

## DERECHO PENAL

### Amantes, sexting y violencia de género

Gerard MOLINA FEBRERO

Inspector de la Policía Nacional

En la oficina de denuncias de una comisaría de la Policía Nacional cualquiera se ha personado una mujer que quiere interponer una denuncia. Es atendida en primera instancia por Joaquín, un policía novel que acaba de llegar a la oficina para realizar sus prácticas. La mujer le informa que quiere denunciar un acto de violencia de género, concretamente, le manifiesta que su amante varón ha difundido a terceras personas en un chat de *WhatsApp* una foto de carácter íntimo sexual, en la cual aparecía totalmente desnuda y tocándose sus partes íntimas en su domicilio. También le manifiesta que la foto se la había enviado ella a él de manera voluntaria, pero que no le había dado consentimiento para que la difundiera a otras personas.

Joaquín se da cuenta que es un tema espinoso y le asaltan múltiples dudas: ¿son los hechos que le acaba de narrar la mujer constitutivos de delito?, ¿una amante se encuentra dentro del ámbito de protección de la violencia de género?, ¿cuál sería el órgano judicial competente para conocer de los hechos denunciados?, ¿podría solicitar la mujer una orden de protección?

Joaquín piensa que son muchas preguntas las que le asaltan para las que aún no está seguro si tiene la respuesta correcta, por lo que decide buscar ayuda y consultar a Noemí, la oficial de policía que ese día está al cargo de la oficina de denuncias.

Noemí, veterana oficial y formada como pocas en la materia, recuerda su periplo de prácticas cuando esas mismas preguntas le surgían y decide aclararle las dudas a Joaquín, policía novel y con muchas ganas de aprender. Veamos cómo, a través de una serie de preguntas y respuestas, Noemí logró explicárselo a Joaquín.

#### 1. ¿Los hechos denunciados por la mujer serían constitutivos de delito?

La respuesta es que sí. Los hechos serían constitutivos del delito de descubrimiento y revelación de secretos (conocido como de lito de *sexting*) previsto y penado en el artículo 197.7, párrafo primero, del Código Penal que señala 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 aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona**”.*

Además, debemos de tener en cuenta que, si consideramos que la amante queda dentro del ámbito de protección de la violencia de género (lo cual explicaremos en una pregunta posterior), la pena se verá agravada, pues así lo dispone el propio artículo en su apartado tercero cuando señala 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**”.*





Para poder hablar del delito de *sexting*, y siguiendo la STS 70/2020, de 24 de febrero, se deben de dar una serie de requisitos que son los siguientes:

- a. **La acción típica:** consiste en difundir imágenes *obtenidas* con el consentimiento de la víctima. En este punto, como policías debemos de tener en cuenta que nuestro Alto Tribunal entiende que por *obtener* no solo hay que entender los casos en los que el sujeto activo realizada una foto o una grabación de la víctima, ***sino que también se considera que las imágenes o grabaciones son obtenidas por el autor cuando es la propia víctima la que se las envía.***
- b. **El origen de la captación u obtención de la imagen o vídeo y el consentimiento de la víctima en el envío:** la obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.
- c. **Lugar de obtención de la imagen:** en el atestado que instruyamos al efecto deberemos hacer constar en qué lugar fueron captadas esas imágenes para poder acreditar que las mismas fueron obtenidas en la más estricta intimidad. Tal y como señala la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2017, de 21 de septiembre, “[...] resulta esencial a efectos de asegurar el carácter íntimo de la imagen o grabación, el lugar de la realización o toma de la misma, que **ha de tratarse de un espacio físico excluido, en ese momento, al conocimiento de terceros**”.
- d. **La tipicidad deviene por la difusión, revelación o cesión de las imágenes:** en este punto es importante resaltar que, tal y como señala el Tribunal Supremo, **el autor de este delito, únicamente, puede ser quien ha obtenido las imágenes con anuencia de la víctima, por lo que debemos excluir a terceros extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.**
- e. **Determinación del sujeto activo:** sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio seguido de la Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado, de 21 de septiembre.

Por lo tanto, y una vez analizados los requisitos para poder apreciar el delito de *sexting* podríamos llegar a la conclusión de que los hechos que quiere denunciar la mujer que se ha personado en la oficina de denuncias y ha sido atendida por Joaquín encajan perfectamente el tipo penal previsto en el artículo 197.7 CP.

## 2. ¿Una amante se encuentra dentro del ámbito de protección de la violencia de género?

La siguiente cuestión a la que tendríamos que dar solución es si esa mujer que quiere denunciar, la cual es amante del varón denunciado, se encontraría dentro del paraguas de protección de la violencia de género o no lo estaría.

Pues bien, a este respecto se pronuncia el magistrado del Tribunal Supremo MAGRO SERVET, V.<sup>1</sup> que señala que:

“[...] por todo ello, **debemos entender que los ataques a la amante estarán incluidos en los casos de violencia de género** porque, cuando se maltrata a la amante se hace también por esa posición de dominación del hombre con la mujer, ataque físico o psíquico de contenido y carácter discriminatorio que se lleva a cabo precisamente por la condición de mujer de la víctima y por ser la mujer con la que mantiene una relación aunque esporádica y sin convivencia”

<sup>1</sup> MAGRO SERVET, V., *Guía práctica penal de delitos de violencia de género*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, pág. 61.





