con otra parafilia como es el exhibicionismo ante personas mayores? ¿Y si el individuo no ha captado o grabado ninguna imagen? ¿Y si las imágenes captadas no son difundidas y las quiere para su





propio uso? ¿Y si la cámara encontrada en la mochila no funciona y pudiera dar lugar a un delito imposible? ¿Y si le detengo: qué tipo penal le sería de aplicación?

Es el momento “Isidoro”, ese momento que a todos (salvo a los muy listos que todo lo saben) en algún momento de nuestra carrera profesional, nos ha llegado. Podemos optar por preguntar a nuestro jefe inmediato, el cual puede ser un jefe tipo “grillo” (dícese de aquel que a preguntas comprometidas de sus subordinados se queda petrificado y en nuestro imaginario emite un sonido del tipo “cri, cri, cri” -todos sabemos a qué nos referimos-) o un jefe resolutivo que nos ayuda y nos da la solución a la pregunta planteada. También podemos plantear el problema a nuestra sala operativa, la cual puede guiarnos y ayudarnos o pronunciar esa frase lapidaria que algunos hemos escuchado en alguna ocasión: “proceda en consecuencia”.

No pretendemos sentar cátedra o dar una solución mágica para todos los casos a los que un policía se enfrenta en su quehacer diario en las calles, pero sí que intentamos ayudar al analizar algunos tipos penales menos comunes (al menos, desde el punto de vista estadístico) y aportar la actuación que quienes estamos detrás de estas notas jurídicas llevaríamos a cabo, siempre teniendo en cuenta que no hay dos intervenciones iguales por mucho que se puedan parecer.

Pues bien, nuestro Código Penal castiga en el punto 1 del artículo 197, con una pena de uno hasta cuatro años de prisión, lo siguiente:

*“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”.*

Se trata de un tipo penal encuadrado dentro del capítulo relativo al descubrimiento y relación de secretos, el cual trata de proteger la intimidad de las personas castigando una serie de conductas que atentan contra el derecho fundamental a la intimidad personal, constitucionalmente consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución.

Hemos de tener en cuenta que el derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, al ámbito que estas siempre preservan de las miradas ajenas, aquel que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre), vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público (STC 134/1999, de 15 de julio). La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no sólo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar (SSTC 197/1991, de 17 de octubre o 231/1988, de 2 de diciembre).

Y es que el artículo que acabamos de ver sería el que deberíamos aplicar al caso planteado. Esta infracción penal requiere que concurran las siguientes circunstancias:

- › Un ánimo tendencial en el sujeto activo consistente en que su acción vaya dirigida a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, en el supuesto planteado, la acción va dirigida a obtener imágenes de partes íntimas y normalmente cubiertas por la ropa que las personas, con carácter general, quieren preservar de la vista de terceros.
- › Que la conducta se despliegue sin consentimiento del sujeto pasivo, en el caso planteado, la mujer que es grabada.
- › Que el sujeto activo utilice en su acción delictiva alguna de las conductas previstas en el tipo penal, en el caso expuesto, la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción del sonido o de la imagen.

Por otra parte, no debemos de olvidar que este tipo penal verá agravada su pena, pasando a ser castigada la conducta con la pena de prisión de dos a cinco años de prisión, si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas, por ello resulta muy importante que los grupos de investigación que se encarguen





de la investigación posterior de los hechos (entradas y registros, visionado de las imágenes captadas, etcétera.) realicen una buena investigación de los mismos a fin de comprobar si el sujeto, sorprendido en flagrante delito por la dotación de Seguridad Ciudadana, pudiera haber distribuido públicamente otras imágenes que hubiera captado en anteriores ocasiones.

Pero, centrándonos en el caso, un escollo con el que se podría encontrar la patrulla actuante es que la mujer que ha sido grabada les manifieste que no quiere denunciar los hechos. Y es que este tipo de delitos tienen un requisito previo de procedibilidad: la denuncia de la persona agraviada (artículo 201 CP). Si la persona agraviada no quiere denunciar, no hay delito y, por lo tanto, no se podría proceder contra el autor.

Ahora bien, el legislador ha previsto alguna excepción a esa necesidad de denuncia previa del agraviado, y son las siguientes:

- › Que la persona agraviada sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, en cuyo caso también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.
- › Que los hechos sean cometidos por autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito; afecten a los intereses generales; o a una pluralidad de personas, en cuyo caso no será necesaria denuncia para perseguir los hechos.

