



Roj: **STS 2/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:2**

Id Cendoj: **28079120012021100001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2021**

Nº de Recurso: **827/2019**

Nº de Resolución: **5/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 5/2021

Fecha de sentencia: 13/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 827/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 827/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 5/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado **DON Jose Manuel** contra la Sentencia dictada el 16 de enero de 2019, por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de Apelación 48/2018, confirmatoria de la sentencia nº 201/2018, de 27 de julio de 2018 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por la que se condenó al recurrente como autor responsable de catorce **delitos contra la intimidad** personal, cometidos por funcionario público, tipificado en el artículo 197-1º y 198 del Código Penal vigente, en concurso ideal del artículo 77-1º y 2º del Código Penal sin la concurrencia en el mismo de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal.

Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el acusado DON Jose Manuel representado por el Procurador de los Tribunales don Pedro Luis Bañeres Trueba y defendido por el Letrado don Rafael Hidalgo Alcay y como partes recurridas doña Miriam, doña Bernarda, doña Rebeca, doña Rosalia y doña Loreto, todas ellas representadas por el Procurador de los Tribunales don Miguel Lozano Sánchez y bajo la dirección técnica de doña Olga Oseira Abril.

Ha sido parte **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza incoó DP núm. 1340/2016, **contra** el acusado **Jose Manuel** por **delitos contra la intimidad** personal cometidos por funcionario público, una vez concluidas las actuaciones remitió para su enjuiciamiento a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza que incoó PA 5/2018 y con fecha 27 de julio de 2018 dictó Sentencia núm. 201/2018 -que posteriormente completó por auto de 19 de octubre de 2018- y que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

«Primero.- El acusado, Jose Manuel, nacido el NUM000 -1964, 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.

Las funcionarias afectadas en su **intimidad** por esta actuación del encausado son: Rosalia (1) Miriam (2) Bernarda (3), Rebeca (4), Catalina (5), Constanza (6), Loreto (7), Delfina (8), Encarnacion (9), Estrella (10), Felicidad (11), Gema (12), Inés (13), Julieta (14).

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 Jose Manuel un dispositivo de almacenamiento externo tipo pendrive marca Sandisk de 32 GB, en el interior de un bolso de mano propiedad de Jose Manuel situado sobre una de las sillas del despacho un dispositivo de almacenamiento de memoria de 8 GB marca "EnergySistem"; 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 UNOTEPEN 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 vídeos 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 vídeos, 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 vídeos 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.

Asi mismo, en total, 615 archivos de video que pese a no haber sido posible su reproducción, contienen en su nomenclatura el nombre de las trabajadoras anteriormente citadas, siendo innumerables los archivos de video que llevan sus nombres, así por ejemplo " DIRECCION000 ", " DIRECCION001 ", " DIRECCION002 ", " DIRECCION003 ", " DIRECCION004 ", " DIRECCION005 ", " DIRECCION006 ", " DIRECCION007 ", " DIRECCION008 ", " DIRECCION009 ", " DIRECCION010 ", " DIRECCION011 ", " DIRECCION012 ", " DIRECCION013 ", " DIRECCION014 ", " DIRECCION015 ", " DIRECCION016 ", " DIRECCION017 ", " DIRECCION043 ", " DIRECCION018 ", " DIRECCION019 ", " DIRECCION020 ", " DIRECCION021 ", " DIRECCION022 ", " DIRECCION023 ", " DIRECCION024 ", " DIRECCION025 ", " DIRECCION026 ", " DIRECCION027 ", " DIRECCION028 ", " DIRECCION029 ", " DIRECCION030 ", " DIRECCION031 ", " DIRECCION032 ", " DIRECCION033 ", " DIRECCION034 ", " DIRECCION035 ", " DIRECCION036 ", " DIRECCION025 ", " DIRECCION037 ", " DIRECCION038 ", " DIRECCION039 ", " DIRECCION040 ", " DIRECCION041 ", " DIRECCION042 ", entre otros muchos.

TERCERO.- A consecuencia de los hechos descritos Rosalia ha padecido un trastorno adaptativo con ansiedad reactivo, habiendo precisado por dicha patología de tratamiento farmacológico y baja laboral con un tiempo de curación de 114 días impositivos, habiéndose establecido la sanidad sin secuelas pero con un cambio de su puesto de trabajo.

Miriam, también ha presentado un trastorno adaptativo ansioso depresivo reactivo, precisando de tratamiento farmacológico y baja laboral siendo el tiempo de curación de 111 días impositivos, debiendo continuar con el tratamiento y control psiquiátrico durante al menos seis meses después del alta.

Bernarda ha padecido a consecuencia de los hechos descritos un trastorno de ansiedad reactivo a sus problemas laborales, por dicha patología psíquica ha precisado de tratamiento farmacológico y baja laboral siendo el tiempo de curación de 5 días impositivos sin secuelas.

Loreto, ha padecido un trastorno adaptativo por el que estuvo de baja laboral durante 15 días impositivos, habiéndose establecido la sanidad sin secuelas.

Valorado psicológicamente el investigado no se evidencian alteraciones cognitivas ni psicopatológicas que pudieran modificar su percepción de la realidad, teniendo conservadas sus capacidades volitivas e intelectivas.

