



Roj: **SAP GI 1580/2018 - ECLI: ES:APGI:2018:1580**

Id Cendoj: **17079370042018100243**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **4**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **30/2018**

Nº de Resolución: **445/2018**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO ORTI PONTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCIÓN CUARTA

#### GIRONA

**Rollo Procedimiento Abreviado nº 30/ 2018.**

**Procedimiento Abreviado nº 23/ 2016.**

**Juzgado de Instrucción nº 4 de Figueras.**

#### **SENTENCIA Nº 445/18**

Sres.

D. Adolfo Jesús García Morales.

D. Francisco Orti Ponte.

D. Víctor Correas Sitjes.

En la ciudad de Girona a 20 de septiembre 2018.

Vista por esta Sección en Juicio Oral y público ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial la presente causa nº 30/ 2018, Procedimiento Abreviado nº 23/ 2016, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Figueras seguidas por un delito contra el régimen electoral general (propaganda ilegal) contra el/la acusado/a Higinio mayor de edad, nacido en Jafre (Girona) en fecha NUM000 - 1980, hijo de Jorge y de Gracia con DNI nº NUM001 y con domicilio en c/ DIRECCION000 nº NUM002 viladamat (Girona) y cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, y defendido por el Letrado Sr/ Sra. D/Dª. Benet Salellas Vilar y contra el acusado Marcelino mayor de edad, nacido en Barcelona en fecha NUM003 - 1975 hijo de Melchor y de Magdalena con DNI nº NUM004 y domicilio en TRAVESIA000 nº NUM005 de Viladamat (Girona) y cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, y defendido por el Letrado Sr/ Sra. D/Dª. Montserrat Vinyets Pagés. Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr/ Sra. D/Dª. Dolors Torres, y habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Orti Ponte, el cual expresa el parecer del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.-** Probado y así se declara que aproximadamente entre las 01: 00 y 02: 00 horas del día 26 de septiembre de 2015 los acusados Higinio mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Marcelino mayor de edad y sin antecedentes penales se encontraban bajo el puente situado en la carretera GI- 623 a la altura de la localidad de Viladamat y con ayuda de un proyector que reflejaba en la pared la expresión " Governem- nos" y " 27- S" se encontraban pintando sobre la pared con pintura roja dichas expresiones.



La hora en que los acusados se encontraban realizando dicha pintada correspondía con la jornada de reflexión de las elecciones al Parlamento de Catalunya de 2015.

No ha quedado acreditado que el color rojo utilizado, el formato y diseño de letra así como la expresión " Governem- nos" y " 27-S" fuera el utilizado por la formación política CUP- Candidatura dUnitat Popular- en las citadas elecciones, ni que con dicho acto tuvieran como finalidad captar el voto a favor de dicha u otra candidatura o de un concreto candidato, o de disuadir a que se elija a cualquier otra opción política.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de un delito de propaganda electoral ilegal previsto y penado en el art. 144 de la LO 5/ 1985 del Régimen Electoral General en relación con los arts. 9 y 19 del C. P solicitando se imponga a los acusados la pena de 18 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros con la responsabilidad personal subsidiaria que en su caso proceda con arreglo a los arts, 9 y 53 del C. P así como la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de un año ex art. 137 y 144 de la LOREG, así como el pago de las costas procesales.

**TERCERO.-** La defensa de los acusados calificaron definitivamente los hechos como no constitutivos de infracción penal, solicitando la libre absolución de sus defendidos.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de propaganda electoral ilegal del art. 144 de la LOREG 5/ 1985 de 19 de junio, que viene siendo imputado por el Ministerio Fiscal.

Si bien el Ministerio Fiscal no especifica en su escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivas el apartado y letra en concreto del art. 144 de la LOREG por el que se formula acusación, debemos entender que se refiere sin duda al apartado 1 letra a) ya que en su conclusión segunda se refiere expresamente a " propaganda ilegal", delito este que se encuentra castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses, y castiga a quienes lleven acabo alguno de los actos siguientes: a) Realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral.

En este sentido, y una vez más, el derecho penal se incorpora al sistema normativo de las elecciones para garantizar el proceso electoral, tipificando aquellas conductas que se consideran atentan de manera más grave a los fines que con las Leyes de esta naturaleza se persiguen. Nace así uno de los delitos electorales, en cuanto normas penales que describen aquellos actos que conculcan gravemente la libertad de elección de los ciudadanos o atentan contra su autenticidad.

