



Roj: SAP SS 568/2012 - ECLI:ES:APSS:2012:568  
Id Cendoj: 20069370012012100300  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Donostia-San Sebastián  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1215/2011  
Nº de Resolución: 148/2012  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA  
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

**Sección / Atala : 1ª/1.**

Calle SAN MARTIN 41,1ªPLANTA,DONOSTIA - SAN SEBASTIAN / SAN MARTIN Kalea  
41,1ªPLANTA,DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

Tel.: 943-000711

Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. / IZO : 20.01.1-09/001496

**Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko apelazioko erroilua 1215/2011**

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : DELITO **ELECTORAL** /

Juzgado de lo Penal nº 2 de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 65/2011

**SENTENCIA Nº 148/2012**

**ILMOS/AS. SRES/AS.**

**D. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI**

**D. AUGUSTO MAESO VENTUREIRA**

**Dña. MARIA JOSE BARBARIN URQUIAGA**

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintisiete de marzo de dos mil doce.

La Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzcoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado nº 65/11 del Juzgado de lo Penal nº 2 de esta Capital, seguido por un delito **electoral**, en el que figura como apelante el **MINISTERIO FISCAL**, siendo parte apelada **D. Gines**, representado por el Procurador Sr. Otérmin y defendido por el Letrado Sr. Oquiñena Perelló.

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 16 de mayo de 2011, que contiene el siguiente FALLO:

*"Que debo absolver y absuelvo a don Gines del delito **electoral** del que era acusado, declarando de oficio las costas causadas."*

**SEGUNDO** .- Notificada dicha resolución a las partes, por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso, que fue admitido e impugnado por Gines. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto

el día 22 de junio de 2011, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo 1215/11, dictándose con fecha 2 de febrero providencia citando a las partes y al acusado a una vista que se celebró el día 13 de marzo de 2012 a las 9.30 horas de su mañana con asistencia de los mismos.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**CUARTO** .- Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Presidente D. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI.

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la resolución de instancia, que literalmente establecen que:

*"PRIMERO. El día 1 de marzo de 2009, el acusado don Gines , mayor de edad y sin antecedentes penales, no se presentó en el colegio **electoral** Bastero Kuturgunea, situado en la calle Nagusia, nº 31, A 1º, izquierda, de la localidad de Andoain (Guipúzcoa), lugar se había de constituir la Mesa **Electoral** NUM000 NUM001 , de la cual tenía que formar parte al haber sido designado como primer vocal, todo ello con ocasión de las **elecciones** al Parlamento Vasco.*

*SEGUNDO. El acusado tiene su domicilio habitual en la CALLE000 , nº NUM002 , NUM003 NUM004 , de la ciudad de Madrid. El acusado es enfermo crónico de hiperuricemia y días antes del 1 de marzo de 2009 sufrió un ataque agudo de gota que le impidió desplazarse desde Madrid hasta Andoain.*

*TERCERO. La notificación de la designación de miembro de la Mesa **Electoral** no la recibió personalmente el acusado, sino que se lo comunicó por teléfono su hermana doña Estrella , quien había recibido la notificación en el domicilio de Andoain, donde el acusado seguía empadronado."*

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO.- Debate jurídico

1.- El Ministerio Fiscal recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Donostia-San Sebastián, de fecha 15 de mayo de 2011 , que absuelve a D. Gines del delito **electoral** objeto de acusación. La parte apelante sostiene que el juzgador de instancia ha incurrido en un error jurídico al concluir que el acusado no ejecutó el injusto descrito en el artículo 143 de la Ley de **Régimen Electoral** General dado que, por una parte, padecía de un ataque de gota en el momento de los hechos que le imposibilitaba acudir a la cita **electoral** y, por otra, que la Administración no cumplió con su obligación de notificar al acusado en persona el nombramiento de la mesa **electoral**. El recurrente mantiene que, conforme a la dicción normativa del tipo, "(...) no se consume esta conducta delictiva cuando no se cumple con la obligación de comparecer, sino también cuando, ante la imposibilidad conocida de cumplir con esta obligación, no se realiza el aviso previo o no se solicita la excusa". Además, resulta que, a su juicio, "(...) la gravedad de la conducta del acusado es mayor si cabe ya que ni acudió ni solicitó la excusa previa, ni avisó de la imposibilidad que tenía de haber acudido. En resumidas cuentas, ni siquiera efectuó una llamada telefónica el día de las **elecciones**, para dejar constancia al resto de los miembros de las mesas **electorales** de que no iba a poder comparecer".

