

Id Cendoj: 28079120001997101388
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 0
 Nº de Recurso: 2701 / 1996
 Nº de Resolución: 1072/1997
 Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN
 Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

* Delito electoral.- Art. 142 L.O. 5/1985 de Régimen Electoral General.- Doble voto.- Votación por correo y personal.- Error vencible de prohibición.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de Casación por INFRACCION DE LEY , que ante Nos pende, interpuesto por Franco , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla por DELITO ELECTORAL, los componentes de la Sala Segunda que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo prevenido por la Ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por el Procurador Sr. Jimeno García.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Ecija, instruyó procedimiento abreviado 36/95 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sec.7ª), que con fecha 7 de junio de 1.996 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Primero.- El acusado Franco , ya circunstanciado, vecino de Ecija, solicitó de la Oficina del Censo Electoral ejercer por correo su derecho al voto en las Elecciones Locales del día 28 de mayo de 1.995.

Segundo.- Dicho organismo le remitió certificación de hallarse inscrito en el Censo Electoral y las papeletas y sobres correspondientes. Votó entonces por correo el acusado; y llegó la documentación que para ello remitió a su mesa electoral (Mesa B, sección 3, distrito censal 3 de Ecija) antes de las veinte horas del día de las elecciones, que tuvieron lugar como antes se dijo el 28 de mayo de 1.995.

Tercero.- En la lista del censo electoral a disposición de los miembros de la Mesa Electoral en cuestión, en la segunda columna figuraba una "C" junto al nombre y apellidos del acusado y de alguna otra persona, lo que indicaba que la oficina del Censo Electoral había enviado la documentación necesaria para que pudiera votar por correo, tal como había solicitado.

Cuarto.- A hora no determinada del 28-5-95 el acusado votó personalmente en dicha mesa, sin que se le pusiera impedimento alguno. Franco obró de esa manera porque no tenía la seguridad de que hubiera llegado a la Mesa o de que llegara después su voto por correo, pensando también de que si ello no obstante ocurría, sería anulado ese otro voto suyo por correo sin otras consecuencias. No consultó Franco con los miembros de la Mesa si podía así votar después de haberlo hecho por correo.

Quinto.- Cuando posteriormente fueron introducidos en la urna los votos por correo, se advirtió que uno era del acusado y que éste había votado con anterioridad personalmente, resolviendo la Mesa no admitir dicho voto por correo.

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

FALLAMOS: Condenamos al acusado Franco como autor de un delito electoral ya definido, concurriendo en sus actos un error de prohibición vencible, a dos penas de multa de cien mil pesetas cada una y a otra pena de multa de treinta mil pesetas, sufriendo de no ser abonadas doce días de arresto sustitutorio. Imponemos también al acusado el pago de las costas. Aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas que contiene el auto de insolvencia, que dictó y consulta el Sr. Juez de Instrucción. Cúmplase lo acordado en el anterior fundamento octavo, remitiéndose testimonio de particulares al Juzgado Decano de Ecija. Contra esta sentencia cabe recurso de casación que puede prepararse ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación mediante escrito suscrito por abogado y procurador.

3.- Notificada la Sentencia a las partes se interpuso recurso de Casación por INFRACCION DE LEY , que se tuvo por 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.

4.- La representación de Franco basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley fundado en el número 1 del art. 849 de la L.E.Criminal y por aplicación indebida del párrafo segundo del art. 6 bis a) del Código Penal (error de prohibición vencible) y consecuente aplicación del artículo 66 del mismo Código Penal derogado y no aplicación del primer párrafo del artículo 6 bis a) en conexión con los arts. 73 y 88 de la L.Orgánica 5/1985 sobre el Régimen Electoral General.

SEGUNDO.- Por infracción de ley fundado igualmente en el artículo 849.1º de la L.E.Criminal, por inaplicación de la doctrina mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y por inaplicación del art. 142 de la Ley Orgánica 5/85.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 9 de julio de 1.997.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito electoral (art. 142 de la L.O. 5/1985, de 19 de Junio, Votar dos veces en una misma elección) con la concurrencia de un error vencible de prohibición, a diversas penas de multa. Frente a la condena impuesta se formula el presente recurso, articulado sobre la base de dos motivos por infracción de ley.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso interpuesto, al amparo de lo dispuesto en el número 1º del art. 849 de la L.E.Criminal, alega la infracción por indebida aplicación del párrafo segundo del art. 6 bis a) del Código Penal 73 y consecuente infracción por falta de aplicación del párrafo primero del mismo precepto legal error de prohibición invencible.

El recurrente, que ya había votado por correo y, en consecuencia, tenía prohibido volver a votar personalmente, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de Junio del Régimen Electoral General, se presentó en la Mesa de su Distrito Electoral, el día señalado para las Elecciones Locales de 1995 y sin advertir a los integrantes de la Mesa de que ya había votado por correo ni efectuar consulta alguna, volvió a emitir su voto en forma personal. La Sala sentenciadora calificó dicha conducta como un delito tipificado en el art. 142 de la Ley 5/1985, con la concurrencia de error vencible de prohibición, pues se estima que el recurrente "obró de esa manera porque no tenía la seguridad de que hubiera llegado a la Mesa o de que llegara después su voto por correo, pensando también que si ello ocurría, sería anulado ese otro voto por correo suyo. No consultó Franco con los miembros de la Mesa si podía votar así después de haberlo hecho por correo".

