



Roj: **SAP B 14970/2017 - ECLI: ES:APB:2017:14970**

Id Cendoj: **08019370102017100707**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **105/2016**

Nº de Resolución: **222/2017**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA VANESA RIVA ANIES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCION DECIMA

Rollo nº **105/2016**

Diligencias Previas 773/2014

Juzgado de Instrucción núm. 7 de Arenys de Mar

S E N T E N C I A No.

Ilma. Sra. D^a M^a VANESA RIVA ANIES

Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MOLINA GIMENO

Ilma. Sra. D^a AURORA FIGUERAS IZQUIERDO

En Barcelona, a 30 de marzo de 2017

VISTA, en nombre de S.M. el Rey, en juicio oral y público celebrado el día veintiséis de mayo de dos mil nueve, ante la SECCION DECIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa rollo nº105/2016 , Diligencias Previas nº 773/2014 procedente del JUZGADO DE INSTRUCCION NÚM.7 de Arenys de Mar , seguida por un delito electoral, contra la acusada Marí Luz DNI NUM000 asistida del Letrado Sr Egea Gaeta ; siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y ponente la Ilma. Sra. Dña.M^a VANESA RIVA ANIES , quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de un delito electoral previsto y penado en los artículos 137 y 143 de la Ley de Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Y solicitó se impusiese a la acusada la pena de 10 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros responsabilidad del art. 53 en caso de impago e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dos años.

SEGUNDO.- La Defensa en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de la acusada.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Por acuerdo de la Junta Electoral de Zona de la localidad de Arenys de Mar Marí Luz DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue nombrada segunda vocal, segunda suplente, de la mesa electoral "U", de la sección NUM001 , en relación a las elecciones al Parlamento Europeo 2014 celebradas el día 25 de mayo de 2014 . Dicho nombramiento fue notificado a la acusada personalmente en virtud del cual se



puso en conocimiento de la misma las obligaciones que llevaba consigo dicho nombramiento y se le facilitó una cédula de citación en al que consta el día, lugar y hora donde debía comparecer.

El día 25 de mayo de 2014 Marí Luz no acudió al CEIP Les ferreries, Rambla les ferreries s/n pese a ser conocedora de la obligación de asistencia y de las consecuencias de su incomparecencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO- Antes del examen de la prueba practicada, debemos examinar la naturaleza a del delito imputado al acusado por el Ministerio Fiscal con sostén jurídico en los arts. 143 y 137 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su redacción dada por la L.O. 2/2011 de 28 de enero.

Establece el art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985, precitado: "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.

Por tanto como se desprende del art. 143 de la LO5/1985 la conducta típica puede consistir tanto en no acudir a sus desempeñar sus funciones , abandonar las mismas sin causa legítima o incumplir la obligación de aviso previo que le impone la Ley, en el art. 27.3 y 4 de la LOREG.

El art 27 de la LOREG establece que Los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales *son obligatorios* en el número 2 de dicho artículo , se dice que la designación como Presidente y Vocal de las Mesas electorales debe ser notificada a los interesados en el plazo de tres días. Con la notificación se entregará a los miembros de las Mesas un manual de instrucciones sobre sus funciones supervisado por la Junta Electoral Central y aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros o de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas.

Finalmente el art. 80 de la LOREG establece expresamente que el Presidente, los dos vocales de cada Mesa Electora, y sus respectivos suplentes, si los hubiere, se reúnen a las ocho horas del día fijado para la votación en el local correspondiente.

Por tanto cuando un ciudadano sea designado como presidente o vocal de una mesa electoral o sus suplentes, dicha designación haya sido notificada personalmente al designado, la obligación de éste contempla dos situación e so bien dentro de los siete días siguientes presente una excusa razonable por la que no pueda acudir a la mesa, y dicha excusa haya sido admitida por la junta electoral del zona, y en caso de que no exista ninguna excusa deberá acudir a las ocho de la mañana al local donde se vaya a constituir la mesa electoral.

