

Id Cendoj: 28079120012004100907  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1791/2003  
Nº de Resolución: 1054/2004  
Procedimiento: Recurso de casación  
Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

\* Error de prohibición en un delito propio de omisión.\* Motivo para indagar sobre la existencia de mandatos jurídicos de actuar.\* El art. 16. 1 CE como causa de justificación.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por el procesado Alfonso contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que le condenó por delito electoral, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho procesado, como parte recurrente, representado por la Procuradora Sra. Montes Agustí.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Cornellá instruyó sumario con el número 4434/03 contra el procesado Alfonso y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 18 de junio de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Se declara probado que el acusado Alfonso, mayor de edad y sin antecedentes penales quien, habiendo sido nombrado por la Junta Electoral para desempeñar la función de Presidente 2º Suplente de la Mesa Electoral B de la Sección 7ª del Distrito 5 de la localidad de Cornellá de Llgat que se celebraron el domingo 12 de marzo de 2000, y con la intención de perjudicar la buena marcha del proceso electoral, no se presentó el día de las elecciones a desempeñar las funciones para las que había sido nombrado ni alegó causa para ello".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: CONDENAMOS a Alfonso como responsable en concepto de autor del delito electoral antes descrito de que fue acusado por el Ministerio Fiscal, sin que le afecte ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad, a las penas de ONCE FINES DE SEMANA DE ARRESTO, y SIETE MESES DE MULTA, con cuota diaria de DIEZ EUROS con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de 105 días de privación de libertad. Asimismo, le condenamos a la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL SUFRAGIO PASIVO por tiempo de SEIS AÑOS, así como al pago de las costas procesales.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes...".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del procesado basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

PRIMERO.- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* por vulneración del derecho a presunción de inocencia del *art. 24.2 CE*.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 851.1º LECr*..

TERCERO.- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* por vulneración del derecho a la libertad ideológica del *art. 16.1 CE*.

CUARTO.- Al amparo del *art. 849.1º LECr*., por aplicación indebida de los *arts. 24, 143, 137 Ley Orgánica del Régimen Electoral General* en relación con los *arts. 1 y 14 CP*.

QUINTO.- Al amparo del *art. 849.1º LECr*., por infracción del *art. 66.1º CP* en relación con el *art. 120.3º CE*, con el *art. 143 de la Ley de Régimen Electoral* y con la *Disposición Transitoria nº 11 del CP*.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día 20 de septiembre de 2004.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero, segundo, tercero y cuarto motivo del recurso constituyen una unidad que se debe considerar conjuntamente. El recurrente estima que se ha vulnerado el *art. 24.2 CE* al no haberse practicado prueba de cargo suficiente de su error sobre la existencia de un mandato o imperativo jurídico que le obligaba al cumplimiento de las tareas que son inherentes a la designación como Presidente 2º suplente de una mesa electoral. Sostiene además, que en todo caso, obró con error sobre el carácter imperativo de los deberes cuyo incumplimiento se le imputa. En último lugar alega que en la sentencia no se resolvió sobre su defensa referente a la discriminación que conllevaría obligarlo a obrar contra sus convicciones ideológicas.

Los cuatro motivos deben ser desestimados.

1. Es claro que la Audiencia no omitió resolver sobre una cuestión planteada en el juicio, pues la Defensa, como lo señala el Fiscal, no planteó la existencia de un error de prohibición.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia debemos señalar que la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición, establecidos los hechos en los que el autor alega el error, no es un problema de prueba. En efecto, en el ámbito del error de prohibición no rige el principio del conocimiento, sino el principio de la responsabilidad, es decir, el sujeto responde por no haber tenido conocimiento de la prohibición o del mandato, cuando podía haberlo tenido. Esto surge directamente del texto del *art. 14.3 CP* que distingue entre errores vencibles e invencibles y en los primeros sólo atenúa la pena. Pero, en todo caso, configura un juicio sobre la responsabilidad del autor por su desconocimiento de la prohibición en una situación determinada, cuya prueba, como tal, no ofrece ninguna duda.

Consecuentemente, el juicio sobre la evitabilidad del desconocimiento del mandato alegado no es una cuestión de hecho, sino de derecho. Por tal razón no existe, en este aspecto, vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia del *art. 24.2 CE*.