Las ofendidas Catalina, Constanza, Delfina, Encarnacion y Estrella, manifestaron en el Acto del juicio oral que renunciaban todas ellas (las cinco) a las indemnizaciones que para ellas solicitaba tanto el Ministerio Fiscal como su propia acusación particular».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos de condenar y condenamos al acusado Jose Manuel, como autor responsable de catorce **delitos contra la intimidad** personal, cometidos por funcionario público, tipificado en el artículo 197-1º y 198 del Código Penal vigente, en concurso ideal del artículo 77-1º y 2º del Código Penal, sin la concurrencia en el mismo de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad (cuatro años).

También condenamos al acusado Jose Manuel, al pago de una multa de 24 meses (720 días-multa), con una cuota-diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, prevista en el artículo 53 del Código Penal, consistente en un día de privación de libertad, por cada dos cuotas día, para caso de impago de la expresada multa (4.320 euros) e insolvencia del expresado acusado.

Igualmente, condenamos al acusado Jose Manuel , a la pena de inhabilitación absoluta para cargo o empleo público por tiempo de seis años.

Igualmente, condenamos al acusado Jose Manuel , a que en concepto de responsabilidad civil derivada del concurso de **delitos** por el cometido, indemnice a las perjudicadas con las siguientes cantidades:

- 1.- A Rosalia con 6.840 euros por las lesiones psíquicas que le causó (114 días de incapacidad) + 300 euros por daños morales.
- 2.- A Miriam , con la cantidad de 6.600 euros por las lesiones psíquicas que la causó (111 días improductivos) + y 300 euros por daños morales.
- 3.- A Bernarda , con 300 euros por sus 5 días de incapacidad y 300 euros por daños morales.
- 4.- A Loreto , con 900 euros por sus 15 días improductivos y otros 300 euros por daños morales.
- 5.- A Felicidad con 300 euros por daños morales.
- 6.- A Gema con 300 euros por daños morales.
- 7.- A Inés , con 300 euros por daños morales.
- 8.- A Julieta , con 300 euros por daños morales.

Todas estas cantidades devengarán el interés legal del dinero previsto en el artículo 576-1º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decretamos el decomiso y destrucción de todas las evidencias y efectos informáticos de grabación y espionaje intervenidos por la Policía Judicial en el despacho del acusado Jose Manuel .

Finalmente, condenamos al acusado Jose Manuel , al pago de las costas del juicio por expreso mandato legal, incluyendo en esas costas las costas generadas por la Acusación particular de las ocho perjudicadas personadas en tal concepto.

Notifíquese esta Sentencia a todas las partes personadas, con remisión de una copia de la misma a todas ellas.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dentro del plazo de los diez días hábiles siguientes a la última notificación de la misma».

En fecha 19 de octubre de 2018, y a solicitud de la acusación particular, la Sección Sexta dictó auto completando la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«LA SALA RESUELVE: Debemos completar y completamos nuestra Sentencia nº 201/2018 de fecha 27-7-2018, dictada por esta Sala en el presente Rollo de Sala nº 5/2018, añadiendo a la expresada sentencia lo siguiente:

1º.- En el Quinto Antecedente de Hecho incluimos que la Acusación particular solicitó que doña Rebeca fuera indemnizada por el acusado con 3000 euros por daños morales.

2º.- Incluimos en el Fallo esa Sentencia nuestra nº 201/2018, un punto nº 9 que dirá:

"A Rebeca con 300 euros por daños morales"».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación de Jose Manuel interpuso recurso de apelación en base a los motivos expuestos en su escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, formándose el rollo de apelación 48/2018 y en fecha 16 de enero de 2019 el citado Tribunal dictó sentencia 4/2019, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«FALLAMOS

- 1.- Desestimar el recurso de apelación formulado **contra** la sentencia de fecha 27 de julio de 2018 dictada por la Sección 6ª de la AP de Zaragoza en los autos de procedimiento abreviado 5/2018, que confirmamos.
- 2.- Declarar de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente con indicación a las partes que no es firme, y que **contra** la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECrim, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley, y firme que sea la misma, devuélvase al órgano de su procedencia con testimonio de la presente resolución».

CUARTO.- **Contra** la anterior sentencia, la representación procesal de Jose Manuel , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones



necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por Jose Manuel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 LEcrim. La representación del recurrente alega error en la valoración de la prueba.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LEcrim. Alega error iuris. Indebida aplicación de lo dispuesto en el art.197- 1º CP.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la LEcrim. Error iuris. Indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 198 del Código Penal.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LEcrim., art. 24.2 de la CE y 5.4 de la L.O.P.J.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 5 de abril siguiente se tiene por incorporado el anterior escrito y se da traslado a la representación de las partes recurridas por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º LEcrim. quienes solicitan la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión a trámite del recurso y subsidiariamente su desestimación, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 4 de junio de 2019.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 11 de junio siguiente se da traslado de los escritos presentados a la representación del recurrente y en el plazo conferido se opone a los escritos del Ministerio Fiscal y de las partes recurridas.