Por su parte, la STS 510/2009, de 12 de mayo, estima que:

*"[...] lo decisivo para que la equiparación entre el matrimonio y situaciones análogas se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, **aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro.** [...] **La protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional**".*

Por último, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal, se ha pronunciado a este respecto estableciendo que *"[...] la protección de la norma penal alcanza a aquellas relaciones que trascienden de los lazos de amistad, afecto y confianza, [...], considerando que **solo podrán excluirse aquellas que se mantienen de modo esporádico u ocasional**".*

Por lo tanto, si esa relación con la amante ha ido más allá de un mero encuentro ocasional o esporádico, es decir, es una relación caracterizada por su intensidad emocional, a pesar de, como se dice en la sentencia, su formato no convencional (aunque para algunos y algunas sea más convencional que no convencional), quedarían dentro del ámbito de protección de la violencia de género. Qué duda cabe que en estos tiempos en los que las relaciones y apetencias sexuales son tan variopintas y, en los que las denominadas relaciones *abiertas*, parecen estar a la orden del día, no resultaría lógico dejar fuera del ámbito de protección de la norma a aquellas mujeres que hubieran optado por mantener una relación afectiva con un varón bajo un formato *no convencional*.

En conclusión, la mujer denunciante entraría dentro del ámbito de protección de la violencia de género, toda vez que el autor es un varón, ella es mujer y entre ambos existe una relación incluida en el ámbito de protección de la violencia de género. Además, entraría en juego la aplicación del tipo agravado que veíamos al principio de este artículo y que preveía la imposición de la pena en su mitad superior. Hemos de recordar que en este tipo penal no existe una agravación específica de violencia de género, incluyéndose estos casos en el tipo agravado más amplio de la violencia doméstica que sí que está previsto en el propio precepto.

### 3. ¿Cuál sería el órgano judicial competente para conocer de los hechos denunciados?

En primer lugar, y a la hora de determinar la competencia del órgano judicial, debemos de saber qué tipo de delito es el cometido por el varón denunciado, resultando que el delito de *sexting* se encuentra ubicado en el *Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, por lo tanto, se trataría de un **delito contra la intimidad**.

Hasta el año 2015, la competencia venía atribuida a los juzgado de instrucción. Sin embargo, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dio nueva redacción al artículo 87 *ter*, apartado 1, letra a) de la LOPJ, ampliando la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVSM). Así, en el orden penal, conocerán:

**"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"**.

Por lo tanto, debemos de saber que los JVSM son competentes para el conocimiento de los delitos de *sexting* cometidos en el ámbito de protección de la violencia de género. Además, y sirva de recordatorio, el JVSM competente será el del lugar del domicilio que tuviera la víctima al momento de cometerse los hechos.





#### 4. ¿Podría solicitar la mujer una orden de protección?

La respuesta es que no. Todo ello, sin perjuicio, de que la autoridad judicial competente dicte alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 544 *bis* de la LECrim.

Debemos de recordar aquí que la orden de protección regulada en el artículo 544 *ter* señala que:

*Conforme a lo establecido en el artículo 544 *ter* de la LECrim. se podrá dictar una orden de protección cuando exista una situación objetiva de riesgo para la víctima que lo requiera, cuando existan indicios fundados de la comisión de un **delito contra la vida, integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o la seguridad de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP***

Por lo tanto, y siendo el delito de *sexting* un delito contra la intimidad, no entraría dentro del catálogo de delitos por el que se puede acordar la orden de protección. Ahora bien, y como hemos apuntado, el órgano judicial cuando así lo considere procedente podrá adoptar alguna de las medidas previstas en el artículo 544 *bis*.

Y llegados a este punto, Joaquín, policía novel, ya sabría cómo actuar en el caso de volver a encontrarse con un caso similar, pudiendo llegar a las siguientes

#### - CONCLUSIONES-

- I. Las *relaciones no convencionales*, como podría ser la que surge entre dos amantes entrarían dentro del ámbito de protección de la violencia de género, siempre que vaya más allá de un mero encuentro esporádico u ocasional.
- II. El delito de *sexting* es un delito contra la intimidad, cuyo conocimiento compete a los JVSJM cuando la víctima sea una mujer que sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligado al autor varón por una relación análoga de afectividad aun sin convivencia.
- III. La mujer víctima de un delito de *sexting* no podría instar la adopción de una orden de protección del artículo 544 *ter* LECrim., sin perjuicio de que el órgano judicial competente dicte en su beneficio alguna de las medidas de protección del artículo 544 *bis* del mismo texto legal.

Y hasta aquí este artículo en el que **hemos traído a colación unos personajes ficticios, pero basados en un supuesto real**. Su conocimiento no es *baladí*, ya que de una mala interpretación de los hechos que se acuden a denunciar por parte del policía que recibe la denuncia se pueden derivar efectos perniciosos para la víctima. Así, a *bote pronto* le planteo al lector la siguiente cuestión: *¿qué sucedería si la denunciante es una ciudadana extranjera en situación irregular sobre la que ha recaído una resolución de expulsión pendiente de ejecución y el policía que recibe la denuncia considera que los hechos denunciados no se encuentran dentro del ámbito de protección de la violencia de género?* Dejo la respuesta para que el lector reflexione acerca de las consecuencias que, en los derechos de los ciudadanos, pueden tener nuestras decisiones.

**“Somos policías no solo para atrapar a los delincuentes, sino también (y, sobre todo) para proteger a las víctimas”.**



## BIBLIOGRAFÍA

MAGRO SERVET, V., *Guía práctica penal de delitos de violencia de género*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

MOLINA FEBRERO, G., *Seguridad Ciudadana. Derecho Penal: Cuestiones policiales operativas*. León: IJESPOL, 2023.

MOLINA FEBRERO, G., *Violencia de Género y Doméstica. Actuaciones policiales operativas*. León: IJESPOL, 2023.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 3/2017, de 21 de septiembre, *sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal*.

## JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

STS 70/2020, de 24 de febrero.

## CURSOS DE INTERÉS

“Curso de especialización en violencia de género y doméstica” de IJESPOL.