Es cierto que en el hecho probado se imputa al acusado haber tenido intención de perjudicar la buena marcha del proceso electoral y que el recurrente sostiene que su ausencia no produjo perturbación alguna, valiéndose para ello de las constancias que obran en el folio 3. Pero este aspecto es ajeno completamente al objeto del proceso y la afirmación contenida en el hecho probado carece de toda relevancia a los efectos de la tipicidad, toda vez que el tipo penal del *art. 143 LGE* no requiere que el omitente haya tenido una intención específica; el tipo subjetivo, dado el carácter omisivo del delito, se completa con el conocimiento de las circunstancias -que el recurrente no niega- generadoras del deber de actuar y de la posibilidad de hacerlo. Por tales razones tampoco en este sentido se puede apreciar una infracción del *art. 24.2 CE*.

2. Dando por cierta la alegación del recurrente sobre su ignorancia de la obligación, corresponde determinar si su ignorancia era o no evitable. La respuesta debe ser positiva. El recurrente tuvo razones para aclarar sus dudas respecto del carácter obligatorio de la designación, pues recibió una citación oficial con la designación. Nadie que tenga una mínima socialización en nuestro medio político cultural puede pensar que tales funciones se cumplen sólo si se quieren cumplir. Por lo tanto, pudo despejar la duda

acudiendo a una fuente de información jurídica competente para aclararle sus obligaciones y tenía además capacidad para comprender la información que se le hubiera dado.

Pero, sin perjuicio de todo ello, lo cierto es que la pretensión de que se aplique el *art. 14.3 CP* es manifiestamente insostenible. En los hechos probados no existe ninguna circunstancia que permita apoyar la existencia de un error. Además, la Sala ha podido comprobar, recurriendo a las facultades que le confiere el *art. 899 LECr.*, que el recurrente en su declaración, con asistencia letrada, prestada al folio 175/176 de las diligencias previas, dijo haber tenido conocimiento de la obligatoriedad de los deberes que se desprendían de la citación recibida. Por lo tanto, lo que no ha existido en esta causa es error de ninguna naturaleza.

3. Por último el recurrente alega que obró en ejercicio del derecho a la libertad ideológica. Tal argumento se debe entender como la alegación de que su actuación estaba amparada por una causa de justificación en los términos del *art. 20,7º CP*. Sin embargo, debemos subrayar que la libertad ideológica que reconoce el *art. 16.1 CE* no es una cláusula que permita someter los deberes legales a las convicciones de los ciudadanos. Dicho con otras palabras: la libertad ideológica no autoriza a obrar contra derecho, sino a no soportar ninguna limitación de derechos por razón de la ideología o de las creencias. El texto del *art. 16 CE* es claro: la garantía reconoce el límite necesario para el mantenimiento del orden público, es decir, no dispensa del cumplimiento de la ley. Consecuentemente, la convicción del recurrente no tenía el carácter de una causa de justificación. El error sobre el alcance del *art. 16.1 CE* nunca ha sido alegado y, en todo caso, era evitable por las mismas razones que ya hemos expuesto.

SEGUNDO.- El quinto motivo del recurso ha sido apoyado parcialmente por el Fiscal. El recurrente sostiene que no ha existido motivación de la pena a imponer. Sustancialmente se viene a sostener en este motivo que en el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia se afirmó que la pena que corresponde imponer es la del mínimo previsto en el correspondiente marco penal, no obstante lo cual en el fallo se han puesto penas de arresto de fin de semana y de multa que superan ese mínimo.

El motivo debe ser estimado.

Es evidente que cuando en el razonamiento jurídico se expone la medida de la pena, la discrepancia entre el contenido del fallo y la fundamentación del mismo debe tener preminencia, si se desprende de esta última que el tribunal no consideraba necesaria la superación del mínimo penal y objetivamente no existían razones de carácter preventivo o retributivo que lo justificaran.

### III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL MOTIVO QUINTO DEL RECURSO DE CASACIÓN por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por el procesado Alfonso contra sentencia dictada el día 18 de junio de 2003 por la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por un delito electoral; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater Perfecto Andrés Ibáñez José Manuel Maza Martín

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Bacigalupo Zapater, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cornellá se instruyó sumario con el número 4434/03 contra el procesado Alfonso en cuya causa se dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2003 por la Audiencia Provincial de Barcelona, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen

y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada el día 18 de junio de 2003 por la Audiencia Provincial de Barcelona .

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

### **III. FALLO**

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Alfonso como responsable en concepto de autor del delito electoral antes descrito, a las penas de siete arrestos de fines de semana, y cinco días multa con una cuota diaria de 10 euros, manteniendo los demás pronunciamientos de la Audiencia no modificados por el fallo de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Enrique Bacigalupo Zapater Perfecto Andrés Ibáñez José Manuel Maza Martín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.