

Id Cendoj: 28079120012006100424
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 457 / 2005
Nº de Resolución: 396/2006
Procedimiento: Recurso de casación
Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

*Delito electoral.*Sustitución de la pena de arresto de fin de semana. *Voto particular.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil seis.

En el Recurso de Casación que ante Nos pende, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra la Sentencia nº 66/2005, de fecha 18/1/2005, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, en la causa Rollo nº 110/2004, dimanante de las Diligencias Previas nº 685/2004 del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona , seguida contra Carlos Miguel , por delito electoral, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar, bajo la Presidencia y Ponencia del primero de los indicados, Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez, se ha constituido para la deliberación, votación y Fallo; ha sido también parte el acusado Carlos Miguel , como parte recurrida, representado por el Procurador Sr. D. Alfonso-María Rodríguez García.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona inició las Diligencias Previas nº 685/2004 seguidas contra Carlos Miguel por delito electoral y las elevó a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena que, con fecha 18/1/2005, dictó la Sentencia nº 66/2005, de fecha 18/1/2005 , que contiene los siguientes hechos probados:

"Hechos probados: Se declara probado que Ángeles , mayor de edad sin antecedentes penales, en 28 de octubre de 2003 recibió personalmente notificación de haber sido designado primer suplente del primer vocal de la mesa Electoral correspondiente al Distrito 2º Sección 60 Mesa U de Barcelona que debía constituirse en el local Escola "Els Llorers" sito en la Calle Aragón nº 121, a las 8 horas de la mañana del día 16 de noviembre de 2003, fecha de las Elecciones al Parlament de Catalunya, en cuya notificación se le hacía saber el carácter obligatorio del cargo, la posibilidad de alegación de excusas, así como que dejar de concurrir sin causa justificada, a la no alegación de excusa o aviso previo, como delito, estaba conminado con las penas correspondientes.-No obstante tal notificación, Carlos Miguel no acudió al colegio electoral ni alegó excusa alguna en justificación de imposibilidad de acudir".

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos a Carlos Miguel como responsable en concepto de autor del delito electoral antes descrito, del que fue acusado por el Ministerio Fiscal, sin que le afecte ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad, a las penas de multa de seis meses con cuota diaria de seis (6) euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas una vez hecha excusión de sus bienes, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por tiempo de un año así como al pago de las costas procesales".

3. Notificada en legal forma la sentencia a las partes personadas, se preparó por EL MINISTERIO FISCAL Recurso de Casación por Infracción de Ley, 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. El Recurso de Casación interpuesto por Infracción de Ley por EL MINISTERIO FISCAL se basa en el siguiente motivo de casación:

Unico.- Por infracción de ley al amparo del *art. 849.1º de la LECr .*, por infracción del *art. 134 de la Ley Electoral General* y de la *Disposición Transitoria Undécima del CP, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre .*

5. Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando el recurso; la Sala admitió el Recurso; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 6/3/2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó al acusado Carlos Miguel como autor de un delito electoral tipificado en el *art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio* , del Régimen Electoral General, a las penas de multa de seis meses, con cuota diaria de seis euros, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en caso de impago, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por tiempo de un año; así como al pago de las costas procesales.

El Ministerio Fiscal, al amparo del *art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr .)*, denuncia la infracción del *art. 143 de la LO 5/1985* , en relación con la *Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de Noviembre .* Lo que centra en que la sentencia no impone la pena que sustituye a la de arresto de siete a quince fines de semana establecida por la *LO 10/1995 de 23 de noviembre* , que, su vez, había reemplazado a la de arresto mayor que preveía aquel *art. 143* .

2. El delito por el que Carlos Miguel ha sido condenado - *art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General* - llevaba aparejadas las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 ptas., junto a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo prescrita por el *art. 137 del mismo Cuerpo Legal* . Tras la promulgación del *nuevo Código Penal en 1995* y por imperativo de su *Disposición Transitoria 11ª* tales penas quedaron sustituidas por las de arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses, además de la reseñada inhabilitación. La *reforma del Código Penal por la LO 15/2003* , que ha entrado en vigor el uno de octubre de 2004, ha suprimido la pena de arresto de fin de semana, sin que se haya realizado previsión alguna para los tipos contenidos en la legislación penal especial.

