



Roj: **SAP O 2265/2016 - ECLI: ES:APO:2016:2265**

Id Cendoj: **33044370022016100330**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **2**

Fecha: **29/07/2016**

Nº de Recurso: **717/2016**

Nº de Resolución: **357/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA COVADONGA VAZQUEZ LLORENS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

OVIEDO

SENTENCIA: 00357/2016

C/ COMTE. CABALLERO S/N- 5ª PLANTA - 33005 - OVIEDO

Teléfono: 985.96.87.63-64-65

213100

N.I.G.: 33037 41 2 2015 0014851

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000717 /2016

Delito/falta: DELITOS ELECTORALES

Denunciante/querellante: Cayetano

Procurador/a: D/Dª JAVIER FERNANDEZ-VIGIL FERNANDEZ

Abogado/a: D/Dª FRANCISCO PEREZ PLATAS

Contra: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

SENTENCIA Nº 357/2016

PRESIDENTE

ILMA. SRA. DOÑA COVADONGA VÁZQUEZ LLORENS

MAGISTRADOS

ILMA. SRA. DOÑA MARÍA LUISA BARRIO BERNARDO RÚA

ILMO. SR. DON AGUSTÍN PEDRO LOBEJÓN MARTÍNEZ

En Oviedo, a veintinueve de julio de dos mil dieciséis.

VISTOS , en grado de apelación por la Sección 2ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, los presentes autos de Juicio Oral seguidos con el nº 28/16 en el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo (Rollo de Sala 717/16), en los que aparecen como **apelante** : **Cayetano** , representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández-Vigil Fernández, bajo la dirección letrada de don Francisco Pérez Platas; y como **apelado**: **el Ministerio Fiscal**; siendo Ponente la Ilma. Sra. Presidente Doña COVADONGA VÁZQUEZ LLORENS, procede dictar sentencia fundada en los siguientes,



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento Abreviado expresado de dicho Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en fecha 24-06-16 cuya parte dispositiva literalmente dice: " **FALLO:** Que debo condenar y condeno a Cayetano , como autor responsable de un delito, a la pena de 6 meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. Todo ello con expresa imposición al condenado de las costas procesales causadas ".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación fundado en los motivos que en el correspondiente escrito se insertan y, tramitados con arreglo a derecho se remitieron los autos a esta Audiencia donde, que turnados a su Sección 2ª se procedió al señalamiento para deliberación y fallo el día 26 de julio del año en curso, conforme al régimen de señalamientos.

TERCERO. - Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada y entre ellos la DECLARACION DE HECHOS PROBADOS, que se da por reproducida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo se interpone recurso de apelación por la representación del condenado Cayetano y tras alegar infracción del principio "in dubio pro reo", interesa se revoque la sentencia de instancia y se dicte otra, por la que se absuelva a su representado del delito electoral por el que fue condenado, al estimar que de la prueba practicada no se desprende con la certeza precisa para dictar un fallo condenatorio, la realidad de los hechos denunciados, alegando la atipicidad del comportamiento por no haberse practicado la notificación en debida forma, no existiendo constancia de su recepción por el acusado ni de la instrucción sobre la posibilidad de excusarse, así como de la expresa advertencia de que podría incurrir en delito.

SEGUNDO.- Es sabido que el principio "in dubio pro reo" tiene un carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, casos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo, principio que no resulta aplicable en los supuestos en que el Tribunal, en méritos a la disposición del art. 741 de la L.E.Cr ., llega a una convicción en conciencia sobre el acreditamiento de un dato fáctico, excluyéndose toda duda sobre su existencia (Cfr. sentencias de 20 de enero de 1.993 , 7 de febrero y 23 de noviembre de 1.995). A pesar de la íntima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio "in dubio pro reo" sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, dicho de otra manera, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981 , 13/1982 , 25/1988 y 63/1993 y Sentencias Tribunal Supremo 21 Mayo , 23 Octubre y 29 Noviembre 1.996).

Aplicando tal doctrina al caso aquí debatido, es evidente que la Juez de instancia no expresa duda alguna en el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada, al valorar el testimonio del Funcionario actuante y razona ampliamente el porqué, rebatiendo las dudas que pretende suscitar la defensa del recurrente en base a una supuesta enemistad y enfrentamiento anterior, negando se le hubiera notificado su condición de Presidente de Mesa electoral esgrimiendo a tal efecto la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo nº 496/2008 de 22 de julio .

Es sabido que el artículo 143 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (conforme a su redacción mediante la reforma por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero), castiga al Presidente (y a los vocales) de las mesas electorales (así como a sus respectivos suplentes) que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, (las abandonen sin causa legítima) o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, tratándose de un delito de los llamados de omisión propia o de pura omisión, con base al cual es pacífica la doctrina en cuya virtud la estructura de esta clase de delitos lleva implícita la posibilidad de llevar a cabo la acción esperada por el ordenamiento jurídico. Dicha legislación especial no contiene ninguna exigencia precisa en su tipicidad, sino la meramente omisiva, de dejar de concurrir o desempeñar sus funciones, señalando dicha norma en su art. 27.2 con toda claridad que "en los tres días posteriores a la designación, ésta debe ser notificada a los interesados, que disponen de un plazo de siete días para alegar ante la Junta Electoral de Zona causa justificante y documentada que les impida la aceptación del cargo". Por ello no puede decirse en puridad que se notifique debidamente a una persona la exigencia de comparecer en una Mesa Electoral, si no se le participa de la posibilidad de alegar cualquier excusa y aceptación de ésta.