NOVENO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 2020 se señala el recurso para votación y fallo el próximo día 12 de enero de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invoca el recurrente un abigarrado conjunto de documentos que, según sostiene, vendrían a justificar la existencia de un error en la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de primer grado, cuyo relato de hechos probados hizo también propios el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

1.- Los documentos de contraste referidos por la recurrente pueden clasificarse en tres grupos: a) El referido a determinados pasajes de los "diarios" de dos de las perjudicadas, Sras. Rosalia y Miriam , que vendrían, al decir del recurrente, a poner de manifiesto que las mismas tenían pleno conocimiento de las grabaciones efectuadas por el acusado, antes de que se produjera ninguna de las aportadas a la causa, así como también que habrían tenido acceso al ordenador de Jose Manuel ; b) Los once DVD obrantes en las actuaciones, viniendo a poner de manifiesto que éstos solo contienen determinados videos y fotogramas (no fotografías), cuyo contenido describe, unilateral y muy someramente, quien ahora recurre. Vendrían a demostrar, a su juicio, que ni toda ni la mayor parte de dichas grabaciones se corresponden con zonas íntimas de la anatomía de ninguna de las perjudicadas, reflejando la mayoría aspecto anodinos del despacho profesional del acusado; y c) "la impugnación de las periciales forenses respecto de las denunciadas", en el sentido de destacar la recurrente determinadas imprecisiones que atribuye a dichos informes (tales como, por ejemplo, que una de las perjudicadas había padecido un síndrome depresivo en el año 2005; o que en el estado de otra pudieran haber influido los comentarios de sus compañeros), todo ello, entendemos, enderezado a considerar que no habría sido suficientemente acreditado el daño psicológico que en las que se presentan como perjudicadas resultó como consecuencia de la conducta que al acusado atribuyen.

2.- Como proclama por ejemplo, últimamente, nuestra sentencia núm. 406/2019, de 17 de septiembre, el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala, entre ellas, STS 936/2006, de 10-10, 778/2007 de 9-10; 1148/2009, de 25-11- la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.



2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente era importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da **contra** el fallo y no **contra** los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos (STS. 693/2015 de 12.11).

4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

Igualmente, nuestra sentencia núm. 911/2013 de 3 de diciembre, recuerda: "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de casación, lo que está vedado.

Y concluye la expresada resolución: "la contradicción, en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completado aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el Tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS. 6 y 24.9.2011)".

Asimismo, han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta de la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

3.- Por lo que respecta al primero de los grupos de documentos cuyo contenido el recurrente invoca, se trata, como se ha señalado, de determinados pasajes de los "diarios" de las Sra. Rosalia y Miriam en los que, a partir de que aquéllas comenzaron a albergar sospechas acerca de lo que pudiera estar sucediendo en el despacho profesional de su jefe, procedieron a describir, con el propósito de ordenar los sucesos y articular, si hubiera lugar a ello, sólidamente su denuncia posterior, lo que, a su parecer, venía acaeciendo. Es obvio, en cualquier caso, que ninguna de las manifestaciones o descripciones contenidas en dichos diarios se enfrenta, en el sentido de evidenciar la existencia de error sustancial alguno en el mismo, al relato de hechos probados que se contiene en las resoluciones impugnadas. Distinto es que la recurrente, a partir de alguno de dichos datos, deduzca, valore, especule o conjeture acerca de cuál debiera ser la valoración del testimonio de sus autoras. Así, por ejemplo, atribuye a uno de los referidos pasajes la significación de que ambas denunciadas pudieran haber tenido alguna clase de acceso al ordenador que utilizaba profesionalmente el acusado y, a partir de aquí, deduce que resultaría posible que cualquiera de ellas hubiera procedido a manipularlo para, especialmente, atribuir a los archivos que no pudieron reproducirse, determinados elocuentes títulos que, sin embargo, las sentencias impugnadas consideran fueron realizados por Jose Manuel . Huelga añadir, en cualquier caso, que ambas perjudicadas rindieron declaración testifical en el acto del plenario, habiendo sido valoradas sus manifestaciones en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial y después por el Tribunal Superior.

Lo mismo puede decirse, en realidad, del segundo y tercer grupo de documentos invocados por el recurrente. Así, los que aluden al concreto contenido de los once DVD obrantes en las actuaciones, más allá del dato, insustancial, del número exacto, –en todo caso muy numeroso–, de documentos gráficos, y más allá también de la circunstancia, de nuevo irrelevante, de que se tratara de fotogramas y de no de fotografías, no se oponen tampoco, por sí mismos, al relato de hechos probados en ningún extremo influyente para el pronunciamiento condenatorio. Nada objetan a que, en efecto, y tal y como se describe en el factum de la



resolución impugnada, algunas de las imágenes muestren "la entropierna de varias mujeres y su respectiva ropa interior"; como tampoco a que determinados archivos, cuya reproducción no fue posible, aparezcan titulados con los nombres de varias de las perjudicadas y con otras elocuentes expresiones tales como " DIRECCION037 ", " DIRECCION042 ", etc.

Finalmente, y por lo que concierne a los documentos relativos a "la impugnación de las periciales forenses", se esfuerza quien ahora recurre por atribuir a algunos de ellos capacidad para poner en cuestión eficazmente las conclusiones de aquéllas, cuando lo cierto es que, por definición y en la propia tesis del recurrente, unos vendrían a enfrentar a los otros (por lo que mal podría sostenerse, con razón, la inexistencia de otros elementos probatorios que pudieran contradecir lo sostenido en los que el recurrente invoca) y, sobre todo, es claro que la defensa tuvo la oportunidad de interrogar en el acto del juicio oral al perito, cuyas conclusiones cuestiona, con base precisamente en lo consignado en los documentos que ahora invoca; y, naturalmente, tuvo también el Tribunal la oportunidad de valorar el desarrollo de dicha prueba.