El delito sancionado en el artículo 144.1, a) de la Ley General Electoral ( RCL 1985\ 1463; RCL 1986\ 192 y ApNDL 4080) (realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral) tiene por finalidad proporcionar a los ciudadanos el sosiego necesario para que libre y voluntariamente manifiesten su intención de voto. Al respecto, la Sentencia de 5 mayo 1989 ( RJ 1989\ 4130) que no da lugar al recurso de casación respecto de otra sentencia dictada por esta Audiencia, señala que "terminada la campaña electoral la Ley establece el llamado período de reflexión, en el que el elector, libre ya de la presión psicológica de los mensajes propagandísticos pueda decidir con serenidad de ánimo la candidatura o la persona que estime más idónea. Por ello se prohíbe la continuación de la campaña que, de alguna manera, pueda perturbar en esas últimas horas el sosiego y la tranquilidad indispensables para una profunda reflexión en un acto tan trascendente como es el de elegir la persona o personas que hayan de representarnos en la Institución a que la elección se refiere.

**SEGUNDO.-** La defensa considera en su informe que los imputados no pueden en modo alguno ser sujetos activos del delito conforme al art. 50 apartado 4 de la LOREG el cual dispone que : " Se entiende por *campaña electoral*, a efectos de esta Ley , el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los *candidatos*, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios" y ello por entender que no ha quedado acreditado que los acusados fueran candidatos a la formación política CUP - Candidatura dUnitat Popular- ni a ninguna otra formación política.

En efecto no ha quedado probado que los imputados fueran candidatos de dicha formación política ni de ninguna otra, ya que si bien ellos mismos han reconocido que son el Alcalde y un edil del Ayuntamiento de Viladamat ( Girona), se ignora por parte de este Tribunal si dicho Ayuntamiento se encuentra gobernado por la formación política CUP - Candidatura dUnitat Popular- ni tampoco como consta en el relato de hechos probados "No ha quedado acreditado que el color rojo utilizado, el formato y diseño de letra así como la expresión " Governem- nos" y " 27-S" fuera el utilizado por la formación política CUP- Candidatura dUnitat Popular- en las citadas elecciones", dado que ninguna prueba se ha practicado al respecto y tendente a acreditar que el logo de la formación política CUP en la campaña electoral correspondiente a las elecciones al

Parlamento de Catalunya de 2015 fuera el que consta en folio 8 de las actuaciones, en los términos exigidos en el art. 46. 1 de la LOREG el cual dispone que " El escrito de presentación de cada candidatura debe expresar claramente la denominación, siglas y símbolo del partido, federación, coalición o agrupación que la promueve, así como el nombre y apellidos de los candidatos incluidos en ella.

Sin embargo la tesis de defensa no puede prosperar porque el delito imputado no es un delito de " campaña electoral ilegal", sino de " propaganda electoral ilegal" que no requiere que sea cometido por *candidatos*, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios, y es que la LOREG distingue claramente a lo largo de su articulado la expresión " campaña electoral" y " propaganda o publicidad electoral".

Los destinatarios de la prohibición son todas las personas físicas y jurídicas, sin excepción. Nadie puede hacer ya propaganda, no sólo aquellos a quienes en el período de campaña electoral la realizan y pueden realizar, sino todos. Otra interpretación conduciría al absurdo, es decir, a la más absoluta inoperatividad del importante mandato legal, porque la propaganda se haría, al menos "formalmente", por personas no vinculadas a partidos, federaciones, coaliciones El período de reflexión supone una limitación temporal, de todo punto necesaria, de esa básica libertad de expresión que ha podido ejercitarse antes con todos los efectos y con las máximas garantías y se podrá volver a ejercer después; se limita una vez que la campaña ha terminado hasta la elección, en aras de otra libertad también esencial: la de elegir sin ningún tipo de presiones.

Entendiéndose por propaganda electoral de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo el 14 febrero 1992 ( RJ 1992\ 1181), aquellos actos que tengan por objeto persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de una determinada candidatura o de un concreto candidato, o, desde una dimensión negativa, que se trate de disuadir a que se elija a cualquier otra opción política ; y en segundo lugar, que exista proyección pública , y finalmente, que se valoren todas las circunstancias para poder determinar la extemporaneidad del considerado acto propagandístico proscrito.