Cuando lo que se sanciona penalmente es, en definitiva, una desobediencia a un deber cívico, la responsabilidad sólo puede nacer del incumplimiento a una orden, que contiene todos los requisitos precisos entre los cuales resulta esencial, la posibilidad de alegar alguna excusa o razón que pueda justificar el incumplimiento. Ello se encuentra en la vigente normativa electoral artículo 27.1 y 2, donde, después de expresar que "la condición de miembro de una Mesa electoral tiene carácter obligatorio", se indica que "una vez hechas estas designaciones, se comunicarán acto seguido a los interesados para que, en el plazo de siete días pueden alegar excusa..." No se puede conminar a una actuación concreta, sin señalar a la par, el procedimiento de poder alegar la imposibilidad o notoria dificultad, por lo que sólo tras la desestimación de la excusa o de su falta de concreta alegación ante el competente organismo, puede reputarse ejecutoria y vinculante la orden.

La doctrina que se contiene en la sentencia alegada en el recurso obviamente se comparte, habiendo sido reiterada por la misma Sala de lo Penal en la sentencia 999/2009, de 4 de junio, mas no puede olvidarse que ambas resoluciones, partieron del hecho probado de que no constaba que el acusado hubiere sido notificado en forma de la obligación de comparecer, de la posibilidad de alegar excusas y de las consecuencias penales de su inasistencia al acto para el que había sido designado, por ello en esas dos ocasiones el Tribunal Supremo acordó la absolucón del acusado, estimando el recurso en la primera y desestimando en la segunda el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria de la instancia.

Sin embargo no puede olvidarse que en el presente caso la Juez de instancia valorando la prueba practicada en su presencia llegó a la conclusión de que el acusado estaba notificado de su nombramiento como Presidente de la Mesa electoral, así como de las consecuencias del incumplimiento, afirmando el testigo Marino, con total rotundidad, que también le advirtió de la posibilidad de excusarse y del plazo para hacerlo, negándose el acusado en todo momento a recoger la notificación, manifestándole que no pensaba ir, extremo que fue puesto en conocimiento de la Junta Electoral de Zona de Mieres por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Morcín, no existiendo razón alguna para dudar de la veracidad de dicho testimonio; pero es mas, en el BOE del viernes 4 de abril de 2014 se publicó la Orden INT/529/2014, de 28 de marzo, "por la que se modifican los anexos del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales"; para las elecciones al Parlamento Europeo, convocadas para el día 25 de mayo de 2014, y concretamente en el modelo de nombramiento y citación de miembro de mesa figura, al pie de la misma, lo siguiente: "De acuerdo con la vigente Ley Orgánica del Régimen Electoral General y en cumplimiento de lo indicado en los artículos 26 y 27 de la misma, ha sido Ud. Designado/a para tomar parte de la Mesa Electoral que deberá constituirse a las 8 de la mañana del día en que se celebran dichas elecciones con el cargo arriba indicado.

La condición de miembro de la Mesa Electoral tiene carácter obligatorio, si bien a partir de los sesenta y cinco años de edad podrá manifestar su renuncia en el plazo de siete días. Si tuviera excusa justificada documentalmente, que le impidiera la aceptación del cargo, dispondrá de siete días para presentar la correspondiente alegación ante esta Junta. En el supuesto de que deje de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandone sin causa legítima o incumpla sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso que impone la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, incurrirá en pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses".

En el presente caso la Juez de lo Penal indica que no tiene duda alguna de que en el nombramiento y citación se hicieron esas advertencias al hoy recurrente, añadiendo que no tiene sentido ni es verosímil que la Junta Electoral de Zona dejara de ajustarse a los modelos reglamentariamente publicados en el BOE, así como tampoco que se le advirtiera de las consecuencias que le pudiera acarrear su incomparecencia, extremo que en todo momento el referido testigo Marino afirma le explicó, siendo absurdo e irracional que no se utilizara el modelo oficial, no existiendo el mas mínimo indicio que lo constate, reiterando que el impreso de nombramiento de miembro de mesa electoral con las advertencias legales correspondientes es un modelo oficial utilizado en todo proceso electoral, y es el remitido a los nominados por Junta Electoral de Zona, no existiendo duda alguna en el presente caso de que el recurrente era conocedor de su designación como Presidente, y de las consecuencias que podían derivarse de su incomparecencia negándose en todo momento a la recepción de la notificación, por lo que procede desestimar el recurso.

TERCERO.- Habiendo sido el condenado quien recurre y desestimándose el recurso procede condenarle al pago de las costas de esta alzada conforme a lo dispuesto en el art. 123 del C. Penal y art. 240 de la L.E.Cr .

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás aplicables.

FALLAMOS:

Que desestimando, como desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de Cayetano contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo en el Juicio Oral nº 28/16,



de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas del recurso al apelante.

A la firmeza de esta resolución, frente a la que no cabe recurso ordinario alguno, llévese certificación al Rollo de Sala, anótese en los Registros correspondientes y remítase testimonio, junto con las actuaciones originales, al Juzgado de procedencia y archívese el Rollo.

Así por esta Sentencia lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior sentencia fue leída y publicada por quien la dictó, en audiencia pública y a mi presencia, al día siguiente de su fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