En definitiva, al socaire de las previsiones contenidas en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base de numerosos documentos, lo que en realidad persigue el recurrente no es tanto poner de manifiesto la existencia de un error en la valoración probatoria que pudiera resultar de todos (o de alguno de) aquellos, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; cuanto que prevalezca su propia y legítima pero particular valoración de la prueba practicada sobre la que, de forma razonable y razonada, se expresa en la resolución recaída en la primera instancia, respaldada después por el Tribunal Superior, lo que, desde luego, extravasa notablemente el objeto de este motivo de impugnación y lo vincula directamente al que a continuación abordaremos.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- Aunque presentado como cuarto y último motivo de queja, consideramos que razones de orden metodológico, aconsejan abordar ahora el motivo de impugnación que se concreta, al amparo de lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, contemplado en el artículo 24 de nuestra Constitución. Es claro que si dicho motivo de impugnación hubiera de progresar, quedarían sin contenido sustancial alguno las dos quejas restantes, ambas articuladas sobre la base de sendas denunciadas infracciones legales de los artículos 197.1 y 198 del Código Penal. Es sabido que estas últimas quejas, con la cobertura que ofrece al respecto el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obligan a tomar como base intangible para su resolución el relato de hechos probados de las resoluciones impugnadas. Por eso, resulta previo en el plano del ordenado análisis determinar si aquel relato debe ser respaldado en tanto respetuoso con las exigencias propias del derecho fundamental a la presunción de inocencia; o, por el contrario, rectificado.

1.- Como recientemente hemos tenido oportunidad de recordar, por ejemplo, en nuestra sentencia núm. 653/2020, de 2 de diciembre, la delimitación del alcance de la impugnación casacional y del control realizado a través de la misma cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva se ciñe a cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de primera instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (SSTS 847/2013 de 11 de noviembre, 163/2017 de 14 de marzo, 741/2017 de 16 de noviembre, o la 490/2019 de 16 de octubre, entre otras).

2.- Argumenta aquí el recurrente, en síntesis, que las resoluciones impugnadas proclaman la existencia de un "elemento tendencial desvinculado de la actividad probatoria". Y ello porque, en primer lugar, en el acto del juicio oral "los agentes de la policía científica expresaron que no podían determinarse las fechas de los archivos recuperados", de lo que la recurrente concluye que, incluso, podría haberse producido "la prescripción del delito". A su vez, se censura que "se presume una actuación dolosa a través de un juicio de inferencia donde se valoran un número de imágenes que no existen y que fueron sencillamente provocadas por quienes conocían la existencia y ubicación de las cámaras y decidían su vestimenta y dónde colocarse"; añadiendo



que las denunciadas acudieron juntas a urgencias, con el inequívoco propósito de magnificar lo sucedido, tras procederse a la detención del acusado, dejando clara, siempre al parecer del recurrente, *"la existencia de un móvil espurio de resentimiento, enemistad, venganza o enfrentamiento (con el acusado) que enturbia la veracidad de su testimonio"*.

En definitiva, lo que el recurrente viene a sostener, como lo hiciera ya a lo largo del procedimiento, es que el acusado pudo no ser la persona que tituló los archivos que no pudieron ser reproducidos; que las perjudicadas conocían la existencia de cámaras particulares (disimuladas en los conocidos como "bolis espías") y sus emplazamientos, por lo que ellas mismas eran quienes decidían, por descontento la ropa que llevaban, pero también el lugar en el que se situaban cuando acudían al despacho de quien era su jefe, todo con el propósito, sugerido por el recurrente, de acopiar pruebas con las que después denunciarle, aprovechando, como el propio Jose Manuel siempre ha reconocido, que el mismo había resuelto instalar, de forma disimulada además, en el despacho de las dependencias policiales en el desempeñaba su ocupación profesional, sendos dispositivos de captación de imágenes para protegerse, --explicó--, de algunos de sus subordinados (especialmente de las denunciadas) y de particulares que pudieran acudir allí enfadados o quejosos por la imposición de sanciones.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que es la aquí recurrida, respalda la que califica como "extensa explicación" que sobre la valoración de la prueba se contiene en la pronunciada por la Audiencia Provincial, analizándose la declaración del acusado, la documentación gráfica obrante en las actuaciones, las pruebas testificales protagonizadas por las perjudicadas, las periciales de la policía científica, y en fin las periciales psicológicas y psiquiátricas, *"que proporcionan a la sala elementos de prueba suficientes para concluir con la sentencia condenatoria ahora recurrida"*. Se explica igualmente que *"la documental gráfica evidencia la realidad de las grabaciones y los ángulos comprometedores de la intimidación que fueron buscados de propósito por el acusado; la declaración de éste que admite la autoría de ellas; la declaración de los testigos que relatan cómo el acusado disponía el mobiliario de su despacho para obtener mejores tomas, y cómo después de obtenidas las visionaba; y en fin la documental muestra igualmente los evocadores nombres con los que el acusado identificaba los archivos de video que obtenía de sus subordinadas"*.