**TERCERO.-** La única prueba practicada en el acto de la vista oral es la declaración de los imputados que manifiestan que en efecto realizaron la pintada pero que finalizaron la misma antes de las 00: 00 horas del día 26 de septiembre de 2015, y que cuando fueron requeridos por los Mossos d'Esquadra la pintada ya estaba finalizada estaban recogiendo la pintura, el proyector y los pinceles. Sin embargo y frente a dicha declaración - prestada sin duda en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa- se encuentra el testimonio imparcial del agente del cuerpo de Mossos d'Esquadra TIP nº NUM006 que manifestó que "... Estaban realizando labores de seguridad ciudadana y que vieron a dos personas pintando una pared y los identificaron, que serían sobre las 01: 00 y 02: 00 horas del día 26 de septiembre de 2015. Que había un proyector que reflejaba la imagen en la pared y que pintaban las letras con pintura roja, tenían pinceles en las manos y botes de pintura... eran desde luego pasadas las 00: 00 horas... que la pintada que consta al folio 8 - exhibido- es la que vieron..."

Pese a que el Ministerio Fiscal en su informe manifiesta que es " público y notorio" que el color rojo y formato de letra y diseño de la expresión que obra al folio 8 de las actuaciones se corresponde con la formación política CUP, se trata desde luego de una presunción en contra de reo prohibida en nuestro derecho Penal.

En este sentido no obra prueba alguna que acredite tal extremo, y si bien el Ministerio Fiscal al folio 39 de las actuaciones solicitó se aporte prueba documental consistente en la imagen del logo utilizado por el partido político CUP en la campaña electoral correspondiente a las elecciones celebradas el día 27 de septiembre de 2015. El Juez de Instrucción al folio 43 requirió la aportación de dicha documental a los investigados , los cuales al folio 56 en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa manifestaron que " no cumplimentarían el requerimiento porque entienden que no le corresponde a la defensa aportar pruebas de la acusación"; y ante esto el Ministerio Fiscal lejos de solicitar dicha prueba mediante oficio a la Junta Electoral Provincial y tras el dictado del auto de transformación a Procedimiento Abreviado formuló escrito de conclusiones provisionales.

Por tanto si los acusados con dicha pintada tenían como finalidad el llamamiento al voto a la CUP o a otra formación política y no suponen un acto de persuasión dirigido a los ciudadanos para conseguir el voto de estos en favor de una opción política concreta, ni supone propaganda activa de clase alguna en favor de determinado partido, ni en su vertiente negativa se instaba a que los ciudadanos no votaran determinada opción política.

**CUARTO.-** Planteándose la duda el Tribunal en efecto si el color rojo y formato de letra y diseño de la expresión que obra al folio 8 de las actuaciones se corresponde con la formación política CUP u otra - al no haberse practicado prueba al respecto-, duda que debe ser resuelta a favor del reo.

En este sentido por lo que se refiere al principio in dubio pro reo la doctrina científica y jurisprudencial le concede una doble dimensión:



a) *Normativa* , que impone a los Jueces y Tribunales aplicar la norma susceptible de varios significados, de la forma más favorable al imputado, y

b) *Procesal/valorativa* , que impone a los Jueces que cuando tras la valoración crítica de la prueba no alcancen el axiomático juicio de certeza, "más allá de toda duda razonable" que constituye el canon exigible en todo pronunciamiento condenatorio deben escoger la tesis absolutoria, o si la duda es entre dos pronunciamientos condenatorios, aquel que sea menos gravoso. -- STS 273/2013 (RJ 2013, 2504) ; ATS de 3 de Junio de 2004 (JUR 2004, 263873) , entre otros--.

**QUINTO.**- "A contrario sensu" de lo establecido en el artículo 106 y 123 del Código Penal, en caso de absolución las costas deben declararse de oficio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Marcelino y Higinio del delito electoral - propaganda ilegal- que se les venía imputando con todos los pronunciamientos favorables y expresa declaración de oficio de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días.

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

**PUBLICACION.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente constituido en Audiencia Pública, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe.