



Roj: **STS 4360/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4360**

Id Cendoj: **28079120012018100682**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **2486/2017**

Nº de Resolución: **694/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 369/2017,**
STS 4360/2018

RECURSO CASACION núm.: 2486/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 694/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 21 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por **DON Marcelino , DON Marino , DOÑA Reyes , DON Maximiliano , DON Melchor , DON Moises , DON Julián , DOÑA Salvadora y DOÑA Sara** , contra Sentencia núm. 140, de fecha 18 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la margen se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar. Han sido partes en esta causa el Ministerio Fiscal, como recurrentes: los acusados DON Marcelino , representado por la Procuradora Doña Pilar González Morán y defendido por el Letrado Don Juan Carlos Fernández López Abad, DON Marino y DOÑA Reyes , representados por la Procuradora Doña Pilar González Morán y defendido por el Letrado Don Rubén Veiga Vázquez, DON Maximiliano , DON Melchor , DON Moises , DON Julián , DOÑA Salvadora y DOÑA Sara , representados por la Procuradora Doña Pilar González Morán y defendidos por el Letrado Don José Ramón Sierra Sánchez, y como recurrido la Acusación particular DOÑA Guadalupe representada por la Procuradora Doña Silvia Barreiro Teijeiro y defendida por el Letrado Don Rafael Arangüena Sande.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Chantada incoó D.P. núm. 416/2011 por delitos de falsedad en documento público y prevaricación contra **DON Marcelino , DON Marino , DOÑA Reyes , DON Maximiliano , DON Melchor , DON Moises , DON Julián , DOÑA Salvadora , DOÑA Sara , DOÑA Dolores y Juan Pedro** , y una vez concluso las remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo que con fecha 18 de julio de 2017 dictó Sentencia núm. 140, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<< Guadalupe tomó posesión el día cinco de diciembre mil siete como Secretaria Interventora del Concello de Palas de Rei. En tal momento el Alcalde era el acusado, Marcelino , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Su acceso a la secretaría de Palas tuvo lugar luego del fallecimiento en accidente del anterior titular.

El puesto de Secretario e Interventor venía siendo desempeñado por el administrativo del Concello, el acusado Moises , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Desde poco tiempo después de su incorporación al puesto empezaron a producirse una serie de situaciones de fricción entre la secretaria titular y un determinado grupo de funcionarios encabezados por Moises ; estos funcionarios que realizaban tales actuaciones tendentes a cuestionar la actuación de la secretaria eran fundamentalmente el acusado Marino y la acusada Reyes , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales.

Para tratar de limar la situación y obtener un comportamiento más adecuado se celebró en mayo de 2008 una comida a la que asistieron, el alcalde Marcelino , el teniente de alcalde, esto es el acusado Melchor , mayor de edad y sin antecedentes penales, Moises y Guadalupe ; en ella se trataba de que Moises , que había llevado la intervención con el anterior secretario, aceptara la situación de que había una interventora titular y que, por tanto, la contabilidad estaba bajo su responsabilidad.

Luego, en octubre, se celebró una nueva comida con todos los funcionarios y el alcalde Marcelino puso de manifiesto la situación de desafección de Moises , Marino y Reyes respecto de la secretaria y que había que ayudar a Guadalupe pues no era un "todo terreno" como el anterior secretario.

Guadalupe ponía la situación de desobediencia en conocimiento del alcalde Marcelino y este no hacía nada a tal respecto.

Así se continuó hasta que en fecha 10/2/2010 y luego de que Moises acudiera a su despacho y le dirigiera reproches sobre su actuación, Guadalupe entró en una situación de depresión que le obligó a coger una baja hasta el día 3/5/2011.

El día 5/5/2011 los funcionarios Marino , Reyes y Moises presentaron sendos escritos en los que señalaban, entre otras cosas, que no iban a cumplir las órdenes de la secretaria.

Sin embargo el alcalde Marcelino le indicó que era mejor que siguiera de vacaciones y la secretaria no se incorporó hasta el 4/2/2011 por indicación del alcalde ya que el día 3 había un Pleno de presupuestos.

Pese a que Guadalupe solicitaba a los funcionarios la entrega de la documentación de la que ella era como secretaria custodia, no conseguía que se la entregaran, e incluso y pese a que se lo decía el Alcalde, éste, Marcelino no hacía caso a su solicitud que resultaba imprescindible para el cumplimiento de su función.

Luego de la incorporación de la secretaria los funcionarios, sustancialmente, Moises , Marino y Reyes , realizaban una especie de inspección o fiscalización de la actuación de la Secretaria, todo ello con el apoyo de los Alcaldes Marcelino , primero y Melchor después. Además lo funcionarios señalados, también con el apoyo de los dos alcaldes, no atendían a los requerimientos que la secretaria les realizaba y así la forma de acceder a la documentación que estaba abierta y en vigencia y no a la del archivo, lo era a través de la solicitud para que, a través del alcalde se le entregara la documentación imprescindible para cumplir su labor de control jurídico y de desarrollo de la intervención conociendo la contabilidad.

Cuando, luego de las elecciones de 2011, Melchor pasó a ser Alcalde la situación fue la misma e, incluso, luego de tomar posesión uno de sus primeros Decretos, de la alcaldía, el n° 151/2011, acordó que la secretaria pasara a un despacho que no estaba comunicado directamente con la oficinas pasando a ocupar el despacho que antes era de la secretaria el funcionario Moises ; asimismo en otro Decreto, el n° 150/2011, se acordó que la funcionaria de apoyo que tenía la secretaria pasara a desempeñar sus funciones en la biblioteca que todavía no estaba en funcionamiento.

Luego de presentada la querrela que dio lugar a estas actuaciones y en la pretensión de que la Secretaria abandonara el Concello de Palas el Alcalde Melchor se dirigió a quien era Presidente del Colegio de secretarios



para conseguir que Guadalupe abandonara el Concello, señalando, incluso que si no se va le va a abrir un expediente.

El Alcalde Melchor en noviembre de 2011 dice directamente a Guadalupe que él no le va a consentir lo que le consentía el anterior Alcalde, que le va a bajar los dineros; que ella está generando un desprestigio y que menudos apellidos y herencia le deja a sus hijos.

La Secretaria, tanto con Marcelino como con Melchor, realizó múltiples reparos a las resoluciones de la alcaldía, referidas a subvenciones, contrataciones o nóminas, en este último caso porque no coincidían con la RPT y en otros porque no había disponibilidad presupuestaria, y tanto uno como otro alcalde no levantaban en forma tales reparos a pesar de la advertencia que le realizaba la secretaria quien incluso ponía tal anómala situación en la correspondiente orden de pago emitida por el Concello.

Desde los años noventa del siglo pasado venía siendo práctica habitual el nombramiento de Moises como secretario accidental en caso de ausencia de los secretarios y así se siguió haciendo pese a las manifestaciones en contra de la Secretaria Guadalupe que hacía saber a los Alcaldes Marcelino y Melchor, cierto que no por escrito, que entendía que tal funcionario no era la persona adecuada para desempeñar tal actividad.

A lo largo del periodo que Guadalupe desempeñó su función y de manera reiterada, Moises, Marino y en menor medida Reyes se referían a la secretaria como esa, la mona, la burra, esa idiota.

Así mismo se desarrolló una práctica que consistió en que el Alcalde acordaba que se realizaba una actuación administrativa para lo que era preciso un informe de la secretaria o de la intervención del Concello y no se le comunicaba nada a la secretaria para luego y ante la solicitud del funcionario para que se realizara tal informe pues era imprescindible, solicitárselo a la secretaria con un apremio de apenas un par de días, lo que dificultaba en gran medida, o incluso hacía imposible la emisión del informe por la Secretaria del Concello.

En el día de las elecciones locales del año 2011 se divulgaron por la localidad de Palas de Rei unos pasquines en los que se cuestionaba la actuación de la secretaria y de una funcionaria, sin que se hubiera llegado a justificar quienes fueron los autores de los mismos pero, en todo caso, quedaron restos de los mismos en la papelera del Concello. En el mismo día le cambiaron la cerradura del despacho de la secretaria, sin que se pueda individualizar tampoco quien realizó tal actividad.

Tanto con el alcalde Marcelino como en el alcalde Melchor, con ocasión de procesos electorales, y pese a que los requerimientos para designar representantes se realizaban a la Secretaria como delegada de la Junta electoral, los Alcaldes nombraron a tales representantes.

Asimismo a la Secretaria Guadalupe se le fueron abriendo mediante Decretos de la alcaldía expedientes de suspensión de sus funciones de manera reiterada, que luego fueron dejados sin efecto por resoluciones judiciales.

SEGUNDO.- Por el alcalde, Melchor, se convocó Pleno extraordinario, a celebrar el día 30/4/13 para acordar la sanción a imponer a la secretaria Guadalupe.

En tal sesión de Pleno extraordinario y cuya única finalidad era acordar la sanción de destitución de la secretaria, se dispuso por el grupo de gobierno, formado además de por el alcalde Melchor, por los concejales, Marcelino, Julián, Salvadora, Maximiliano y Sara, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, de forma intencionada y en su intención de deponer, de manera definitiva, a la Secretaria, el votar a favor del acuerdo de destitución de Guadalupe, a sabiendas de la ilegalidad de tal acuerdo ya que el Pleno no era en ningún caso el órgano competente para imponer la sanción de destitución de la Secretaria, de lo que fueron advertidos por el concejal Vicente.

TERCERO.- La trabajadora del Concello, Dolores, estaba encargada del Registro del Concello de Palas y en tal concepto, si bien registró manualmente los escritos del 5/5/2011 de los funcionarios Marino, Reyes y Moises no los registró en el medio informático en el que se constatan los documentos presentados.

Asimismo Dolores, realizó de manera reiterada certificados del padrón de habitantes como encabezados por la Secretaria del Concello y firmados por Dolores. Esta práctica, que respondía a la realidad de las personas empadronadas, la venía realizando con otros secretarios que desempeñaron sus funciones en el Concello de Palas.

Moises, desempeñaba su función de secretario en casos de ausencia de todos los secretarios que desempeñaron su función en el Concello de Palas y en los casos de que estos no estuvieran presentes realizaba las certificaciones, que obedecían, también, a la realidad de lo sucedido, aunque coincidieran con fechas en las que los secretarios estuvieran trabajando pero en días en que estaban ausentes.



