

Id Cendoj: 28079120012010100987
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 307/2010
 Nº de Resolución: 1003/2010
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DELITOS ELECTORALES x
- x ABANDONO FUNCIONES ELECTORALES x

Resumen:

Delito **electoral**. No presentarse en la mesa **electoral**.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de *ley*, que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que absolvió a la acusada Valentina de un delito **electoral**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte la acusada recurrida Valentina, representada por el Procurador Sr. Del Campo Barcón.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona incoó diligencias previas con el nº 3350 de 2.008 contra Valentina, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 30 de noviembre de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Se considera probado y así se declara que en las elecciones a las Cortes Generales a celebrar el día 9 de marzo de 2.008, Enma, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue designada Vocal Suplente Primero de la Mesa U, distrito 02, Sección 149 del Municipio de Barcelona, siendo notificada de ello en forma el día 20 de febrero de 2.008, no alegando causa legal que le eximiera de dicha obligación. No resulta debidamente acreditado que la acusada, que no compareció en el momento de constituirse la Mesa, no lo hiciera durante el desarrollo del proceso **electoral**.*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debemos absolver y absolvemos libremente a Valentina del delito **electoral** del que venía acusada, declarando de oficio las costas procesales. Notifíquese esta sentencia a la acusada y demás partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma ante este Tribunal y para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de *ley por el Ministerio Fiscal*, 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.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Infracción de ley, al amparo del *nº 1 del art. 849 L.E.Cr.*, por inaplicación de los arts. 143 y 137 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General.

5.- Instruida la representación de la parte recurrida, impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de noviembre de 2.010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declaró probado que "en las elecciones a las Cortes Generales a celebrar el día 9 de marzo de 2.008, Enma , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue designada Vocal Suplente Primero de la Mesa U, distrito 02, Sección 149 del Municipio de Barcelona, siendo notificada de ello en forma el día 20 de febrero de 2.008, no alegando causa legal que le eximiera de dicha obligación. No resulta debidamente acreditado que la acusada, que no compareció en el momento de constituirse la Mesa, no lo hiciera durante el desarrollo del proceso **electoral**".

SEGUNDO.- El presente recurso de casación lo interpone el Ministerio Fiscal contra dicha sentencia que absolvió al acusado del delito **electoral** previsto y penado en los arts. 137 y 143 de la Ley Orgánica nº 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General "al no haberse acreditado en juicio todos los elementos típicos esenciales para la subsunción del hecho por el que se sostuvo acusación en dicho tipo penal".

Razona la sentencia impugnada que la prueba de cargo se circunscribe al acta levantada de comparecencia de los miembros de la Mesa que se adjunta con la denuncia formulada por la Secretaría de la misma en la cual consta la comparecencia de todos los miembros designados a las 8.00 horas de la mañana del día del proceso **electoral** en la cual se señala, con rotulador amarillo, la ausencia de la acusada. Frente a ella la acusada expone en juicio y en su descargo, al igual que lo hizo ya cuando declaró ante la Fiscalía, que se presentó si bien tarde (sobre las 15 horas) cuando le hicieron efecto los medicamentos que había tomado por una indisposición intestinal que le había aquejado durante la madrugada, votando y dejando constancia de ello, como dijo ya en Fiscalía (y ratificó en instrucción) ante una señora a la que explicó lo sucedido y le hizo firmar conforme no había ido a las 8.00 de la mañana".