3. El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29 de noviembre de 2005 ha adoptado el siguiente Acuerdo: "al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las *Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11* , se aplican también en relación con las Leyes penales especiales". Basándose en que una interpretación que generalizara el que, en todos los casos en que la legislación especial siga mencionando la pena de arresto mayor habría que entender como no existente tal mención atendido que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido del *art. 33 del Código Penal* , sería inasumible porque supondría una despenalización en determinadas infracciones que continúan figurando como tales en la legislación especial con una sola pena, la de arresto mayor.

Así las cosas, según las sentencias que viene pronunciando esta Sala (20/1/2006 y otras) sería de aplicación el *apartado 1) de la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal* , según la cual "cuando se hayan de aplicar leyes penales especiales...se entenderán sustituidas..cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (en este caso, la pena de arresto de fin de semana), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse".

Y, siempre según esa doctrina, la nota de la equivalencia se encuentra en la *Disposición Transitoria Octava*, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Además a continuación entran en juego las normas de sustitución del *art. 88 CP* según la regulación establecida en dicho precepto.

4. Por todo lo cual procede estimar el recurso, casar la sentencia impugnada y, dictar otra nueva, para sancionar el hecho punible con la pena de catorce días de prisión además de la multa fijada en la sentencia

recurrida, debiendo practicarse, en su caso, en ejecución de sentencia las sustituciones penológicas procedentes de acuerdo a las disposiciones legales citadas. Y, con arreglo al *art. 901 LECr* ., han de ser declaradas de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación que ha interpuesto el Ministerio Fiscal, por infracción de ley, contra la sentencia dictada el 18 de enero de 2005 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, en causa seguida contra Carlos Miguel , por delito electoral; la cual sentencia se casa y anula parcialmente para ser sustituida por otra más ajustada a Derecho. Y se declaran de oficio las costas del recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia mencionada, junto con la que a continuación se dicta, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Siro-Francisco García Pérez Perfecto Andrés Ibáñez José-Manuel Maza Martín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil seis.

En la causa Rollo nº 110/2004, dimanante de las Diligencias Previas nº 685/2004 del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona , seguida contra Carlos Miguel , con dni NUM000 , nacido el 28/10/1980, hijo de Eugenio y de Elena, natural y vecino de Barcelona, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, dictó la Sentencia nº 66/2005, de fecha 18/1/2005 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar, bajo la Presidencia y Ponencia del primero de los indicados Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez.

I. ANTECEDENTES

1. Se dan por reproducidos los antecedentes y los hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2. Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia antecedente. No se encuentra razón, atendido el *art. 66 CP* , para imponer la pena de prisión por encima del mínimo legal.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Carlos Miguel , como penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito electoral, sin circunstancias modificativas, a las penas de catorce días de prisión y multa de seis meses, con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por tiempo de un año, así como al pago de las costas procesales. Debiéndose practicar, en su caso, en ejecución de sentencia, la sustitución penológica correspondiente según lo dispuesto en el *art. 88 CP* . respecto a la pena privativa de libertad.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Siro-Francisco García Pérez Perfecto Andrés Ibáñez José-Manuel Maza Martín

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRES IBAÑEZ A LA SENTENCIA Nº 396 DE FECHA 13 DE MARZO DE 2006 QUERESUELVE EL RECURSO Nº 457/2005.

Entiendo que el Fiscal tiene razón cuando afirma que "el desajuste legislativo" que incide en la causa

sobre la que versa este recurso "plantea un espinoso problema interpretativo", al que no puede darse una respuesta plenamente satisfactoria sin una intervención del legislador.

Y es que, en efecto, como bien razona la Sección IX de la Audiencia Provincial de Barcelona, la supresión por *LO 15/2003* de la pena de arresto de fines de semana y su sustitución caso por caso, sin una disposición de carácter general para los no específicamente contemplados -entre los que se hallan los del género del aquí tratado- suscita un verdadero vacío de previsión legal. Un vacío que no puede cubrirse -según hace la mayoría, de conformidad con el criterio establecido en el pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005- acudiendo a la *disposición transitoria 11 del Cpenal 1995*, exclusivamente prevista para disciplinar cuestiones de derecho transitorio ocasionadas por la entrada en vigor de este texto, en su relación con la legislación penal precedente.

Así las cosas, la situación creada por ese descuidado modo de operar del legislativo se abre a una alternativa, con dos opciones posibles. Una primera, la que se expresa en la sentencia recurrida: ya no existe pena de arresto de fin de semana para el delito aquí contemplado. Otra, la que se hace patente en el recurso del Fiscal.