2.- La Defensa se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida. Tras poner en tela de juicio la conveniencia político criminal de la existencia del ilícito penal (tema ajeno al ámbito de lo jurisdiccional), menta que el acusado no pudo cumplir la función de Vocal de la Mesa **Electoral** dado que, el día anterior a las **elecciones**, sufrió un ataque de gota de tal magnitud que le era imposible realizar el más mínimo movimiento.

### SEGUNDO.-D **elito electoral: injusto del artículo 143 de la Ley de Régimen Electoral General**

1.- El Ministerio Fiscal afirma que en la sentencia recurrida se ha incurrido en un error jurídico sustantivo al haber calificado de atípica una conducta que, a su entender, y conforme a lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley de **Régimen Electoral** General , tiene cabida en el injusto penal descrito en el escrito de acusación. Por lo tanto, el debate es de estricta tipicidad, y su resolución tiene que realizarse a la luz de los hechos consignados en la declaración probatoria. En la misma se deja constancia de que el acusado D. Gines :

\* Fue designado como primer vocal de la Mesa **Electoral** NUM000 NUM001 constituida en el colegio **electoral** Bastero Kuturgunea, de la localidad de Andoain, con ocasión de las **elecciones** al Parlamento Vasco.

\*La notificación se realizó en el domicilio de Andoain en el que se encontraba empadronado, recibéndola su hermana, D<sup>a</sup> Estrella , quien comunicó el objeto de la misma a su hermano de forma telefónica, dado que, este último, a pesar de seguir empadronado en Andoain, reside habitualmente en Madrid.

\*El acusado no se presentó en el colegio **electoral** el día señalado -1 de marzo de 2009- dado que, días antes, sufrió un ataque de gota que le impidió el desplazamiento.

2.- En el escrito de acusación -donde se contiene la pretensión penal ejercitada frente al acusado- se indica que el acusado D. Gines , se ausentó sin justificación alguna de la constitución de la Mesa Electora, pese a ser informado de la obligación de comparecer, a la que había sido convocado como 1º vocal. Ello conlleva, a juicio de la parte acusadora, la realización del injusto descrito en el artículo 143 de la Ley de **Régimen Electoral** General .

El precepto indicado dispone que el Presidente y los Vocales de la Mesa **Electoral**, así como sus respectivos suplentes, que dejen de concurrir a 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 arresto mayor y multa de 30.000 a 100.000 pesetas.

El juicio de tipicidad tiene como premisa, como ya ha quedado referido, la declaración probatoria contenida en la instancia sin que sea preciso, atendiendo al planteamiento de la parte, que este tribunal proceda a un examen en clave probatoria de los informes y dictámenes existentes en la causa sobre la enfermedad del acusado y su manifestación clínica en la fecha de los hechos. Por lo tanto, estamos obligados a partir de la premisa de que el Sr. Gines sufrió un ataque de gota que le impidió desplazarse de la localidad de Madrid, ciudad en la que reside, al término municipal de Andoain, en el que se encuentra empadronado.

Desde esta perspectiva factual, el injusto descrito en el artículo 143 de la Ley de **Régimen Electoral** General tiene tres modalidades típicas que recaen sobre los sujetos obligados- Presidente y Vocales de la Mesa **Electoral**-: no concurrir a desempeñar sus funciones; abandonarlas sin causa legítima y incumplir sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta ley . Excluido- por no responder a la hipótesis factual introducida por la acusación- la segunda modalidad -abandonar la mesa electora sin causa legítima- procede ponderar si acaece alguna de las otras dos -no concurrir a desempeñar las funciones **electorales** para las que ha sido designado o incumplir sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone la ley-.

