

Id Cendoj: 28079120012006101205  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 635/2006  
Nº de Resolución: 1188/2006  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

\* Delito electoral.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra Sentencia 45/2006, de 18 de enero de 2006 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 99/2005 dimanante de las Diligencia Previa núm. 2540/2004 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Hospitalet de Llobregat, seguidas por delito electoral contra Felix ; los 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo partes: como recurrente el Ministerio Fiscal y como recurrido el acusado Felix representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Teresa Fernández Tejedor y defendido por el Letrado Don Ferrán Clerabert Martí.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Hospitalet de Llobregat (Barcelona) incoó Diligencias Previa núm. 2540/2004 por delito electoral contra Felix y una vez concluidas las remitió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 18 de enero de 2006 dictó Sentencia núm. 45/06, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Son hechos probados y así se declaran que Felix mayor de edad y sin antecedentes penales, ostentaba la condición de segundo suplente del segundo vocal en orden a la constitución de la mesa electoral perteneciente al municipio de Hospitalet distrito 2 sección 26 mesa U para el cumplimiento de sus funciones de administración electoral en las elecciones al Parlamento Europeo a celebrar el día 13 de junio de 2004. Siendo llamado para comparecer en esa calidad para el día citado a las ocho de la mañana, dejó de hacerlo sin causa justificada habiendo tenido previo conocimiento de que había sido citado en la calidad mencionada, de la posibilidad de presentar excusa y de las consecuencias penales de su incomparecencia."

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

"CONDENAMOS a Felix , como responsable en concepto de autor del delito electoral antes descrito, del que fue acusado por el Ministerio Fiscal, sin que le afecte ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad, a las penas de multa de tres meses con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas diarias impagadas, así como inhabilitación especial para el sufragio pasivo por tiempo de ocho meses, más las costas del presente procedimiento."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL, 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.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el MINISTERIO FISCAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º y único.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 849.1 de la LECrim .*, por aplicación indebida del *art. 143 del la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio* , del Régimen Electoral General, en relación con la *Disposición Transitoria Undécima del C.penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/95* , de 23 de noviembre.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 17 de noviembre de 2006, sin vista.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El delito por el que se ha condenado en la sentencia de instancia, previsto en el *art. 143 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General* , estaba castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pts., junto con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, en el *art. 137 del mismo Cuerpo Legal. Tras la promulgación del nuevo Código Penal en 1.995* y por imperativo de su *disposición transitoria 11ª* dichas penas fueron reemplazadas por las de arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses, además de la mencionada inhabilitación. La reforma del *Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003* , cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de octubre de 2004, suprimió la pena de arresto de fin de semana, sin que se haya realizado previsión alguna para los tipos contenidos en la legislación penal especial que siguen estableciendo tal penalidad. Como resultado de lo anterior se plantea qué sanción cabrá imponer a los hechos sancionados con una pena de arresto de fin de semana ya desaparecida del catálogo de penas.

En el plano doctrinal, caben varias soluciones: a) una primera que es la aceptada por el Tribunal de instancia, es decir, que desaparecida la pena de arresto fin de semana del elenco de las penas del Código Penal, no resulta posible su aplicación a los tipos penales de las leyes especiales para las que venía aplicándose en virtud de lo dispuesto en la D.T. 11.ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; b) una segunda según la cual, suprimida la pena de arresto de fin de semana, seguirían en vigor las penas previstas en las leyes penales especiales; y, c) por último, una tercera consistente en considerar aplicable al caso la D.T. 11.ª.1.i) del CP respecto de la sustitución de penas derivada de la reforma penológica llevada a cabo en el mismo, de cuyo tenor se desprende que cualquier otra pena de las suprimidas en el Código Penal se entenderá sustituida por la pena o medida de seguridad que el juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad, criterio complementado con lo dispuesto en la D.T. 8.ª del mismo Código, en la que se dispone que en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de dicho texto legal fuera la de arresto de fin de semana, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que la duración de la privación de libertad equivale a dos días por cada fin de semana que correspondiera imponer.

Las dos primeras opciones han de descartarse. La inicial porque supondría, por una parte, la minoración injustificada de la sanción penal de determinadas conductas penalmente típicas y la consiguiente desproporción con otras previstas en las mismas leyes -como sucedería en el caso de autos-; por otra parte, la despenalización igualmente injustificada de otras figuras penales -las castigadas exclusivamente con la pena de arresto mayor o de arresto fin de semana-, y por último, la agravación también ausente de justificación en los delitos castigados con penas alternativas de arresto mayor o prisión menor. La segunda de las posibilidades planteadas se ha de desechar por haber sido suprimida por el *Código Penal de 1995* la pena de arresto mayor.

Habiéndose planteado anteriormente dicha cuestión a este Tribunal, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2005 adoptó el acuerdo de aceptar la tercera opción, declarando que las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la 11.ª, son de aplicación a las leyes especiales, solución que, en aras del principio de seguridad jurídica, procede mantener y aplicar al caso de autos (vid. *art. 9.3 CE*).

SEGUNDO.- Aplicando la anterior doctrina al presente caso, el recurso de casación del Ministerio Fiscal debe ser estimado dado que, si bien se eliminó la pena de arresto de fin de semana -que sustituía a la de arresto mayor prevista en el *art. 143 L 5/1985* por efecto de la *Disposición Transitoria 11ª de la LO 10/1995* - la pena aplicable debe ser determinada de acuerdo con la letra l) de dicho artículo.

Se trata, por lo tanto, de determinar la pena, de igual o menor gravedad, más análoga a la pena eliminada. Esta Sala estima que la pena que guarda una mayor analogía con la de arresto de fin de semana es la trabajos en beneficio de la comunidad, elección que tiene su fundamento en el *art. 88.1 CP*, que permite la sustitución de la pena privativa de la libertad no mayor de un año por la trabajos en beneficio de la comunidad. En la medida en la que la pena originaria prevista en el *art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General* era la de arresto mayor y, por lo tanto, de privación de libertad menor de un año, la equivalencia establecida tiene suficiente apoyo en la ley.

Se trata además de una equivalencia real, como no siempre puede darse en el derecho penal, dado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad compensa equitativamente la omisión de una colaboración social que la ley requería del acusado.

Consecuentemente, se debe imponer la pena de dos horas diarias de trabajo en beneficio de la comunidad durante dos meses, es decir, el tiempo equivalente al grado mínimo del antiguo arresto mayor.

### **III. FALLO**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia dictada el día 18 de enero de 2006 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra Felix por un delito electoral; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater Julián Sánchez Melgar Jose Antonio Martín Pallín

### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil seis.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Hospitalet de Llobregat (Barcelona) incoó Diligencias Previas núm. 2540/2004 por delito electoral contra Felix, con DNI núm. NUM000, mayor de edad, nacido en fecha 19 de junio de 1989, hijo de Isidro y de Sofía, natural de Lleida y vecino de Hospitalet, CALLE000 núm. NUM001 y sin antecedentes penales, y una vez concluidas las remitió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 18 de enero de 2006 dictó sentencia núm. 45/2006, la cual ha sido recurrida en casación por el MINISTERIO FISCAL y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo al misma Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada el día 18 de enero de 2006 por la Audiencia Provincial de Barcelona.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

### **III. FALLO**

Que debemos imponer a Felix la pena de dos horas diarias de trabajo en beneficio de la comunidad, durante dos meses, manteniendo los demás pronunciamientos de la Audiencia no modificados por el fallo de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater Julián Sánchez Melgar Jose Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente

Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.