El acusado Juan Pedro , que a la sazón era Director Xeral de Administración Local de la Xunta de Galicia, firmó el día 25/4/13 un informe dirigido al Concello de Palas, en respuesta a una solicitud de tal Concello al respecto de la forma de cumplir la sanción que el instructor del expediente había previsto para la Secretaria Guadalupe , esto es el cambio de residencia, señalando el Director Xeral que la sanción se debería de sustituir por destitución.>>

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

<<Que condenamos a los acusados que siguen a las siguientes penas:

POR EL DELITO DE PREVARICACIÓN:

A Melchor a la pena de nueve años de inhabilitación especial para poder ser concejal, alcalde o cualquier desempeño de elección en órganos de entidades locales.

A Marcelino , a la pena de ocho años de inhabilitación especial para poder ser concejal, alcalde o cualquier desempeño de elección en órganos de entidad local.

A Julián , Salvadora , Maximiliano Y Sara , a cada uno de ellos, a la pena de siete años de inhabilitación especial para poder ser concejal, alcalde o cualquier desempeño de elección en órganos de entidades locales.

POR EL DELITO DE ACOSO LABORAL:

A Melchor , a la pena de quince meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

A Marcelino , a la pena de quince meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

A Moises , a la pena de doce meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

A Marino , a la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

A Reyes , a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

ABSOLVIENDO a todos los acusados señalados de los demás delitos que les venían siendo imputados.

En concepto de responsabilidad civil los acusados deberán de indemnizar, de manera conjunta y solidaria, a Guadalupe en la cantidad de doce mil euros (12,000 €).

Asimismo los condenados deberán de abonar una onceava parte del importe de las costas procesales incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Que **ABSOLVEMOS** a los acusados Dolores Y Juan Pedro de los delitos que les venían siendo imputados, declarando de oficio las dos onceavas partes de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y firmamos.>>

TERCERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha 27 de juliol e 2017 dicta **Auto de Aclaración**, cuya **Parte dispositiva** es la siguiente:

<<La Sala acuerda: Que aclaramos la sentencia nº 140/17 de esta Sala en el sentido de precisar que lo que han de abonar, cada uno de los acusados condenados es una onceava parte del importe de las costas, incluidas las de la acusación particular declarándose de oficio las dos onceavas partes restantes.

Lo acordaron los limos. Sres. anotados al margen de lo que yo Secretaria certifico.>>

CUARTO.- Notificada a las partes la anterior resolución se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los acusados **DON Marcelino , DON Marino , DOÑA Reyes , DON Maximiliano , DON Melchor , DON Moises , DON Julián , DOÑA Salvadora y DOÑA Sara** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Marcelino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Referidos al delito de prevaricación.

Motivo primero.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del artículo 849.



Motivo segundo.- Se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia artículo 24.2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del número uno del artículo 849 LECrim., por indebida aplicación del Art. 404 del Código. Motivo cuarto.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a la vulneración del principio de intervención mínima implícito en el art. 24 de la Constitución.

Referidos al delito de acoso laboral.

Motivo quinto.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del artículo 849 de la LECrim.

Motivo sexto.- Se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia artículo 24.2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del número uno del artículo 849 LECrim., por indebida aplicación del Art. 173.1.2 del Código penal.

Motivo octavo.- Por infracción de ley, al amparo del número uno del artículo 849 LECrim., por indebida aplicación del Art. 11 del Código Penal en relación al 173.1.2 del Código Penal.

Motivo noveno.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a la vulneración del principio de intervención mínima implícito en el art. 24 de la CE.

El recurso de casación formulado por el acusado DON Marino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 173.1 del Código Penal y art. 11 en relación al mismo .

Motivo cuarto.- Por indebida aplicación del art. 116 del C. penal.

Por infracción de Ley al amparo del párrafo segundo del art. 849 de la LECrim.

Motivo quinto.- Por error en la apreciación de la prueba.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada DOÑA Reyes , sr basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 173.1 del Código Penal y art. 11 en relación al mismo .

Motivo cuarto.- Por indebida aplicación del art. 116 del C. penal.

Por infracción de Ley al amparo del párrafo segundo del art. 849 de la LECrim.

Motivo quinto.- Por error en la apreciación de la prueba.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Maximiliano se basó en loa siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.



Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 404 del Código Penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Melchor , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 404 del Código Penal.

Motivo cuarto.- Por indebida aplicación del art. 173.1 del C.preal y art. 11 del mismo texto.

Motivo quinto.- Por indebida aplicación del art. 116 del Código Penal.

Por infracción de Ley, al amparo del núm. 2 del art. 849 de la LECrim.

Motivo sexto.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Motivo séptimo.- Porque en la sentencia no se expresa clara y terminantemente determinados hechos que se consideran probados

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Moises , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 173.1 del C.penal y art. 11 del mismo texto.

Motivo cuarto.- Por indebida aplicación del art. 116 del Código Penal.

Por infracción de Ley, al amparo del núm. 2 del art. 849 de la LECrim.

Motivo quinto.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Julián , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 404 del Código Penal.



El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada DOÑA Salvadora se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 404 del Código Penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada DOÑA Sara se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim.

Motivo primero.- Por Vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española en cuanto proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Motivo segundo.- Por Vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por indebida aplicación del art. 404 del Código Penal.

QUINTO.- Es parte recurrida en el presente procedimiento la acusación particular DOÑA Guadalupe , que impugna el recurso por escrito de fecha 20 de noviembre de 2017.