Igualmente, aborda el Tribunal Superior la particular inconsistencia de las explicaciones ofrecidas por el acusado acerca de las razones por las cuales resolvió servirse de las mencionadas (y disimuladas) cámaras de grabación, observando que: *"no hay antecedentes de agresión o amenazas que hubiera sufrido con anterioridad, su despacho se halla en un cuartel de la policía local con las medidas de protección que le son propias; y, en fin, lo cierto es que la totalidad de las grabaciones, a excepción de algunas tomas que reflejan su imagen, se corresponden con las figuras de sus empleadas, que acuden al despacho llamadas por el acusado en la gran mayoría de las ocasiones, sin atisbo alguno de que pudieran representar un peligro o una amenaza para él"*.

Se pondera, en fin, de este modo que se practicó en el acto del juicio oral prueba de cargo, lícitamente obtenida y desarrollada sin objeción atendible en el acto del juicio oral, bastante, suficiente, y debidamente valorada, con el pormenor y la motivación exigible en la resolución dictada por la Audiencia Provincial. Y es que, efectivamente, se concreta en ella el contenido sustancial de las declaraciones prestadas en el juicio por las diferentes perjudicadas, hasta diez, todas ellas subordinadas profesionalmente al acusado, que depusieron como testigos en el acto del juicio oral. Fácilmente se comprenderá que, aunque a los meros efectos hipotéticos, pudiera aceptarse la presencia en alguna de ellas de alguna clase de malquerencia o animadversión hacia quien era entonces su jefe, --de la que por cierto no existe rastro probatorio alguno--, resulta en extremo improbable que ese mismo sentimiento anidara en un número tan significativo de testigos. Las mismas describieron, es evidente que algunas con más precisión que otras, el método utilizado por el acusado, refiriendo que el mismo situaba las cámaras grabadoras en determinados emplazamientos, conforme han ido teniendo oportunidad de conocer, tales como el interior de su papelera de trabajo, disponiendo, a su vez, el mobiliario de tal modo que las personas que acudían al despacho hubieran de situarse en el espacio cubierto por dichas cámaras (muy singularmente, se destaca que el acusado en lugar de situar la papelera junto a sí o tras él, como es lo frecuente, la colocaba delante de su mesa de trabajo y entre las sillas de cortesía). Y explicaron también los testigos cómo el acusado requería la presencia de sus subordinadas en su despacho, con fútiles pretextos, escogiendo, entre aquéllas, a las que ese día vestían con falda o ropa corta.

Cierto que algunas de las perjudicadas, no todas, venían sospechando de la conducta del acusado, y cierto también que tuvieron ocasión de comprobar cómo, tras abandonar la funcionaria correspondiente el despacho, el acusado recogía la cámara (el "boli espía") del lugar en el que lo había depositado y proyectaba las imágenes obtenidas en su ordenador. Pero, naturalmente, ni ello comporta que las referidas funcionarias aceptaran de este modo ser grabadas; ni excluye o modula en nada la responsabilidad criminal del acusado. Importa tomar en cuenta que no es ya que el alegato de éste para explicar la presencia de las cámaras disimuladas en su despacho carezca en sí mismo de consistencia, atendiendo a que se hallaba en el interior de unas dependencias policiales ya dotadas de los indispensables sistemas de seguridad y a que, como los testigos



explicaron, no existía ningún antecedente de intento de agresión protagonizado por cualquier ciudadano descontento por una sanción o, tampoco naturalmente, de cualquier desagradable incidente con cualquiera de los subordinados de Jose Manuel. Es que, además, el acusado no se limitaba a tener los referidos sistemas de captación de imágenes dispuestos en la forma dicha, sino que, además, tal y como también se destaca en las resoluciones que aquí se impugnan, procedía después el archivo y grabación de las imágenes así obtenidas, vulnerando abiertamente la **intimidad** de sus subordinadas, lo que derechamente resulta, no hace falta extenderse en consideraciones para comprenderlo, incompatible con la insólita finalidad de las grabaciones que el acusado proclama.

El motivo se desestima.

TERCERO.- De acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia también el ahora recurrente la pretendida vulneración de lo previsto en el artículo 197.1 del Código Penal, insistiendo en que el mismo requiere una *"intencionalidad que se ha entendido acreditada a través de un juicio de inferencia que permite ser cuestionado en este motivo"*. Vuelve a insistir aquí el recurrente en que, a su parecer, *"la inferencia que se ha producido en este procedimiento no responde a las normas de la lógica"*, aludiendo también a que el acusado *"presentaba una dependencia alcohólica de más de treinta años de duración que no se cura nunca"* y a que, en definitiva, conforme resulta del informe pericial obrante en las actuaciones, ello permite concluir, siempre a juicio del apelante, que *"intentaba protegerse cuando grababa imágenes y conversaciones"*. A su vez, destaca quien ahora recurre que *"el secreto a descubrir"* solo puede ser aquello que su titular desea que se mantenga oculto al conocimiento de los demás, insistiendo en que (algunas de) las funcionarias conocían, desde junio de 2016, que *"Jose Manuel utilizaba dispositivos de grabación y dónde estaban y lo cierto es que no hay videos anteriores a esas fechas. El que las imágenes fueran más o menos reveladoras dependía más de ellas que de las cámaras"*.