En caso de que el designado no acuda al cumplimiento de dicha obligación deberá determinarse si existe causa justificada que le haya impedido acudir, y en el caso de que no exista y el designado no acuda nos encontraremos ante un delito, porque así lo establece directamente el art. 143 de la LOIREG ya citado de comisión por omisión.

Nuestro Tribunal Supremo (ATS 29 de abril de 2015, rec. 20119/15 ; STS núm. 64/2012, de 27 de enero) establece la estructura del **delito de comisión por omisión** se integra por los tres elementos como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Para el caso de delitos electorales establece el Tribunal Supremo, STS 1003/2010 de 18 de noviembre que " 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.

La situación típica como ya se ha establecido se determina en el art. 27 de la LOREG define el cargo como obligatorio y, entre las obligaciones del cargo conforme al art. 80 la obligación de acudir a las 8,00 horas del día de las elecciones al local correspondiente

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 concurra 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.

Esta causa de justificación de la conducta omisiva sancionada por la ley, opera como elemento impeditivo 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 ("probatío diabólica") como es la acreditación de la inexistencia de la causa justificativa del incumplimiento del deber cívico que impone -y sanciona- la norma

Una vez determinado el tipo penal, procede entrar a determinar si pueden subsumirse los elementos anteriores en el caso concreto lo que determina en primer lugar la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- La valoración racional y en conciencia de la prueba alcanzada en el plenario -constituida por la propia declaración del acusado, la testifical del Gerardo y la documental obrante en autos- autoriza, en efecto, a reputar acreditados los hechos que sustentan la acusación, siendo advertible la concurrencia de todos y cada uno de aquellos precitados requisitos.

Por un lado debe estudiarse si concurre el requisito anteriormente determinado es decir si el acusado fue designado como miembro de mesa y fue debidamente notificado para ello. La respuesta debe ser positiva sin que admita otra interpretación, en primer lugar porque queda acreditado por la documental obrante en autos folio 5, 6 y 7 de las actuaciones que la acusada fue designada para actuar como segunda vocal suplente en la mesa electora 01 2002 u del municipio de las Palafolls, y que debía acudir ala CEIP Les Ferrerires el día 25 de julio de 2014 a las 8:00 de la mañana, así aparece en la citación, que fue debidamente notificada a la acusada, y la cual reconoce haber recogido de un Policía Local que se la llevó a su domicilio.

Además de la declaración de la acusada en la que reconoce haber recogido la citación, también lo hace el testigo Sr Gerardo que alega que vivía con ella en ese momento y que momentos después de irse el Policía Local le comentó su pareja que la habían citado para ser miembro de una mesa electoral.

En segundo lugar queda acreditado que la acusada no acudió el día 25 de mayo de 2014, así lo ha reconocido la acusada y consta en el escrito emitido por el Secretario del Ayuntamiento de Pallafols, folio 7 de las actuaciones.

Por tanto una vez acreditado que la acusada estaba citada correctamente, que no había presentado excusa absolutoria y que no acudió al lugar de los hechos, es a la propia acusada a la que le corresponde probar que el hecho de no acudir, es decir de estar en otro lugar diferente al lugar donde estaba obligada a estar era por una causa justificada.

Y lo que alega realmente es que no sabía que tenía que ir porque aunque conste en la citación, sin embargo, no la leyó, porque el Policía Local que la había citado le dijo que no era necesario que acudiera dicho día porque al ser suplente en el caso de que debiera concurrir le avisarían por teléfono.

Por tanto lo que alega es el desconocimiento de que a las 8,00 horas debía estar en el centro asignado. No puede considerarse acreditado que el Policía Local le dijera a la acusada que no tenía que acudir a la mesa electoral por que la llamarían en ese caso, y ello porque los Policías son conocedores de la obligatoriedad de acudir a las mesas electorales todas las personas sean titulares y suplentes, y resulta imposible que el día de las elecciones los presidentes o la persona que se determinara comenzara a llamar por teléfono a los suplentes para constituir las mesas. Y además debe decirse que en la citación expresamente dice sin excepción que la las 8,00 de la mañana deberá acudir a la mesa el día designado. El testigo presentado alega también que la casa le dijo que el Policía le dijo que no debía acudir, pero este testigo no fue testigo de los hechos.