SEXTO.- Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin vista e interesó la inadmisión de los motivos del mismo y subsidiariamente, los impugnó, solicitando su desestimación, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 24 de noviembre de 2017; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 31 de octubre de 2018 se señala el presente recurso para deliberación y Fallo para el día 21 de noviembre de 2018.

OCTAVO.- Esta Sala con fecha 21 de noviembre en el presente recurso dicta Auto de prórroga del término para dictar Sentencia prolongando el mismo por el plazo de un mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo condenó como autores de un delito de acoso laboral a Melchor , Marcelino , Moises , Marino y Reyes , y como autores de un delito de prevaricación a Melchor , Marcelino , Julián , Salvadora , Maximiliano y Sara , a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, absolviéndoles de los demás delitos por los que fueron acusados por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- Los hechos enjuiciados se refieren a la incorporación de la secretaria de la corporación municipal de Concello de Palas de Rei, en la provincia de Lugo, que tomó posesión el día 5 de diciembre de 2007, teniendo dos alcaldes sucesivos, Marcelino y Melchor . Desde poco tiempo después de su incorporación, surgieron situaciones de fricción entre la secretaria titular y un determinado grupo de funcionarios: los acusados Moises , Marino y Reyes , con las vicisitudes que analizaremos más adelante, y que dieron lugar a la condena en la instancia, todos ellos, como autores de un delito de acoso laboral. Por otro lado, como consecuencia del supuesto comportamiento de Guadalupe , en su desempeño profesional, lo que aquí no se va enjuiciar, se le abrió un expediente disciplinario, que dio como resultado que el pleno de la corporación municipal acordara, a propuesta del instructor, la sanción de destitución de la Secretaria de la Corporación.

TERCERO.- Comenzaremos por el análisis del delito de acoso laboral. Se han formalizado por todos los recurrentes, un motivo por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, al amparo de lo autorizado



en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y diversos reproches por infracción de ley, al considerar que los hechos probados no pueden subsumirse en el delito definido en el art. 173.1, párrafo 2º, del Código Penal.

Desde el primer aspecto impugnativo, denuncian los recurrentes la falta de prueba de los hechos que consigna la Sala sentenciadora de instancia en su resultancia fáctica; además se quejan que no se ha llevado a efecto, ninguna valoración de lo acontecido en el plenario en la sentencia recurrida. Así, pues, se habrían infringido los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

En el tercero de los fundamentos jurídicos, el Tribunal sentenciador se refiere a lo que denomina "delito de acoso en el trabajo o mobbing", previsto en el art. 173.1 del Código Penal. Sin embargo, a pesar de que expresa sancionar los hechos consignados en su resultancia fáctica como acoso laboral o "mobbing", y así lo lleva a su parte dispositiva, no realiza análisis alguno sobre tal delito incorporado a nuestro texto punitivo mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que añadió al art. 173.1 los párrafos 2º y 3º, siendo así que en el segundo párrafo es donde se aloja el acoso laboral propiamente dicho (el tercero, es el acoso inmobiliario). El párrafo primero queda reservado, a partir de dicha ley, para definir el delito contra la integridad moral, que se basa en infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. La Audiencia no señala, en concreto, a qué tipo penal se refiere, pero sí lo denomina con la expresión "acoso laboral o mobbing", lo que no es lo mismo que el delito contra la integridad moral, del párrafo primero que, lógicamente, requiere, como es doctrina reiterada de esta Sala, el hecho de causar a la víctima un sentimiento de terror, angustia o un envilecimiento grave de humillación física, aspecto este, desde luego, inexistente en la narración fáctica de la sentencia recurrida.

Volveremos después sobre la cuestión jurídica; desde el plano de la *quaestio facti*, los hechos probados, una vez hace constar que Guadalupe, la secretaria municipal, tomó posesión el día 5 de diciembre de 2007, y tras la situación de fricción laboral con los acusados Moises, Marino y Reyes, se celebró en mayo de 2008, una comida para solventar esa situación que había sido ocasionada entre Moises y Guadalupe sobre las funciones de intervención municipal. Esa comida se celebró en el mes de mayo, a instancias del alcalde Marcelino, y a la que acudió también Melchor, entonces teniente de alcalde, y tras las elecciones locales siguientes, alcalde del Concello. En el mes de octubre, se vuelve a convocar un almuerzo con objeto de ayudar a la Sra. Guadalupe, pues tal funcionaria no era un "todo terreno" -se expresa así en la sentencia recurrida- como el anterior secretario municipal. Tras ello, se expone que Guadalupe puso en conocimiento del alcalde Marcelino la situación, y este no hizo nada al respecto, lo que continuó hasta el 10 de febrero de 2010, es decir, dos años después, concretamente desde el año 2008 al 2010, sin que exista narración alguna al respecto de los hechos que pudieran haber acontecido en esa franja temporal, lo que originó, tras reprocharle al alcalde el 10 de febrero de 2010, su actuación, se dice que Guadalupe entró "en una situación de depresión que le obligó a coger una baja hasta el día 3/5/2011". Es decir, se describe una situación de más de un año, que únicamente está precedida de dos comidas para tratar de superar una situación de fricción laboral, en palabras de la sentencia recurrida. Tras la incorporación de Guadalupe, aproximadamente un año después de tomar la baja, y concretamente el día 4 de mayo de 2011, los funcionarios citados registran sendos escritos en los que expresan al alcalde que no cumplirían las órdenes de la secretaria al no considerar que ostentara al jefatura de personal, ante lo que la secretaria pidió explicaciones al alcalde y le dijo que eso debería dar lugar "casi" a la apertura de un expediente disciplinario. Nada más se narra al respecto, aunque es meridianamente claro que la secretaria municipal, después del alcalde, es la jefe de personal de los funcionarios citados. A partir de ahí, se describe un problema con la documentación, de modo que se solicitan los documentos por medio de los dos alcaldes, sucesivos, Marcelino y Melchor, con lo que se consigue la entrega de la documentación imprescindible para cumplir con la labor de control jurídico y de desarrollo de la intervención contable. Tras Melchor de alcalde, se acordó el traslado de la secretaria a otro despacho, no comunicado directamente con las oficinas, pasando a ocupar el despacho de la secretaria, el funcionario Moises. A partir de ahí, se interpone la querrela por estos hechos. Los hechos probados narran que la secretaria, se dice en la resultancia fáctica, realizó múltiples reparos a las resoluciones de la alcaldía en materia de disponibilidad presupuestaria.