En definitiva, y aunque bajo otra aparente cobertura, reproduce aquí quien ahora recurre buena parte de las quejas que han sido ya analizadas en los ordinales anteriores, siendo que, conforme ya se anunció también, el motivo de impugnación ahora escogido obliga a respetar el relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida. Se consigna en dicho relato, entre otros extremos, que el acusado, entre los meses de febrero y septiembre de 2016, dispuso en su despacho profesional aparatos disimulados de grabación de imágenes *"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"*.

A partir de dicho relato fáctico, resulta estéril cualquier intento de cuestionar por esta vía de impugnación la existencia de dolo en la conducta del acusado, quien actuaba así con plena conciencia y voluntad de vulnerar la **intimidad** de sus subordinadas, evidentemente sin el consentimiento de las mismas, utilizando medios técnicos de grabación de imágenes, colmando de tal manera las exigencias objetivas y subjetivas del tipo penal contenido en el artículo 197.1 del texto punitivo.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Finalmente, y aunque de forma mucho más breve, también al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera la recurrente indebidamente aplicado el artículo 198 del Código Penal. Argumenta al respecto que: *"No se prevaleció Jose Manuel de la condición de funcionario: cualquier persona que disponga de un habitáculo puede grabar a las personas que entran en el mismo. Este agravamiento está previsto contra quienes utilizan información a la que tienen acceso por el ejercicio de su cargo o a quienes abusan de su condición ante un ciudadano que no es funcionario"*.

Hemos ya de comenzar señalando que, pese a su brevedad, este motivo de impugnación impresiona como el más consistente del recurso. Nuevamente es obligado partir, en atención al motivo de impugnación escogido, del relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada. Por lo que ahora importa, se proclama que los hechos enjuiciados tuvieron lugar en el despacho profesional que el acusado utilizaba, en su condición de jefe instructor de denuncias por infracciones de tráfico, de la Oficina de Tráfico de la Policía Local del Zaragoza, aprovechándose además Jose Manuel del poder de dirección que ostentaba sobre sus subordinadas, todas ellas auxiliares administrativas de dicha oficina, requiriendo la presencia en su despacho de las que llevaban falda, con cualquier excusa relacionada con el trabajo, con el final propósito que también en el *factum* de la sentencia se describe.



1.- El artículo 198 del Código Penal determina que 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, realizara 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.

Dicho precepto resulta aplicado por la sentencia que dictó en esta causa la Audiencia Provincial en la que, después de explicar la concurrencia de la totalidad de los elementos exigidos por el tipo básico (artículo 197.1), se añade: *"Pero es que además, tal conducta no la realizó un simple particular, sino un funcionario público, que era, además, superior jerárquico de las catorce mujeres jóvenes a las que grabó sus zonas íntimas durante ocho meses, prevaliéndose de su cargo y sin ningún tipo de consentimiento ni conocimiento de ellas. Al final cuando se apercibieron de lo que les estaba pasando, dieron cuenta a la Policía inmediatamente. Pasamos ya, por elevación al tipo penal más grave, contenido en el artículo 198 del Código Penal vigente, que impone la prevista en el artículo 197-1º del citado Código, pero en su mitad superior, y además, la pena de inhabilitación absoluta para todo cargo o empleo público por tiempo de seis a doce años"*.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia, en el fundamento jurídico sexto de su sentencia, enfrentado con esta misma cuestión, observa que: *"Cuarto motivo de apelación. Indebida aplicación del art.198 CP .*

Sostiene el recurrente que el acusado no se prevalió de su condición de funcionario, pues tal precepto, arguye, está pensado para las personas que tienen acceso especial a archivos y documentos y utilizan dicho privilegio, lo que no ocurre en el acusado.

*Pues bien, nos hallamos ante una alternativa típica agravada por las circunstancias del autor, la condición de funcionario público, y que se caracteriza por al prevalimiento de tal condición, para vulnerar la **intimidad** de otro (STS 725/2004).*

*En el presente caso, el recurrente eligió deliberadamente el lugar, el despacho en el que desempeñaba sus funciones públicas, así a las personas sobre las que proyectar su conducta quebrantadora de **intimidad**, sus subordinadas, y el medio de ponerlas en situación de poder grabarlas, pues las llamaba al despacho con excusa de razones del trabajo en relación al que existía relación de subordinación, por lo que el precepto ha sido debidamente aplicado"*.

2.- Ciertamente, el artículo 198 del Código Penal contiene un tipo agravado, de naturaleza especial en la medida en que restringe el círculo de posibles sujetos activos a aquellos que ostenten, tal y como la Audiencia Provincial proclama en su sentencia, la condición de autoridad o funcionario público, exigiendo además que, naturalmente, su actuación se halle fuera de los casos permitidos por la ley y también que no mediere *"causa legal por delito"*. Sin embargo, es evidente que tales elementos, con ser imprescindibles, no se alcanzan para completar las exigencias del mencionado tipo penal, que expresamente exige, además, que el sujeto activo se prevalega de su cargo para realizar cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior.

