



Roj: **SAP B 3336/2017 - ECLI: ES:APB:2017:3336**

Id Cendoj: **08019370102017100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **09/02/2017**

Nº de Recurso: **101/2016**

Nº de Resolución: **85/2017**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **JOSE ANTONIO LAGARES MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

Rollo Procedimiento Abreviado nº 101/16

Diligencias Previas nº 1209/16

Juzgado de Instrucción núm. 2 de L'Hospitalet de Llobregat

**SENTENCIA nº**

Ilmas e Ilmo Magistradas/o

Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO

Sra. INMACULADA VACAS MÁRQUEZ

Barcelona, a nueve de febrero de dos mil diecisiete.

VISTA en juicio oral y público ante la Sección Décima de esta Audiencia Provincial, la presente causa tramitada por los cauces de procedimiento abreviado por un presunto delito electoral, seguida contra Benito , con DNI nº NUM000 , nacido el NUM001 de 1983 en L'Hospitalet de Llobregat, hijo de Fructuoso y Adriana , representado por la Procuradora y defendido por la Letrada Ana Leccese. Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal. Ha sido designado Magistrado ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO, quien expresa la decisión unánime del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La presente causa se incoó en virtud de denuncia de la Junta Electoral de Zona de L'Hospitalet de Llobregat, dando lugar a las Diligencias Previas nº 1209/16 tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 2 de L'Hospitalet de Llobregat, en las que el Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito electoral previsto y penado en los artículos 137 y 143 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General , del que consideró autor al acusado, no concurriendo en él ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y solicitando se le imponga la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 8 euros con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 del CP . Igualmente interesó su condena a la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 4 meses, así como al pago de las costas.

SEGUNDO.- La presente causa fue turnada para su enjuiciamiento a esta Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que fue registrada con el número antes reseñado, designándose magistrado ponente y admitiéndose las pruebas propuestas por la acusación y la defensa que se estimaron pertinentes, y señalándose la fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral que tuvo lugar el 8 de febrero de 2017 en única sesión con la asistencia del acusado.



TERCERO.- Abierta la sesión del acto del juicio, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en el sentido de que el cargo para el que el acusado fue designado es el de segundo suplente del segundo vocal, y conocidas por el acusado las peticiones de la acusación y la defensa, se practicó la prueba propuesta y admitida, consistente en el interrogatorio del acusado, testifical y documental por reproducida, con el resultado que obra en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

CUARTO.- Finalizada la práctica de la prueba, el Ministerio Fiscal, en el trámite de calificación, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales formuladas en su escrito de acusación con la corrección realizada al inicio del juicio. En el mismo trámite, la defensa del acusado concluyó solicitando su libre absolución con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, elevando a definitivas las conclusiones formuladas en su escrito de defensa, interesando de manera subsidiaria que la cuota diaria de multa sea rebajada, dándose la última palabra al acusado y declarándose finalmente el juicio visto para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Queda probado que Benito , ciudadano español, mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia en esta causa, fue designado como segundo suplente del segundo vocal para la constitución de la Mesa electoral NUM002 , Sección NUM003 , del Distrito NUM004 ubicada en la Escola d'Adults Can Serra situada en la calle Andorra nº 12-14 de la localidad de L'Hospitalet de Llobregat con motivo de las elecciones generales que habían de celebrarse el 20 de diciembre de 2015, no habiendo quedado demostrado que no concurriese a su constitución pese a habersele notificado personalmente dicha designación el 25 de noviembre de 2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna exige, para que sea válidamente desvirtuado, la existencia de actividad probatoria de cargo suficiente para evidenciar la existencia, no sólo de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado ( SSTC 141/86 , 150/89 , 134/91 y 76/93 ), actividad que ha de sustentarse en auténticos medios de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales ( SSTC 114/84 , 30/86 y 150/97 ), practicadas fundamentalmente en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad. No es óbice del enjuiciamiento con las debidas garantías la circunstancia de que el acusado no reconociese su participación en el hecho enjuiciado, pues nuestro ordenamiento procesal penal vigente no viene regido por un sistema de prueba tasado sino libre, de forma que cualquier actividad probatoria, bien directa o de cargo, bien simplemente indiciaria, practicada regularmente y, de suficiente fiabilidad y aptitud incriminatoria, es válida para inferir la realidad del hecho criminoso y constatar la culpabilidad del imputado.