Ambas modalidades constituyen tipos de omisión. Por lo tanto, producida la situación típica - que exista una designación para formar parte de una mesa **electoral**- que genera el deber de desplegar la conducta legalmente exigida -concurrir a desempeñar las funciones encomendadas o excusarse o formular un aviso previo en los términos legales- es preciso, también, para integrar el injusto de omisión la constatación de los dos elementos adicionales que confieren materialidad al delito -y lo diferencian, por lo tanto, del ilícito administrativo-: la existencia de una capacidad para desplegar la acción exigida -último elemento de la parte objetiva del tipo- y el dolo -dato integrante de la parte subjetiva-.

En el caso enjuiciado es indiscutible que el Sr. Gines :

\*Fue designado Vocal de la Mesa **Electoral** y

\*no acudió a la Mesa **Electoral** ni presentó excusa ni formuló aviso.

Concurren, por lo tanto, los dos primeros elementos de la parte objetiva del tipo: la situación típica -ser designado Vocal de la Mesa **Electoral**- y la falta de realización de la acción exigida por la ley -no acudir a la Mesa **Electoral**, y no presentar excusa o formular aviso previo-. Falta por discernir si tuvo la capacidad para desplegar la acción exigida y si, presente la misma, existió dolo.

Respecto a la falta de asistencia a la Mesa **Electoral**, a partir de la declaración probatoria -premisa necesaria del juicio de tipicidad- la conclusión es que el acusado no tuvo capacidad para desplegar la acción exigida -acudir a la Mesa **Electoral**- dado que el fin de semana en el que se celebraron las **elecciones**, sufrió un ataque de gota que le impidió desplazarse de la localidad en la que reside -Madrid- al término municipal en el que se encuentra empadronado -Andoain-.

Con relación a la falta de presentación de una excusa o de formulación de un aviso, presente la capacidad para desplegar la acción exigida -el ataque de gota se produjo días antes de la celebración de las **elecciones**, según se indica en los hechos probados de la sentencia- la omisión de la acción exigida es injustificada- producido el referido ataque era factible presentar una excusa o, cuanto menos, avisar de la incomparecencia, dado que la sintomatología clínica se produjo días antes de la cita **electoral** y, además,

su tratamiento no precisó de una asistencia médica -. Esta falta de realización de la acción exigida por la ley a quien tiene capacidad para llevarla a cabo fue, además, dolosa, pues es indiscutible que el Sr. Gines , que recibió la notificación en el domicilio en el que está empadronado, tuvo conocimiento de su designación como vocal a través de la llamada telefónica que le efectuó su hermana y, a partir de ese momento, supo que tenía un deber cívico inexcusable cuya falta de cumplimiento precisaba, conforme al saber común predicable del hombre medio, que presentara una excusa o, en su caso, formulara un aviso. No llevó a cabo ninguna de estas actuaciones y, de esta forma, incumplió su deber cívico, ocasionado, con ello, una distorsión en el normal funcionamiento del proceso **electoral** diseñado para expresar la soberanía nacional que reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado ( artículo 1.2 CE ).

Por lo tanto, procede estimar el recurso de apelación. En principio la previsión legal es la imposición cumulativa de una pena privativa de libertad -la localización permanente ( disposición transitoria octava de la LO 5/2010 en relación con la disposición transitoria undécima e de la LO 10/1995, de 23 de noviembre )- y la pena de multa ( disposición transitoria undécima f de la LO 10/1995, de 23 de noviembre ). Sin embargo, el Ministerio Fiscal, única parte recurrente, postuló en la vista del recurso que únicamente se impusiera al acusado la pena de multa lo que, en virtud del contenido jurisprudencial asignado al principio acusatorio, obliga a este Tribunal a moverse dentro de la propuesta punitiva planteada por la acusación. Consecuentemente, se impone la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de seis euros.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal **revocamos la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Donostia-San Sebastián, de 16 de mayo de 2011 , y, en su lugar, emitimos otra resolución por la que condenamos a D. Gines , como autor de un delito **electoral**, descrito en el artículo 143 de Ley de Régimen Electoral General , a la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de seis euros (global de 1.080 euros), cuya responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago por insolvencia, se terminará en los términos previstos en el artículo 53 del Código Penal , así como costas de la primera instancia, declarándose de oficio las devengadas en la apelación.**

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.