Por parte de la acusación pública recurrente se expone que la conducta omisiva de la acusada, es delictiva porque resulta indiferente a los efectos de la agresión al bien jurídico protegido (salvaguardar el buen funcionamiento y desarrollo de un evento tan importante en un sistema democrático como es las elecciones a las Cortes Generales) el hecho de que el sujeto activo del delito comparezca mucho después que ha constatado su ausencia en el momento de constituirse la mesa **electoral**. Se trata de un delito de simple actividad en el cual la acción típica consiste en no comparecer a la hora indicada a la formación de la Mesa **Electoral**, poniendo en peligro o perjudicando con tal conducta omisiva de sus obligaciones legales el correspondiente proceso **electoral**. Evidentemente, una conducta de enfrentamiento a las obligaciones legales debidamente establecidas puede ampararse en la concurrencia de una causa legítima y justificada que excluyera la tipicidad o la culpabilidad en el agente. Pero en opinión del Fiscal, esas circunstancias hay que acreditarlas de modo fehaciente, lo que no ha hecho la acusada, ni tampoco la sentencia considera que hayan concurrido en este caso. La sentencia aparece que confiere cierta importancia al hecho de que la acusada pudiera comparecer hacia las tres de la tarde, reprochando incluso al Fiscal que no hubiera citado como testigo a la persona que pudo verla a esa hora. En nuestra opinión, es absolutamente indiferente a los efectos de la consumación del delito y de la lesión del bien jurídico protegido el que el sujeto activo comparezca unas horas después al lugar donde se ha constituido la Mesa **Electoral** o que incluso llegue a votar. El tipo castiga al que deje de concurrir o desempeñar sus funciones, y eso es lo que hizo la acusada.

Añade el Fiscal que en el supuesto de autos, la acusada no ha justificado ni acreditado en ningún momento (ni en la fase de investigación preprocesal del Ministerio Fiscal, al declarar ante la Policía Judicial en fecha 13 de junio del 2008, ni en su declaración judicial en la posterior fase de instrucción, en fecha 1 de octubre de 2008, ni en el acto del juicio oral en fecha 30 de noviembre de 2009), pudiendo y debiendo hacerlo, la supuesta indisposición que le impidiera acudir a la constitución de la Mesa **Electoral** ni propuso en tal sentido prueba alguna (testifical o documental) en el escrito de defensa formulado por su representación legal en fecha 10 de septiembre de 2009 ni la aportó en el repetido acto del juicio oral.

SEGUNDO.- El motivo debe ser estimado.

Estamos ante un delito de omisión en el cual el *sujeto* es la persona designada miembro de una mesa **electoral** y en el que la norma de conducta infringida es de naturaleza *prescriptiva* y la conducta típica consiste en *no concurrir* el día y hora indicado para la constitución de la mesa, *concurrir pero no cumplir las obligaciones* que el cargo exige o *concurrir, cumplir inicialmente las obligaciones pero abandonarlas* y,

finalmente, *incumplir la obligación de excusa o aviso previo*, cuando el sujeto conozca que no va a cumplir alguna de esas obligaciones.

Y, además, estamos ante un delito de los denominados de *omisión propia*. Por ello, conforme a la muy reiterada doctrina, debemos contemplar la concurrencia de los tres elementos: a) existencia de una situación prevista en la ley y, por ello, típica; b) la ausencia del comportamiento que era impuesto según la norma y c) que el sujeto tenga la capacidad para realizar ese comportamiento. A lo que ha de añadirse el elemento subjetivo con sus componentes cognitivo y volitivo.

La *situación típica* viene establecida en la *Ley electoral Orgánica 5/1985 cuyo art. 27* define el cargo como obligatorio y, entre las obligaciones del cargo, por lo que ahora nos importa, el *art. 80 establece que "El Presidente, los dos Vocales de cada Mesa Electoral y los respectivos suplentes, si los hubiera, se reúnen a las ocho horas del día fijado para la votación en el local correspondiente"*.

La reunión a que el precepto se refiere implica, como comportamiento obligado, que el sujeto se traslade al lugar de constitución de la mesa.