A tal efecto, es preciso recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre este tipo de prueba indirecta, de la que son exponentes las Sentencias de 26 de noviembre de 1996 y 10 de marzo de 2000 : "la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal. Si sólo se asentase éste sobre una prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales; nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas. La importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictivo y al descubrimiento de sus autores". Para basar la condena en la prueba por indicios es necesario que la resolución judicial que lo haga cumpla una serie de requisitos, formales y materiales, como son:

1º) Desde el punto de vista formal:

a) Que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.



2º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí ( Sentencias 515/1997, de 12 julio , o 1026/1996 de 16 diciembre , entre otras muchas). Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" ( Sentencias 1015/1995 de 18 octubre , 1/1996 de 19 enero , 507/1996 de 13 julio , etcétera).

El Ministerio Fiscal atribuye al acusado la comisión del delito electoral tipificado en el art. 143 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General , según el cual "El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como 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, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses". Dicha redacción fue dada por el apartado cuarenta y dos del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General («B.O.E.» 29 enero), vigente desde el día 30 enero 2011 y por tanto de aplicación al supuesto de autos atendida la fecha de los hechos que se dicen cometidos.

Dicho precepto se encuentra en íntima relación con el art. 27 de la misma Ley Orgánica que regula el régimen de alegaciones y excusas de los designados, que debe ser oportunamente notificado a éstos. Del mismo modo que deben ser debidamente notificados de las consecuencias penales del incumplimiento de los deberes derivados de tal condición de cargos electorales, en una situación equivalente a la que se presenta, por ejemplo, en los supuestos típicos de malversación impropia en que al particular depositario de los bienes embargados por resolución de la autoridad se le debe de informar cumplidamente de las obligaciones de su nombramiento y de las sanciones penales en caso de incumplimiento, de suerte que sin la observancia debidamente acreditada de estos requisitos, la acción típica carecería de respuesta penal. Así la STS 496/2008, de 22 de julio , señala que "La notificación al acusado del nombramiento, como integrante de la Mesa electoral, no solamente exigía los requisitos generales - art. 58 de la ley 30/1992 - sino los específicos de la Ley Orgánica 5/1985". Y su existencia es presupuesto del nacimiento de las obligaciones del cargo para el que es designado. Por ello, mientras no conste, no cabe hablar de infracción de tales obligaciones, ni, obviamente, de delito. Por tanto, el acusador debe, primero, afirmar que tal notificación ha tenido lugar y con los requisitos exigidos. Y, después, probar que precedió revestida de dichos requisitos. Sin que pueda darse por sobreentendida la notificación, ni menos por probada en el caso de no mediar protesta del notificado. Basta recordar que, incluso en el ámbito administrativo no sancionador, la existencia de la notificación es carga de quien (la Administración) exige los efectos del acto notificado, y en ese sentido se pronuncia la STS de 3 de 12 de enero de 2008 cuando dice que la prueba ha de correr por cuenta de quien esgrime el hecho positivo de la efectiva notificación o equivalente.

En la misma línea la STS 1.003/2010, de 18 de noviembre , señala que "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".

En el supuesto de delito electoral que nos ocupa, el Tribunal Supremo es taxativo al señalar que el incumplimiento del deber de asistencia por los componentes de una mesa electoral integra el ilícito en cuestión salvo circunstancias excepcionales, limitando excepcionalmente la aplicación de la teoría del error y de las excusas justificativas brindadas por el propio acusado y amparadas solamente por su declaración. Así, se establece la importancia a los efectos de la determinación de la comisión del delito en el hecho del conocimiento por el sujeto del deber de asistir a la mesa el día señalado para la celebración de las elecciones, lo que en el caso que nos ocupa no ha quedado plenamente acreditado le fuera personal y oficialmente comunicado, ni que conociese el contenido de la comunicación llegada a su domicilio, y mucho menos el alcance y las consecuencias del incumplimiento de asistir el día señalado para la constitución de la correspondiente Mesa Electoral. La conducta punible viene determinada por los parámetros objetivos de conocimiento del nombramiento, de su carácter obligatorio y de la responsabilidad generada en caso de no acudir, sin exigir una cabal comprensión del alcance de su responsabilidad ni del completo programa previsto para los infractores, trasladándose la plena responsabilidad en caso de incumplimiento al sujeto, a quien