Éste pone en el punto de arranque de su razonamiento una afirmación: "no hay motivo alguno para suponer que el legislador haya querido disminuir el reproche penal por esa conducta y otras descritas en normas penales especiales y sancionadas inicialmente con la pena de arresto mayor". Y ve tres posibilidades de salida de la situación: entender que la pena de arresto de fin de semana subsiste en alguna legislación especial; arbitrar mecanismos interpretativos para buscar el equivalente a esa penalidad; acudir a la *disposición transitoria 11 Cpenal*. Pero ocurre que no hay precepto legal alguno que establezca una excepción a la supresión de la pena de arresto de fin de semana. Y que, como bien explica la Audiencia, las disposiciones transitorias del Código Penal vigente tienen circunscrita su aplicación a supuestos problemáticos emergentes de la relación de este último, en su redacción original, con la legislación anterior. En consecuencia, la única vía practicable sería la apuntada en segundo término, es decir, la interpretativa.

Ahora bien, esta opción desemboca de manera inevitable en el uso del argumento analógico. En efecto, como bien se sabe, tal es el que entra en juego cuando se considera que la formulación legislativa no refleja la voluntad del legislador, que, presumiblemente, se habría "quedado corto" -*lex minus dixit quam voluit*- al reglar una determinada clase de supuestos, dejando fuera a alguno de ellos; y para remediarlo se produce su integración en ese nuevo marco legal a través de la interpretación.

Tal es lo aquí acontecido, pues el propio recurrente, al articular su concienzudo discurso, parte del presupuesto de que existe una discordancia in minus entre lo querido y lo realmente dispuesto por el legislador. En efecto, como se ha visto, lo ocasionado es una situación de anomia o falta de tratamiento de ciertos supuestos. Algo que si la instancia parlamentaria hubiera actuado con mayor reflexión y rigor no se habría producido, pero que, aquí y ahora, dicho lisa y llanamente, es lo que hay.

Por tanto, lo cierto es que en este momento existe una clase de casos para los que ha dejado de estar expresamente prevista una determinada pena, por su desaparición con carácter general del catálogo punitivo y su explícita sustitución por otras, en algunos casos.

Se presume -y la verdad es que no sin fundamento- que esta consecuencia, la omisión literal o textualmente producida, no entraba en el propósito del legislador. De ahí el intento del recurrente y de la mayoría de suplirla operando de la forma más parecida a como se supone que aquél lo habría hecho, de haber actuado con menos precipitación. Y para ello se toman como referencia otros casos que guardan con el de la causa una relación de parecido.

Pues bien, ese operar por semejanza, es decir, mediante el argumento a simili no es más que recurrir a la analogía, según informa cualquier manual de Teoría General del Derecho. Y si se hace, como es el caso, para cubrir el vacío de previsión expresa de una pena, que beneficia al acusado, la analogía es clarísimamente en perjuicio de éste, es decir: contra reo. Que es en lo que consiste la extensión de un enunciado normativo que acarrea consecuencias desfavorables para el afectado, a un supuesto fáctico que no aparece directamente comprendido en él.

En efecto, el planteamiento de la mayoría, como el del pleno no jurisdiccional aludido, presenta un caso de libro de analogía en perjuicio del reo, como se advierte con sólo reparar en los momentos en que se articula:

A) El legislador de 2003 ha eliminado la pena de arresto de fin de semana, sustituyéndola por otra en

determinados casos y sin incluir ninguna previsión específica en los restantes; en concreto los de la legislación electoral.

B) El legislador de 1995, al introducir su entonces nuevo régimen de penas, estableció un sistema de equivalencias de carácter general, que incluía los supuestos contemplados en la legislación especial, destinado a operar (sólo) en relación con el statu quo normativo precedente.

C) Existe una semejanza relevante (analogía) entre las situaciones descritas en B) y A), que, supuestamente, permitiría extender la solución legislativa de B) a los defectos de previsión penológica ocasionados por el modo de legislar presente en A).

Creo que el Fiscal en su elaborado discurso da muchas y poderosas razones para dirigirse al legislador poniéndole de manifiesto el error en que parece haber incurrido, con objeto de que obre en consecuencia. Pero ninguna de ellas habilita a un tribunal para actuar en contra de la previsión del *art. 4,1 Cpenal*, que prohíbe aplicar las leyes penales a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Así lo ha declarado en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional a partir de sentencias como la de nº 75/1984 y la 133/1987, que proscriben con total claridad la analogía *in peius*.

Es por lo que creo que tendría que haberse desestimado el recurso.

Fdo. Perfecto Andrés Ibáñez

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