Y es por esa más que segura afectación a una pluralidad de personas la que habilitaría a la patrulla policial para actuar de oficio en el caso de que la persona agraviada no quisiera denunciar, puesto que duda cabe que fruto de la experiencia policial, y teniendo en cuenta como se han desarrollado los hechos planteados, es más que probable que vayan a existir una pluralidad de personas afectadas por la acción delictiva desplegada por el delincuente sorprendido.

Si no existiera esta excepción a la necesidad general de denuncia por parte del agraviado muchos de los delitos quedarían impunes, puesto que sería muy difícil identificar a las víctimas a través de las imágenes captadas por debajo de la falda, ya que este tipo de depredadores sexuales se centran en obtener tan solo imágenes de los órganos genitales, nalgas y ropa interior.

Por todo ello, lo realmente importante es que la patrulla policial que interviene en ese primer momento, tras haber procedido a la detención del presunto autor de los hechos y tomado los datos de los testigo/s y víctima/as, asegure las pruebas y efectos con los que se haya podido cometer el hecho delictivo (cámaras de fotos, de video, móvil, bolis espía, etcétera) y garantice su cadena de custodia a fin de que, posteriormente, el grupo de investigación correspondiente, una vez le haya sido presentado el detenido junto con los efectos incautados, obtenga las oportunas autorizaciones para el visionado de las imágenes que pudieran haberse obtenido sin el consentimiento de las víctimas, para la realización de entradas y registros domiciliarios, para realizar los análisis de los equipos informáticos en los que se pudieran haber almacenado imágenes por parte del autor, y un largo etcétera.

Y es que este tipo de depredadores sexuales, a los que podríamos denominar “upskirters”, conviven con nosotros y forman parte de cualquier estrato de nuestra sociedad. No debemos dejarnos guiar por el típico estereotipo que a muchos de los que ahora estáis leyendo se os pueda venir a la cabeza (el comúnmente denominado “pajillero”), ni tratar de adivinar qué imagen o qué tipo de persona puede cometer estos hechos delictivos, porque hasta la persona más insospechada puede ser un *upskirter*.

Así las cosas, y como prueba de lo que acabamos de decir, traemos a colación una sentencia de nuestro Alto Tribunal en la que se aplica este tipo delictivo a una de esas personas que podríamos catalogar *a priori* como no sospechosa de ser un *upskirter*. Los hechos probados de la STS 5/2021, de 13 de enero, señalan lo siguiente:

*“PRIMERO.- El acusado [...], cuyos antecedentes penales no constan, era Jefe instructor de denuncias por infracciones de tráfico, de la Oficina de Tráfico de la Policía Local de Zaragoza, sita en el cuartel de la Avda. de la Policía Local de*





Zaragoza y desde febrero a septiembre del 2016, estuvo utilizando en el interior de su despacho dispositivos-espías ocultos con la clara intención de grabar distintas partes del cuerpo de cintura para abajo, de las funcionarias a su cargo, todas ellas auxiliares administrativas, con evidente propósito libidinoso asaltando la intimidad de las mismas, de tal manera que solía a primera hora de la mañana requerir la presencia en su despacho de las que llevaban falda, con cualquier excusa relacionada con el trabajo, y utilizando un dispositivo de grabación tipo Boli o pendrive que había colocado estratégicamente en una papelera delante de su mesa y otro en un bolso colgado de una silla, procedía cuando ellas se acercaban a grabarles desde abajo hasta la cintura, para a continuación visualizar la grabación en el ordenador procediendo en la mayor parte de las ocasiones a dejar guardados dichos archivos, permitiéndole ello visualizaciones posteriores.

[...]

SEGUNDO.- Previa la oportuna autorización judicial se procedió en fecha 8 de septiembre de 2016 al registro del mencionado despacho, y se intervinieron entre otros efectos, un bolígrafo cámara conectado con su cable a un puerto de la torre del ordenador, un dispositivo de almacenamiento externo con cámara conectado a la torre del ordenador. Dentro del cajón de la mesa del despacho, en el interior de una caja de caudales, una bolsa conteniendo un bolígrafo cámara, con su cable e instrucciones; En el monedero portado por el investigado un dispositivo de almacenamiento externo tipo pendrive marca Sandisk de 32 GB, en el interior de un bolso de mano propiedad situado sobre una de las sillas del despacho un dispositivo de almacenamiento de memoria de 8 GB marca EnergySystem; en el interior de la papelera, bajo la mesa del despacho, dos fundas protectoras de folios grapadas a sí mismas; dentro del primer cajón del despacho un lector multitarjeta con un adaptador tamaño SD en cuyo interior se halla una tarjeta micro SD, en el primer cajón de la mesa del despacho, la mitad de un bolígrafo cámara.