corresponde adoptar las precauciones necesarias para el debido cumplimiento de su obligación ciudadana (STS 22/I/2007). Al tratarse de un delito doloso se parte de que la colaboración activa a un proceso electoral, al ser nombrado para formar parte de una mesa electoral, se incluye dentro del conjunto de obligaciones cívicas características de una sociedad democrática, sin que sean posibles argumentaciones voluntaristas por la vía de la ampliación de la aceptación de la teoría del error o de la admisión de cualquier excusa formulada por el sujeto, lo que no es un mecanismo que produzca un desplazamiento de la carga de la prueba sobre el imputado, sino que a éste, en la medida en que forma parte de la sociedad y conoce el contenido de sus deberes y la obligatoriedad de su cumplimiento, deberá acreditar la realidad de su ignorancia o de su imposibilidad, sin que quepa, sin más, otorgarle una eficacia vinculante e incuestionable a su manifestación, ya que nada obliga a aceptar como prevalente su versión exculpatoria porque supone alterar las reglas de valoración de la prueba que permite que, cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria, su valoración sea global o conjunta, y su resultado sea el apreciado libremente, con racionalidad y adecuado soporte estructural de tipo argumental, de tal manera que puede llegarse a un pronunciamiento de condena en contra de la versión de sujeto. En el mismo sentido, se afirma que la aplicación literal del precepto no es más que la concreción del principio de legalidad penal, que, por su estructura omisiva, tampoco requiere una intención específica por parte del omitente, bastando el conocimiento genérico del deber de actuar y la posibilidad de hacerlo ( STS 15/III y 2/X/2007 y 23 y 15/X/2008 ).

Sin embargo, como se ha dicho, presupuesto de todo ello es que quede demostrado que la designación como miembro de una mesa electoral llegue a conocimiento de su destinatario, y, pese a ello, éste no acuda a su constitución, y es precisamente esta última circunstancia la que no ha quedado probada.

SEGUNDO.- Entrando en la valoración de la prueba, se contó en primer lugar con la declaración del propio acusado quien manifestó que recibió la notificación sobre su designación y su obligación de acudir el día y la hora señalados en ella para la constitución de la mesa electoral, y así lo hizo, acudiendo unos 3 minutos antes de las 8 de la mañana que era la hora para la que estaba convocado en el correspondiente colegio electoral, donde un hombre del Ayuntamiento comprobaba en una lista los nombres de los designados, que fue quien le dijo sobre las 08:05 horas que podía marcharse porque la mesa ya estaba constituida, lo que el acusado hizo sin saber que tenía que firmar nada.

Igualmente se contó con el testimonio de quien presidió esa misma mesa electoral para la que había sido designado el acusado, Daniela , quien también dijo que acudió al colegio electoral antes de las 8, confirmando que un hombre o funcionario del Ayuntamiento estaba provisto de una lista y se presentó ante él mostrándole la designación, haciéndola esperar en una sala en tanto no apareciese la designada como presidente titular, la cual finalmente no apareció. Destacó que los suplentes que habían sido convocados firmaban y se iban si ya estaban allí los titulares primeramente designados, pero no recuerda si vino el acusado, al que no conoce de nada, pues ella sólo estaba preocupada porque apareciese la persona a la que suplía.

Considera la acusación pública que hay indicios de que el acusado no acudió a la convocatoria puesto que no consta que firmase documento alguno que lo acredite y mucho menos autorización por escrito que le permitiese irse.

Debe recordarse que, como establece el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Auto de 6 de Mayo de 2.002 , "la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que no es suficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas. Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impositivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el "onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos ( sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de Febrero de 1.995 ).

Pues bien, no aparece en las actuaciones documento alguno en que se refleje la inasistencia del acusado al colegio electoral, pues el que aparece al folio 21 de la causa es el acta de constitución de la mesa,



ni se ha contado en el plenario con el testimonio del funcionario que supuestamente comprobaba dicha asistencia y hacía firmar a los concurrentes, por lo que correspondía al Ministerio Fiscal, como única acusación constituida, la carga de probar dicha circunstancia, y no quedando acreditada no puede entenderse desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, por lo que procede absolver a éste del delito que se le imputa.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en los arts. 123 del CP y 240 de la LECrim , procede declarar las costas procesales de oficio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Benito como autor responsable criminalmente de un delito electoral, previamente definido, declarando de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a todas las partes personadas, con expresión de que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y/o por quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a anunciar ante esta Sala y para su substanciación ante el Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente ha sido publicada la anterior sentencia el día de la fecha. DOY FE.