El Tribunal Superior ha tratado de colmar la carencia argumental de la que adolece a este respecto la resolución recaída en la primera instancia, explicando que no solo el acusado no era un simple particular (sino un funcionario público) y superior jerárquico de las víctimas sino que, además, desplegó determinadas estrategias para el desarrollo de su proyecto criminal, sirviéndose del despacho en el que desempeñaba sus funciones públicas, y requiriendo la presencia en el mismo de las perjudicadas para ponerlas en disposición de ser grabadas, con excusas vinculadas a la relación laboral que mantenían y aprovechando la situación de dependencia profesional de aquéllas.

A nuestro parecer, sin embargo, ni aún con esto resulta bastante para justificar la aplicación del precepto penal agravado. La exigencia de prevalimiento evoca la idea de que el sujeto activo del **delito** utilice en su favor una determinación condición de superioridad o primacía para ejecutar su conducta, condición de superioridad o primacía que puede, naturalmente, obedecer a múltiples causas (la mayor edad o grado de madurez; la ascendencia familiar o académica; la subordinación laboral, por ejemplo). Y en el caso, no cabe duda de que el acusado, además de ostentar la condición de funcionario público, cometió el **delito** previsto en el artículo 197.1 del Código Penal, en su despacho profesional (puesto aquí por la administración local a su disposición para que pudiera desarrollar las funciones públicas que le estaban encomendadas) y aprovechando la relación de superioridad jerárquica o facultades de dirección laboral que ostentaba frente a las víctimas (de la que se servía para, con motivo fútiles, llamarlas a su presencia, situándolas bajo el objetivo de las cámaras que previamente había dispuesto).

No nos cabe duda, en consecuencia, de que el acusado, funcionario público, cometió el **delito** previsto en el artículo 197.1 del Código Penal, en una dependencia, --pública también y puesta a su disposición funcional por la Administración--, "prevaliéndose" de una cierta relación de superioridad (jerárquica, laboral) que ostentaba sobre las víctimas. Las mismas, en efecto, no acudían a su despacho de manera espontánea o por propia y



libérrima voluntad, sino requeridas por quien en ese momento era "su jefe" y en cumplimiento, aquéllas, de sus cometidos profesionales.

Sin embargo, lo que el precepto aquí controvertido establece no es una agravación general o indeterminada para las conductas previstas en el artículo 197.1 del Código Penal cuando las mismas sean cometidas por quien se encuentra en una cierta relación de superioridad sobre su víctima, situación que aprovecha, de la que se prevale, en la ejecución del **delito**, circunstancia ésa que, sin duda, cuando como aquí concurra, podrá (deberá) ser valorada al tiempo de individualizar la pena prevista en abstracto en el tipo básico. Lo que el artículo 198 demanda es que lo aprovechado, aquello de lo que el sujeto activo se prevale, sea precisamente la condición de autoridad o funcionario público del mismo, su cargo.

Es obvio que el acometimiento de cualquier actividad laboral mínimamente compleja ha de ser implementado con el concurso de una pluralidad de personas. Y que éstas, para el buen fin de la actividad desarrollada, asumen en el proceso productivo diferentes funciones, de también distinta responsabilidad y contenidos, no de un modo meramente yuxtapuesto o intercambiable sino a partir de una distribución más o menos explícita de cometidos, y articulada sobre la base de un, también más o menos explícito, orden jerárquico que demanda la determinación en el ámbito de la actividad laboral de un cierto poder de dirección de unos sujetos frente a los otros. Así, el texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en su artículo 5 c) sitúa entre los deberes de los trabajadores, el de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas --o de la persona en quien éste delegue, conforme precisa el artículo 20.1 del mismo texto legal--. Es obvio también que, como regla general, a mayor complejidad en la actividad profesional desempeñada, mayor también será el número de las categorías profesionales comprometidas en la misma, distintas categorías que, a menudo, aparecen también articuladas entre sí de un modo jerárquico o piramidal.

Por descontado, en el ámbito de la Administración pública, la relación estatutaria sustituye en general a la meramente convencional propia de la actividad profesional privada, dotando de significativas peculiaridades al régimen jurídico de sus trabajadores, pero sin que naturalmente estén ajenas en el desarrollo de la actividad profesional implementada por los funcionarios públicos aquellas mismas relaciones de subordinación o facultades de dirección a las que hasta aquí nos venimos refiriendo, entre los diferentes cargos o categorías profesionales que componen el funcionariado.