De la lectura posterior, no se deduce más que lo que era práctica habitual en el Ayuntamiento, esto es, nombrar a Moises secretario accidental en el caso de ausencia de los secretarios, costumbre que se llevaba a efecto desde los años 1990, y así se vino haciendo posteriormente, a pesar de las advertencias de la secretaria municipal de que "tal funcionario no era la persona adecuada para desempeñar tal actividad".

Tras ello, el *factum* de la sentencia recurrida señala que cuando era necesario para la tramitación de algún expediente, el informe jurídico de la secretaria, se le solicitaba "con el apremio de un par de días, lo que dificultaba en gran medida, o incluso hacía imposible la emisión del informe por la Secretaria del Concello".

La Audiencia no puede llegar a dar por probado que los pasquines que circularon el día de las elecciones locales del año 2011, cuestionando la actuación de la secretaria, hubieran sido autoría de los acusados, ni



tampoco que hubieran cambiado la cerradura del despacho de la secretaria. Luego esos hechos no pueden integrarse para la calificación jurídica del *factum* enjuiciado.

A continuación se consignan hechos sin ninguna trascendencia, como es la designación de representantes municipales para la Junta Electoral, con motivo de procesos electorales, o expedientes disciplinarios, con el resultado de los controles jurisdiccionales propios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tampoco este aspecto es valorable, pues es evidente que no se trata de humillación alguna para la secretaria municipal, y suponen el ejercicio de un derecho o el control de la tutela judicial efectiva.

Y también se exponen algunos episodios fácticos que no cuentan con sustento probatorio alguno, como son las expresiones de "esa, la mona, la burra, esa idiota", referida a la secretaria municipal por parte de Moises, Marino y Reyes (en menor medida), sin que exista prueba alguna, fuera de la declaración de la denunciante, lo que se reconoce por los jueces "a quibus", cuando se refieren a ese modo de constatación, y sin que existan otros elementos probatorios. Debemos estimar el motivo por vulneración de la presunción de inocencia en este apartado fáctico, pues la Sala sentenciadora de instancia no cuenta con otro respaldo probatorio que la simple declaración de la denunciante, insuficiente desde luego, al no existir un mínimo dato de corroboración externa a dicha imputación, y sin que se haya basado en más datos de donde deducir la certeza de lo que se da por probado en la sentencia recurrida, sin mayor fundamento.

Tampoco podemos considerar probado un pasaje de los hechos probados, poco inteligible, y del que no se da cuenta en la fundamentación jurídica acerca de su acreditación probatoria, relativo a una conversación del alcalde Melchor a Guadalupe en donde le dice que "le va a bajar los dineros" (suponemos que quiere expresarse que le va a bajar el sueldo o emolumentos), y alude a un desprestigio en los "apellidos y herencia le deja a sus hijos", que tampoco cuenta con ninguna explicación más en la resolución judicial recurrida.

Es decir, los hechos de donde deduce el Tribunal sentenciador el delito de acoso laboral, se sustenta en los problemas relativos a la entrega de la documentación para la tramitación de asuntos, el cambio de despacho, del que dicen los jueces "a quibus" que es un hecho que "por sí solo no tendría trascendencia", los retrasos en dictar informes jurídicos por parte de la Secretaria municipal, lo que se justifica por la Audiencia en el hecho de que la providencia de la alcaldía no fue recibida por Guadalupe sino un mes más tarde, instándole a que informara, y los escritos de los funcionarios dirigidos al alcalde, sobre la desatención de las órdenes de la Secretaria "por considerar que no tiene competencia de jefatura de personal". Esos escritos, no contienen expresiones que supongan, como dice la Audiencia, una clara situación de hostigamiento y humillación, pues no puede identificarse desobediencia con acoso laboral. Ni siquiera consta que incoara por ella o se solicitara por escrito al alcalde un expediente disciplinario, si tal comportamiento era acreedor de una sanción de esa naturaleza, pero, desde luego, en esta vía penal no podemos afirmar que produzca "hostigamiento, y humillación". El Tribunal sentenciador se refiere en otros pasajes a esa falta de imputación por escrito de aquellos supuestos en donde debió reflejarlo así, y no lo hizo, como los certificados que expedía Moises en ausencia de la Secretaria, o su sustitución en supuestos reglados, hechos de los que la Audiencia dice que tenía conocimiento la Secretaria y que *"dejó pasar esa actividad sin haber formulado por escrito ningún tipo de reproche o solicitud de cese de tales prácticas que además y algunos casos, vienen explicadas por hechos puntuales como así resulta de lo sucedido con los certificados del día 15 de junio según explicación ofrecida por Mónica, esto es que Guadalupe se había ido de vacaciones ese día y las certificaciones que no eran urgentes quedaron sin firmar y las firmó Moises al constatarse que no lo estaban en los expedientes de las subvenciones"*.