Mediante auto de fecha 27 de septiembre de 2016 se autorizó a la Brigada Provincial de policía científica, entre otros cometidos el análisis forense del USB, cámara UNOTECPEN CAM, del lector de tarjetas con adaptador de la marca INSTA ON que contiene una micro SD HC de 8 GB y así mismo el desprecinto, volcado, y análisis del CUP del ordenador de sobremesa con núm. de serie NUM001 de la marca Hwelett-Packard con número de serie NUM002 .

Efectuado el análisis forense de las mencionadas evidencias se localizaron en la memoria de la tarjeta Microsd marca PNY de 16 GB, 2191 fotografías y 126 videos, (DVD. 1 2 y 3), (anexo I) y otros 199 archivos de videos que no pudieron ser reproducidos que contienen en su nomenclatura nombre relativos a mujeres. (Anexo II),

En el disco duro del ordenador marca TOSHIBA había 1888 fotografías y 21 videos, DVD-4 y DVD-5, archivos en anexo III y además se localizaron 15 archivos de vídeo que si bien no ha sido posible reproducirlos contienen en su nomenclatura nombres relativos a mujeres (Anexo IV). En el pendrive de color negro marca Sandisk 32 GB se localizaron y extrajeron 877 fotografías y 73 videos, que se recogen en los DVD-6, 7, 8 y 9, (muestra en anexo V), y 120 archivos de vídeo que si bien no ha sido posible reproducirlos contienen en su nomenclatura nombres propios relativos a mujeres, relacionados en anexo VI. En la tarjeta MICROSD de color negro de 8GB se localizaron y extrajeron 300 fotografías y 24 videos incluidos en los DVD-10 y 11, anexo VII. Así mismo se localizaron 281 archivos de vídeo que si bien no fue posible reproducirlos contienen en su nomenclatura nombres propios relativos a mujeres. (Anexo VIII).

En total se localizaron 5.256 fotografías y 244 videos, apreciándose en varias imágenes la entrepierna de varias mujeres y su respectiva ropa interior inferior, grabaciones que se realizaron sin el consentimiento de las afectadas”.

El investigado fue condenado por el Tribunal Supremo como autor de un delito contra la intimidad, previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal, a la pena de tres años de prisión y multa de veinte meses.

Hemos de advertir que el Tribunal Supremo no apreció el tipo cualificado del artículo 198 del CP por el que había sido condenado por la Audiencia Provincial de Zaragoza y confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, casando





la sentencia y condenándole tanto solo por el tipo básico, al entender que para apreciar este tipo delictivo es necesario no solo que el autor sea autoridad o funcionario público, sino algo más. Para nuestro Alto Tribunal, es necesario que la autoridad o funcionario actúe en el área de sus funciones específicas, de tal modo que aun cuando la acción sea ejecutada por una autoridad o funcionario público, si su actuación no se refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario para facilitar la comisión del hecho, su actuación deberá ser calificada conforme al artículo 197 del Código Penal.

Por último, y para finalizar esta nota jurídica, nos gustaría plantear un supuesto para la reflexión. Vd. acaba de recibir en su dispositivo móvil unas imágenes en las que se observa cómo un *upskirter* graba por debajo de las faldas a mujeres en el metro de Madrid. En el video recibido también se observa la grabación de las partes íntimas y ropa interior de las víctimas. Vd. decide compartirlo con sus contactos. En poco tiempo, ese video se convierte en viral e incluso cuando le va a dar a reenviar aparece la leyenda “reenviado muchas veces”. A nuestro juicio, quizás sería más productivo que en lugar de esa leyenda de reenvío, apareciera esta otra:

*“El artículo 197.3 del Código Penal castiga 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, difunda, revele o ceda a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas vulnerando la intimidad de otro y sin su consentimiento**”.*

Y es que, qué duda cabe, que el video que acaba de recibir tiene un origen ilícito (basta con leer la primera parte del artículo) y aun cuando no se haya tomado parte en su descubrimiento, el ceder esas imágenes obtenidas de manera ilícita a terceros es merecedor de un severo reproche penal como el que se prevé en el artículo citado.