Ahora bien, la no realización de ese comportamiento, sustituido por el de permanecer en otro lugar, para que pueda considerarse antijurídico, y subsumible en el tipo penal de referencia antes citado, exige, además de que el sujeto tenga capacidad para su observancia, que: a) la **prescripción** de la conducta esté revestida de todos los requisitos de **validez y eficacia** que hagan exigible la adecuación del comportamiento al mandato y b) que no concorra alguna **causa justificada**, expresión que el *art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985* parece circunscribir a la obligación de excusa o aviso previo, pero que no era de necesaria inclusión, ni puede circunscribirse a ese supuesto. La justificación, cuando concurre causa, legalmente invocable, producirá el efecto de exención de responsabilidad conforme a las normas generales, sin exigencia de específica inserción en el tipo.

El **hecho sin el cual no adquiere validez o eficacia** la prescripción es un elemento que excluye la imputación del comportamiento como antijurídico al autor, en la medida que no habría permitido la afirmación de concurrencia de la *situación típica*. Los hechos que dan lugar a la justificación son hechos extintivos de la responsabilidad penal (véase STS de 22 de julio de 2.008).

Esta causa de justificación de la conducta omisiva sancionada por la ley, opera como elemento impositivo de la tipicidad y, por ende, de la responsabilidad penal. Pero, como tal, debe ser acreditada por el sujeto activo de la acción omisiva típica, no por parte de la acusación, a la que no se le puede exigir la carga de una prueba negativa ("probatio diabólica") como es la acreditación de la inexistencia de la causa justificativa del incumplimiento del deber cívico que impone -y sanciona- la norma.

En cuanto a la pena a imponer el delito por el que la acusada ha sido condenada -*art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General* - llevaba aparejadas las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 ptas., junto a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo prescrita por el *art. 137 del mismo Cuerpo Legal*. *Tras la promulgación del nuevo Código Penal en 1995* y por imperativo de su *Disposición Transitoria 11ª tales penas quedaron sustituidas por las de arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses*, además de la reseñada inhabilitación. La reforma del *Código Penal por la LO 15/2003, que ha entrado en vigor el uno de octubre de 2004*, ha suprimido la pena de arresto de fin de semana, sin que se haya realizado previsión alguna para los tipos contenidos en la legislación penal especial.

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29 de noviembre de 2005 ha adoptado el siguiente Acuerdo: *"al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales"*. Basándose en que una interpretación que generalizara el que, en todos los casos en que la legislación especial siga mencionando la pena de arresto mayor habría que entender como no existente tal mención atendido que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido del *art. 33 del Código Penal*, sería inasumible porque supondría una despenalización en determinadas infracciones que continúan figurando como tales en la legislación especial con una sola pena, la de arresto mayor.

Así las cosas, según las sentencias que viene pronunciando esta Sala (20/1/2006 y otras) sería de aplicación el apartado 1) de la *Disposición Transitoria Undécima del Código Penal*, según la cual *"cuando se hayan de aplicar leyes penales especiales...se entenderán sustituidas..cualquier otra pena de las suprimidas en este Código* (en este caso, la pena de arresto de fin de semana), *por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser*

todas más graves, dejará de imponerse".

Y, siempre según esa doctrina, la nota de la equivalencia se encuentra en la *Disposición Transitoria Octava*, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Además a continuación entran en juego las normas de sustitución del *art. 88 CP* según la regulación establecida en dicho precepto.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DELCARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el **Ministerio Fiscal**; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 30 de noviembre de 2.009, en causa seguida contra la acusada Valentina que fue absuelta de un delito **electoral**. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gomez **Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona con el nº 3350 de 2.008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, por delito **electoral** contra la acusada **Valentina**, nacida en Bacará (Filipinas) el día 13 de marzo de 1969, hija de Erlindo y de Elidia, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa y con domicilio en Barcelona, en la CALLE000 nº NUM000, NUM001, NUM002, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 30 de noviembre de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a la acusada **Valentina** como responsable en concepto de autora del delito **electoral** de los *arts. 137 y 143 de la L.O. Régimen Electoral*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 14 días de prisión y multa de tres meses con cuota diaria de 10 euros, con 15 días de prisión como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, debiendo practicarse en su caso, en ejecución de sentencia las sustituciones penológicas procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Manuel Marchena Gomez Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.