La Audiencia no relata más situaciones de acoso laboral. Sin embargo, parece que deba ponerse como elemento de convicción a tal respecto, la cita de una serie de hitos procedimentales (en la página 11 de la sentencia recurrida, dentro del fundamento jurídico tercero), en donde se reseñan actuaciones iniciadoras de un expediente disciplinario a Guadalupe. Desde luego que esta tramitación no puede ser considerada acoso laboral, como es evidente.

De todo ello, no puede ni darse por probado ni desprenderse jurídicamente una actividad reiterada por parte de los cinco acusados que satisfaga el tipo objetivo del delito por el que han sido condenados en la instancia, pongan en cuestión la actuación de la Secretaria, ni siquiera pueden afirmarse insultos o vejaciones, pues carecen de prueba, ni actos que entrañen una extrema dificultad de su trabajo, pues lo relatado en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, no puede decirse que constituya esa "situación de hostigamiento y humillación" que señalan los jueces "a quibus" sino, a lo sumo, una situación de fricción laboral, que no puede dar lugar a la comisión delictiva que se sanciona en la instancia.

Por lo demás, la sentencia recurrida no analiza, como ya lo hemos puesto de manifiesto más arriba, los elementos correspondientes al delito de acoso laboral que sanciona. Se refiere la resolución judicial recurrida constantemente, a pesar del nombre que le dispensa, esto es, mobbing o acoso laboral, al delito contra la integridad moral, delito que por supuesto no concurre en el caso de autos, pues requiere una situación



humillación y terror que está ausente en el *factum*. La Audiencia, a pesar de ello, cita continuamente el trato degradante constitutivo de un delito contra la integridad moral, lo que no puede sostenerse, como decimos, a la luz de los hechos probados.

En suma, no existe duda de que se sanciona específicamente por delito de acoso laboral, y así lo dicen los jueces "a quibus" en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, y es más, tras exponer lo que denominan, con razón, como el "cúmulo" de los delitos objeto de acusación, a todas luces desproporcionado, al imputar a los acusados los delitos de falsedad en documento oficial, falsificación de certificados, infidelidad en la custodia de documentos, fraude en la obtención de subvenciones, coacciones, mobbing, injurias, prevaricación, malversación, posesión de cargo público sin requisitos y aceptación, amenazas, trato degradante y usurpación de funciones públicas, siendo así que, como resume la Audiencia, que "sólo hayamos de tener por susceptibles de condena los dos delitos que hemos señalado, prevaricación y mobbing o acoso laboral".

Siendo ello así, vamos ahora a estudiar el tipo penal de acoso laboral, introducido tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor el día 23 de diciembre de 2010.

Dice el precepto, alojado en el párrafo segundo del art. 173.1 del Código Penal, que con "la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima".

En efecto, el delito de acoso laboral, también denominado "mobbing", aparece específicamente tipificado en el art. 173,1 del Código Penal tras la reforma llevada a cabo en el mismo por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, y ha de ser entendido como hostigamiento psicológico en el marco de cualquier relación laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Supone, por tanto, un trato hostil o vejatorio al que es sometida una persona en el ámbito laboral de forma sistemática.

Requiere este tipo penal que la conducta constituya un trato degradante, pues se constituye como una modalidad específica de atentado contra la integridad moral, siendo característica de su realización el carácter sistemático y prolongado en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia el trabajador por quien ocupa una posición de superioridad de la que abusa.

También podemos señalar que se trata de generar en la víctima un estado de desasosiego mediante el hostigamiento psicológico que *humilla* a la misma constituyendo una ofensa a la dignidad.

Como elementos del delito de acoso laboral podemos señalar, los siguientes:

a) realizar contra otro actos hostiles o humillantes, sin llegar a constituir trato degradante; b) que tales actos sean realizados de forma reiterada; c) que se ejecuten en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial; d) que el sujeto activo se prevalga de su relación de superioridad; e) que tales actos tengan la caracterización de graves.

Como hemos analizado anteriormente, los hechos que se contienen en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, no podemos considerarlos como trato degradante, que es el único aspecto analizado por los jueces "a quibus", pues no se puede afirmar que se haya menoscabado gravemente su integridad moral. En cuanto deben conceptuarse como actos de hostigamiento que producen terror o angustia suma en la víctima, no se cumplen en el caso enjuiciado, pues desde luego que no pueden quedar reducidos ni a un cambio de despacho, o la entrega de la documentación a través del alcalde de la corporación municipal, ni a los escritos que pudieran dirigir los funcionarios anteriormente citados al alcalde.