Alega el recurrente que el error era invencible pues de conformidad con la mecánica de la votación, no podían los miembros de la Mesa informar al acusado si había llegado o no su voto por correo. Con independencia de que ello fuese así (que en la práctica no lo es: no había más que comprobar el reverso de los sobres de voto por correo recibidos, en uno de los cuales constaba en el remite el nombre y dirección del acusado, folio 13 de las actuaciones) , lo relevante en este caso y a los efectos del carácter vencible o invencible del error de prohibición, es que el recurrente no consultó a la mesa sobre el dato esencial de si podía legalmente volver a votar personalmente habiéndolo efectuado ya por correo. La prohibición legal

existe (art. 73.1 L.O. 5/1985) y si el recurrente alega que la desconocía o bien creía que alguna circunstancia especial le autorizaba a soslayarla, acierta la Audiencia al señalar que dicho error era vencible pues el recurrente tenía a su disposición a los miembros de la Mesa Electoral para exponerles su situación, y ser informado debidamente en lugar de ocultar ladinamente que ya había votado por correo.

En definitiva el carácter evitable del error viene determinado porque tanto el acusado como cualquier persona que se encontrase en su misma situación concreta, podía haber realizado -antes de actuar típicamente- las comprobaciones necesarias que habrían esclarecido el carácter contrario a Derecho de su acción. Desde un punto de vista estrictamente subjetivo, el acusado, hallándose en condiciones de conocer -al menos potencialmente- el carácter antijurídico de su conducta no lo hizo así por causas que directa y personalmente le son achacables (desidia o indiferencia por las consecuencias de su acción o incluso deseo malicioso de que, si colaba, su voto se computase doblemente).

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso, también al amparo del nº 1º del art. 849 de la L.E.Criminal, denuncia la infracción por indebida aplicación del art. 142 de la L.O. 5/85 de 19 de Junio, por estimar que en la conducta sancionada no concurría un dolo específico como elemento de la culpabilidad y requisito de la responsabilidad penal. Señala el recurrente que, según la doctrina de esta Sala, para la existencia de dolo, como elemento de la culpabilidad y requisito de la responsabilidad penal ha de darse el llamado *facto intelectual* y también el *volitivo*, estimando que en el caso actual no concurre ninguno de los dos.

El sufragio universal, libre, igual, directo y secreto es uno de los elementos esenciales de un sistema democrático. Como señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1992, de 2 de Noviembre, el pleno reconocimiento del derecho de voto exige articular mecanismos que permitan que los electores que no puedan depositarlo personalmente en la mesa electoral lo hagan mediante su remisión por correo, pero ha de señalarse que también es preciso establecer garantías para evitar que este sistema supletorio -que representa un portillo excepcional frente al principio general de emisión de voto personalmente ante la Mesa - pueda ser origen de fraudes, lamentablemente frecuentes. Una de dichas garantías es la prohibición (art. 73.1 L.O. 5/85) de que quien ha votado ya por correo pueda volver a hacerlo personalmente, para evitar que su voto pueda ser doblemente contabilizado.

El acusado incurrió en la conducta descrita en el tipo pues votó personalmente, después de haberlo efectuado por correo, es decir votó doblemente en una misma elección. Concorre, obviamente, el factor intelectual del dolo, pues conocía que ya había votado por correo cuando lo hizo personalmente, con independencia de la problemática del error vencible de prohibición, ya analizado en el motivo anterior. Alega el recurrente, sin embargo, que no concurre el factor volitivo pues el acusado no tenía intención de votar doblemente (o, de forma más precisa, cabría decir, de que se contabilizase doblemente su voto), pues pensaba que su voto por correo sería anulado, después de haber votado personalmente. Ahora bien lo cierto es que el recurrente ocultó en el momento de votar personalmente, que lo había hecho por correo, no facilitando a la mesa advertencia alguna que le previniese de dicha circunstancia, lo que pone de manifiesto que, en su afán de asegurar la efectividad de su voto (por correo y personalmente) lo emitió doblemente, previendo y aceptando la posibilidad de que fuese doblemente contabilizado. En el cómputo de los votos por correo (art. 88 L.O. 5/85) la Mesa debe comprobar determinados datos entre los cuales no se encuentra que el votante haya emitido su voto personalmente, -lo que en la previsión legal, no debe ni puede ocurrir-, por lo que si el votante logra burlar a la Mesa y emitir su voto personalmente, pese a la anotación prevista en el párrafo 1º del art. 73, emite un doble voto y crea deliberadamente la posibilidad de que su voto sea doblemente computado.

La limpieza del proceso electoral constituye una garantía esencial en un Estado de Derecho, lo que legitima la sanción penal de quienes lo defraudan. El reproche de la conducta enjuiciada -ya benévolamente calificada por la Sala sentenciadora que admitió un error vencible de prohibición- se encuentra en la doble emisión del voto, de una parte, y la omisión de toda advertencia a la mesa, de otra, dejando al albur o a la sagacidad de los miembros de la Mesa electoral la posibilidad de evitar una doble contabilización.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado y con él, la totalidad del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de Casación por INFRACCION DE LEY interpuesto por Franco , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla que le

condenó como autor de un delito electoral, imponiéndose a dicho recurrente las costas de este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución al recurrente, Ministerio Fiscal y Audiencia Provincial arriba indicada, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Todo ello, sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecución de la sentencia, se lleve a efecto la revisión de la misma si ello se estima oportuno.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Cándido Conde- Pumpido Tourón , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.