Sentado lo anterior, este Tribunal considera que el prevalimiento del cargo público al que el artículo 198 del Código Penal alude debe ser interpretado no en el sentido de mero aprovechamiento (laboral) del cargo, de la categoría profesional o de las facultades de dirección que el mismo proyecta sobre sus subordinados (también funcionarios públicos de ordinario), sino en atención a que el **delito** sea cometido prevaliéndose el sujeto activo de su condición o cargo público frente a particulares (o naturalmente frente a autoridades o funcionarios públicos al margen de su función). Lo que en este caso merece un reproche reforzado de la conducta desplegada por el autor no es el empleo abusivo de la relación laboral que liga a víctima y victimario, --cuando, en sustancia, no resulte distinto del que puede hallarse en cualquier actividad profesional privada--, sino el aprovechamiento por el sujeto activo de su condición de "cargo público", del ejercicio abusivo del mismo, ordinariamente frente a los administrados o frente a otros funcionarios públicos a través del empleo de métodos o formas vinculadas o reservadas al ejercicio de aquella condición. Así, por ejemplo, si el acusado hubiera requerido la presencia en su despacho profesional, con ese mismo fin delictivo, de particulares concernidos o no por alguna clase de expediente administrativo, estaría indudablemente abusando, prevaliéndose, de su cargo público para la comisión del **delito**. Pero no sucede lo mismo cuando, como aquí, los requerimientos se efectuaban frente a otras funcionarias públicas, no sobre la base de la autoridad o facultades que el cargo mismo atribuye en cuanto tal sino en el marco de una simple relación de dependencia laboral, en este caso funcional. No se advierte, en definitiva, motivo alguno para identificar en la conducta del acusado la presencia de una mayor gravedad en el injusto o un plus de culpabilidad que pudiera justificar la existencia de una exasperación sensible en la respuesta punitiva, más allá de la misma condición personal, --funcionario público--, del aquí acusado, comparando su conducta con otra equivalente que pudiera haber sido desarrollada en el marco de cualquier clase de actividad privada en la que el sujeto activo ostentara, con relación a las víctimas, una cierta relación de prevalencia o facultades de dirección profesional. Y no es la simple condición de funcionario público la que determina la aplicación del artículo 198 del Código Penal, siendo exigible que el mismo se prevalega de dicho cargo, de las facultades o atribuciones específicas que como tal comporta, abuso que vendrá determinado en atención al aprovechamiento del autor de las atribuciones públicas que el cargo lleva consigo frente a los administrados o por el inapropiado empleo de los medios específicos vinculados a la propia función pública a los que, solo por razón de dicho cargo, el sujeto activo tiene acceso.



Resulta obligado aquí traer a colación las consideraciones que tuvimos oportunidad de realizar en nuestra reciente sentencia núm. 244/2020, de 27 de mayo: "El **delito** contemplado en el artículo 198 del Código Penal castiga 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", en el que se describen diversas conductas constitutivas de **delito** de descubrimiento y revelación de secretos.

El citado tipo requiere en primer lugar que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. Ahora bien, no nos encontramos ante un tipo agravado anudado a la función pública. No es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo. El propio tenor literal de precepto rechaza esta posibilidad. El artículo 198 del Código Penal exige algo más: que la actuación del sujeto no esté amparada por la Ley, que el acceso ilícito a la **intimidación** se produzca en una situación en la que no medie una causa o investigación por **delito**, y que el sujeto actúe con prevalimiento de cargo.

Conforme señalaba la sentencia de esta Sala núm. 305/2014, de 7 de abril, en referencia a la agravante genérica de prevalimiento de carácter público del culpable, la misma "(...) requiere que el autor ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, como tiene dicho gráficamente esta Sala en lugar de servir al cargo de funcionario se sirve de él para delinquir. En definitiva, el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el **delito**."

Es necesario pues 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".

El motivo, por ello, debe ser estimado, reconduciendo la conducta del acusado al tipo básico previsto en el artículo 197.1 del Código Penal. Se establece en el mismo para el autor del **delito** la pena de prisión uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. No concurriendo en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y en el marco de las previsiones contenidas en el artículo 66.1.6ª del Código Penal, teniendo en cuenta la pluralidad de víctimas, el alambicado método empleado en la realización del **delito**, e igualmente la circunstancia de que el acusado se prevaliese para la comisión del ilícito de la relación jerárquica que le vinculaba con sus víctimas, debemos imponer al mismo la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, tal y como impone el artículo 56 del Código Penal; y multa de veinte meses, con una cuota diaria de seis euros, –cuota diaria idéntica a la establecida en la instancia–, con una responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago (en las condiciones previstas en el artículo 53) de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas.

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la estimación de cualquiera de los motivos de casación alegados determinará la declaración de oficio de las costas causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de Jose Manuel **contra** la sentencia núm. 4/2019, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 16 de enero, que casamos y anulamos parcialmente, por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto **contra** la dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª) núm. 201/2018, de 27 de julio.

2.- Declarar de oficio las costas devengadas como consecuencia de ambos recursos.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 827/2019



Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado **DON Jose Manuel** **contra** la Sentencia nº 4/2019, dictada el 16 de enero de 2019, por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de Jose Manuel, procede condenar al mismo como autor de un **delito contra la intimidad** de los previstos en el artículo 197.1 del Código Penal, sin concurrir en su conducta circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años de prisión y multa de veinte meses a razón de una cuota diaria de seis euros y con una responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago, en las condiciones previstas en el artículo 53 del Código Penal, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas; todo ello con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Condenar a Jose Manuel como autor de un **delito contra la intimidad**, previsto y penado en el artículo 197.1 del Código Penal, sin concurrir en su conducta circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años de prisión y multa de veinte meses a razón de una cuota diaria de seis euros y con una responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago, en las condiciones previstas en el artículo 53 del Código Penal, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas; con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; todo ello declarándose de oficio las costas devengadas como consecuencia de sus recursos.

2.- Mantenemos la integridad del fallo contenido en la resolución recurrida en todos sus demás pronunciamientos, en concreto por lo que respecta a los referidos a la responsabilidad civil y a la imposición de las costas devengadas en la primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que **contra** la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