Si de lo que se trata es de la condena por un delito de acoso laboral, como lo afirma rotundamente la Sentencia recurrida, el Tribunal sentenciador no analiza los elementos de tal tipo delictivo, y ni siquiera se plantea el requisito de que el sujeto activo se ha de prevalecer de su relación de superioridad con la víctima. Y es que en este caso, Moises , Marino y Reyes , no son superiores jerárquicos de la supuestamente acosada laboralmente, sino precisamente inferiores, lo que determina la atipicidad de la conducta respecto de ellos, salvo que actuaran en cooperación necesaria con los autores propios, que lo serían los acusados Marcelino y Melchor , alcaldes sucesivos de la corporación. Pero ni los hechos probados narra tal connivencia en modo alguno, ni puede decirse que ellos tratan de hostigar o humillar a Guadalupe , pues es más, sucede todo lo contrario, puesto que tanto uno como otro acuden a comidas en las cuales, partiendo de ellos, precisamente de lo que se trata es pacificar una situación tensa, laboralmente hablando, entre los funcionarios citados y la secretaria de la corporación municipal. La resultancia fáctica se refiere a dos comidas celebradas con esa finalidad; luego difícilmente puede predicarse de los citados acusados un ánimo de acoso laboral, sino todo lo contrario. Y fuera de ello, tampoco se describen actos de tales superiores que puedan constituir el tipo objetivo del imputado delito de acoso laboral.



El delito de acoso laboral exige la realización de actos graves, hostiles o humillantes, realizados en el contexto de una relación laboral o funcional, de forma reiterada, ejecutados por quien tenga una relación de superioridad, y se prevalega de esa condición para su perpetración, lo cual tiene que estar suficientemente acreditado y descrito en la resultancia fáctica de la Sentencia condenatoria. En el caso, los hechos reflejados no desvelan más que una situación de tensión, que se produce con tres funcionarios, inferiores de la denunciante, y a la que tratan de contribuir mediante un acercamiento amistoso, precisamente los dos alcaldes citados, celebrando comidas de hermandad, lo que no se consigue, siendo tales actos, descritos en la sentencia recurrida insuficientes para conculcar el tipo objetivo. En efecto, no se puede deducir más que una situación laboral tensa, de la que todos los implicados son responsables.

Y es que, además, la sentencia recurrida no analiza el requisito de autoría determinado por el prevalimiento de la situación de superioridad jerárquica que requiere el tipo penal, y que desde luego no concurre en los tres funcionarios municipales condenados en la instancia.

Por las razones expuestas, procede la estimación de los motivos por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, tutela judicial efectiva, e infracción de ley, formalizados por los acusados Marcelino , Melchor , Moises , Marino y Reyes , y dictar segunda sentencia, absolviendo a tales acusados del imputado delito de acoso laboral.

CUARTO. - El segundo delito condenado en la instancia, ha sido el de prevaricación. Se fundamenta en los siguientes hechos probados: Por el alcalde, Melchor , se convocó Pleno extraordinario, a celebrar el día 30/4/13 para acordar la sanción a imponer a la secretaria Guadalupe .

"En tal sesión de Pleno extraordinario y cuya única finalidad era acordar la sanción de destitución de la secretaria, se dispuso por el grupo de gobierno, formado además de por el alcalde Melchor , por los concejales, Marcelino , Julián , Salvadora , Maximiliano y Sara , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, de forma intencionada y en su intención de deponer, de manera definitiva, a la Secretaria, el votar a favor del acuerdo de destitución de Guadalupe , a sabiendas de la ilegalidad de tal acuerdo ya que el Pleno no era en ningún caso el órgano competente para imponer la sanción de destitución de la Secretaria, de lo que fueron advertidos por el concejal Vicente ".

El delito de prevaricación se fundamenta en consecuencia en la votación a favor de resolver el expediente disciplinario abierto a la secretaria municipal con la sanción de destitución, que constituye el tipo objetivo, y a sabiendas, esto es, de forma intencionada, de la ilegalidad de tal acuerdo, ya que el pleno municipal no era el órgano competente para imponer tal sanción (elemento intencional).

Los recurrentes, por vía de infracción de ley y de vulneración de la presunción de inocencia, insisten ante esta Sala Casacional que no se cumple el tipo subjetivo. Alegan que no fueron advertidos en ningún caso de la ilegalidad de tal acuerdo por el secretario municipal, y que el órgano que tutela a la administración local, como es la dirección general correspondiente de la comunidad autónoma, precisamente había dictaminado lo contrario, esto es, la legalidad de tal acuerdo.

Nos centraremos en el análisis del tipo subjetivo, que requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión "a sabiendas" impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria.

El Código Penal ha querido restringir el ámbito del delito de prevaricación con objeto de deslindar mejor los ámbitos de control de la actuación de la administración pública, para que no sean más que los actos más reprochables, es decir, los actos arbitrarios, los que sean enjuiciados por la jurisdicción penal, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el control ordinario de la actuación de la Administración.

Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. Como acertadamente se ha dicho, la relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas.

Desde el plano subjetivo, se requiere que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta. La STS 797/2015, de 24 de noviembre, señala que el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", por lo que se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS 443/2008, de 1 de julio).



En el caso enjuiciado, la Audiencia basa tal elemento subjetivo, es decir, la caracterización de estar obrando a sabiendas, tanto el alcalde como los concejales condenados, en que, en trámite de pleno, el concejal Vicente había manifestado que al tratarse de una funcionaria con habilitación nacional, tal sanción, según le habían informado los servicios jurídicos de su partido, no era competencia del pleno municipal.