Como establece el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de abril de 2013 sobre el error de prohibición tiene establecido esta Sala que constituye uno de los avances del Derecho Penal contemporáneo de los diferentes países el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14- 11 ; 865/2005, de 24-6 ; 181/2007, de 7-3 ; y 753/2007, de 2-10).



Acerca del error de prohibición en el ámbito de los delitos electorales, y en concreto en lo que concierne a su aplicación con respecto al art. 143 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, la jurisprudencia se muestra notablemente restrictiva, de modo que la Jurisprudencia del tribunal Supremo no suele aplicarlo cuando es alegado como motivo de exclusión de la culpabilidad de un acusado. Tal criterio restrictivo se refiere a supuestos en que el imputado está citado como miembro integrante de una mesa electoral y no hace acto de presencia en la misma (SSTS 1301/1998, de 28-10 ; 1054/2004, de 4-10 ; 22/2007, de 22-1 ; 246/2007, de 15-3 ; 753/2007, de 2-10 ; y 27/2008, de 23-1), como sucede en el presente supuesto en el que debe concluirse que la acusada sabía la obligación que tenía de acudir el día de las elecciones porque así claramente estaba previsto en la citación y no acudió porque no lo consideró conveniente dando lugar por tanto a la responsabilidad penal que este tipo de conductas generan.

TERCERO.- De dicho delito es responsable criminalmente en concepto de autora la acusada Marí Luz por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que lo integran (art. 27 y 28 del C.P).

CUARTO.- No concurre en la acusada ni ha sido invocada, circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal.

QUINTO.- Conforme a los preceptos citados procede imponer al acusado las penas de multa de seis meses a razón de 4 euros de cuota diaria, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, conforme a lo previsto en el art. 53 del C. Penal, así como la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante 6 meses.

Se impone la pena de multa en su extensión mínima al no existir circunstancias que determinen la aplicación de una pena de mayor gravedad. Y en relación a la cuota diaria de multa que se fija en 6 euros, entendiéndose acorde aunque se desconozca la capacidad económica del acusado, como tiene reiteradamente establecido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo así el *ATS, sección 1 del 19 de enero de 2017 ATS 1258/2017* establece " Respecto a la fijación de la cuota de la multa y como hemos mantenido en una reiterada Jurisprudencia, la insuficiencia de datos acerca de la situación patrimonial del acusado, que no resultan colmadas con una mera declaración de insolvencia, no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto, sino que el reducido nivel mínimo de la pena de multa debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria. Por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo (cifr. STS 419/2016, de 18 de mayo, entre otras muchas). En tal sentido, SSTS 1342/2001; 1536/2001; 2197/2002; 512/2006 ó 1255/2009, entre otras.

La pena de inhabilitación especial se impone en mérito de lo dispuesto en el art. 137 de aquella Ley Orgánica 5/1.985 y se concreta en la misma extensión que la pena principal de multa, extensión también próxima al mínimo legal, dado que la extensión potencial de la misma recorre desde los 3 meses a los 20 años, según establece el art. 40.1 del C. Penal.

SEXTO.- El artículo 123 del Código Penal señala que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, por lo que resultando condenado el acusado, lo será también al pago de las costas causadas.

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que **DEBEMOSCONDENAR Y CONDENAMOS** a la acusada Marí Luz en concepto de autora criminalmente responsable de un **delito ELECTORAL**, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE MULTA A RAZÓN DE 6 EUROS DIARIOS, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de SEIS MESES, así como al pago de las costas procesales causadas en ésta Instancia.

En caso de impago de la expresada multa, quedará sujeto el condenado al cumplimiento de un día de responsabilidad personal por cada dos cuotas de multa impagadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, informándoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación a preparar ante este tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación practicada.

Así por esta nuestra sentencia de la se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.