Pero no toma en consideración el dato de que no hubo informe jurídico municipal en sentido contrario, y es más, la corporación contaba con el informe del Director General de la Administración Local, que avalaba el acuerdo que la Audiencia ha considerado prevaricador, en su aspecto subjetivo.

En efecto, el alcalde Melchor se dirigió a tal Dirección General, con fecha 25 de abril de 2013, solicitando a tal órgano consultivo de la Administración Local, perteneciente a la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, aclaración acerca de la propuesta del instructor del expediente disciplinario abierto a Guadalupe de imponer sanción de "traslado con cambio de residencia", al tratarse de un funcionario con habilitación de carácter nacional, lo que al alcalde le suscitaban dudas, rogándole que a la mayor brevedad emitiera tal informe al respecto con el fin de poder resolver el expediente disciplinario referido.

El Director General firma el informe referido el día 26 de abril de 2013, y tras el estudio jurídico de la cuestión, en cinco hojas, llega a la conclusión de que para tal centro directivo, "la sanción disciplinaria a un funcionario con habilitación de carácter estatal de traslado con cambio de domicilio debe entenderse que esta puede ser sustituida por la de destitución de cargo".

En el pleno de la corporación municipal, celebrado el día 30 de abril de 2013, y tras analizarse los cargos propuestos por el instructor, por grave y efectiva perturbación del servicio, e incumplimiento de sus obligaciones legales, que por supuesto no son objeto de valoración en esta instancia casacional, acuerda imponer a Guadalupe, funcionaria municipal con habilitación nacional, la sanción de destitución del cargo como Secretaria-Interventora del Concello de Palas de Rei, con prohibición de obtener un nuevo destino durante un año. Igualmente se declara la prescripción de otras infracciones disciplinarias, y la inexistencia de hechos objeto de infracción en otros hechos investigados.

La Audiencia se plantea también esta cuestión, relativa al elemento subjetivo del delito.

En efecto, dice la Sala sentenciadora de instancia que el secretario presente debió advertir de la ilegalidad, y no lo hizo, y que el Director General, al contestar al Concello, debió igualmente advertir al Pleno que no era competente para imponer la sanción de destitución, y no precisamente sugerirla, añadimos nosotros.

Sin embargo, los jueces "a quibus" señalan al respecto que esos datos no impiden la responsabilidad penal de los acusados, sin que ello quede suficientemente explicado.

Se desconoce así nuestra doctrina jurisprudencial, en tanto que hemos declarado que la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución, estimando que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

En consecuencia, procede estimar los motivos por infracción de la presunción de inocencia, y correlativos de infracción de ley, dando como no probada la concurrencia de tal intencionalidad, por las dudas razonables que hemos señalado, y los datos expuestos de ausencia de informe municipal jurídico de advertencia de ilegalidad, corroborado por el informe del Director General de la Administración Local de la Xunta de Galicia, que no solamente despejaba cualquier duda de ilegalidad, sino que sugería la posibilidad de sustituir la sanción de traslado por la destitución.

QUINTO. - Al proceder la estimación de los recursos de casación, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- ESTIMAR el el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por **DON Marcelino , DON Marino , DOÑA Reyes , DON Maximiliano , DON Melchor , DON Moises , DON Julián , DOÑA Salvadora y DOÑA Sara** , contra Sentencia núm. 140, de fecha 18 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo.

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.



3º.- En consecuencia, CASAR y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2486/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Antonio del Moral Garcia

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 21 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por **DON Marcelino , DON Marino , DOÑA Reyes , DON Maximiliano , DON Melchor , DON Moises , DON Julián , DOÑA Salvadora y DOÑA Sara** , contra Sentencia núm. 140, de fecha 18 de julio de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo. La referida resolución fue recurrida en casación por los citados acusados, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, al estimarse dichos recursos, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados anotados al margen y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, a excepción de las expresiones que se dice proferidas por Moises , Marino y Reyes , en el párrafo que comienza "A lo largo del periodo..." y termina "la burra, esa idiota", alojadas en el primero de los ordinales de los hechos probados de la sentencia recurrida, junto al párrafo que comienza "El Alcalde Melchor en noviembre de 2011..." y termina: "menudos apellidos y herencia le deja a sus hijos". Y respecto del segundo, el inciso que dice: "a sabiendas de la ilegalidad de tal acuerdo ya que el Pleno no era en ningún caso el órgano competente para imponer la sanción de destitución de la Secretaria, de lo que fueron advertidos por el concejal Vicente ", sustituyéndose por "sin que conste que conocieran la ilegalidad de tal acuerdo".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos absolver y absolvemos a Melchor , Marcelino , Moises , Marino , Reyes , Julián , Salvadora , Maximiliano y Sara , de los delitos por los que fueron acusados en la instancia, manteniéndose los demás pronunciamientos absolutorios de la instancia, y declarándose las costas procesales de oficio.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que absolver y absolvemos a Melchor , Marcelino , Moises , Marino , Reyes , Julián , Salvadora , Maximiliano y Sara , de los delitos por los que fueron acusados en la instancia, manteniéndose los demás pronunciamientos absolutorios de la instancia, y declarándose las costas procesales de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