

Id Cendoj: 28079120012006100485
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 419/2005
Nº de Resolución: 455/2006
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

-Delito electoral-Consecuencias de la no previsión del legislador de sustituir la denunciada pena de arresto de fin de semana, de la legislación penal especial-Pleno de Sala de 29 de Noviembre de 2005

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil seis.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, por delito electoral, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA; siendo parte recurrida Filomena , representada por la Procuradora Sra. Millán Valero.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Hospitalet de Llobregat, incoó Diligencias Previas nº 5196/03 , seguido por delito electoral, contra Filomena , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, que con fecha 15 de Diciembre de 2004 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Por conformidad de la acusada manifestada en el acto del juicio oral, se declara probado que la acusada Filomena , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue designada para formar parte en calidad de segundo suplente de una mesa electoral, en concreto de la Mesa U, Sección NUM001 , Distrito NUM002 , de Hospitalet de Llobregat, en las elecciones autonómicas del día 16 de noviembre de 2003. No obstante ser notificada y tener conocimiento de dicho nombramiento la acusada no compareció a la formación de dicha mesa electoral, ni alegó excusa o causa justificada que se lo impidiera, en la forma establecida en el *artículo 27 de la Ley Orgánica Electoral General* ". (sic)

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

"FALLO: Por conformidad de la acusada, manifestada en el acto del juicio oral, debemos condenar y condenamos a Filomena , con D.N.I. num. NUM000 , como responsable en concepto de autora del delito electoral del que fue definitivamente acusada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el plazo de seis meses, a la pena de multa de tres meses, con cuota diaria de tres euros, con cuarenta y cinco días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y al pago de las costas procesales causadas". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, 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.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal formalizó su recurso de casación alegando un UNICO MOTIVO DE

CASACION: Por Infracción de Ley, al amparo del *art. 849.1º de la LECriminal*. Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 17 de Abril de 2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 15 de Diciembre de 2004 de la Sección IX de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó a Filomena, como autora de un delito electoral a la pena de multa de tres meses a razón de cuota diaria de tres euros así como a la de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante seis meses, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Contra la expresada sentencia se ha formalizado recurso de casación el Ministerio Fiscal quien lo desarrolla a través de un único motivo por la vía del error iuris del *art. 849-1º LECriminal* en denuncia de indebida inaplicación del *art. 143 de la L.O. 5/85 de 19 de Junio de Régimen Electoral General en relación con la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal*. Todo el debate estriba en determinar el alcance de la previsión contenida en la *L.O. 15/2003 de reforma del Código Penal* que eliminó de la escala general de penas del *art. 33* la correspondiente a los arrestos de fin de semana.

Ciertamente en la reforma indicada el legislador se preocupa de asignar a los delitos previstos en el Código Penal la pena correspondiente que actuaba como sustitutiva de la ya inexistente pena de arresto de fin de semana, sin embargo, las previsiones del legislador no alcanzaron a la sustitución de la pena de arresto de fin de semana prevista en las leyes penales especiales. En esta situación, la sentencia sometida al presente control casacional, razona en su F.J. segundo que se está en presencia de vacío normativo ya que la eliminación de la pena de arresto de fin de semana no vino acompañada de una previsión de equivalencia para todos los delitos que, de acuerdo con el texto original del vigente Código Penal lo llevaron previsto, sino que se efectuó tal sustitución de una manera concreta e individualizada para cada delito pero sólo respecto de los descritos en la Parte Especial del Código, como ya se ha dicho, sin previsión alguna para los delitos tipificados en la legislación penal especial: legislación electoral; ley del Jurado, ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y ley sobre régimen jurídico del control de Cambios, y en tal situación, en virtud del principio de legalidad, al no existir concreta precisión legal para imponer otra pena equivalente, no es posible --se dice en la sentencia-- efectuar sustitución alguna siendo la consecuencia, según su tesis, de no imponer la pena de arresto de fin de semana, y sí sólo las restantes previstas para dicho tipo. Cualquier otra decisión supondría una interpretación que tendría el carácter de interpretación contra reo y como tal prohibida por el *art. 4 de la ley Penal*.

El Ministerio Fiscal en la argumentación del motivo alega que se está ante un lapsus calami del legislador que no responde en modo alguno a que los delitos de la legislación especial se los considere como de menor gravedad que pudiera justificar la eliminación de una de las penas previstas --como es el caso del delito electoral a que se refieren los autos--, sino que es un puro y simple olvido, y que la eliminación de tal pena sin imponer otra sustitutiva, carecería de justificación sin contar con que en alguno de los delitos de la legislación especial, la previsión existente es sólo la de arresto de fin de semana -- *art. 56 Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, ad exemplum* --, de donde tal eliminación equivaldría a una efectiva despenalización, ya que la conducta seguiría siendo típica, pero impune, al carecer de pena.

Ya con anterioridad al presente caso se ha planteado esta cuestión en la Sala, y a fin de dar una respuesta uniforme e idéntica, se reunió el Pleno no Jurisdiccional de Sala en sesión de fecha 29 de Noviembre de 2005 el que por mayoría de los Magistrados acordó textualmente que: "las disposiciones transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las leyes penales especiales". El contenido de este acuerdo se ha venido aplicando a todas las sentencias de las que ha conocido esta Sala vía recurso, y del que son exponente las SSTS 1626/2005 de 20 de Enero, 272/2006 de 20 de Enero, 320/2006 de 20 de Marzo y 340/2006 de 22 de Marzo. En esta situación, y siendo la razón de tales Plenos no Jurisdiccionales la de resolver los problemas interpretativos de la ley penal de suerte que con ello se responda al principio de la seguridad jurídica, competencia de esta Sala en cuanto que es la última intérprete de la legalidad penal ordinaria, resulta obligado seguir el criterio expresado en dicho Pleno, aunque no fue el acuerdo expresión de la unanimidad de los Magistrados, pero sí de la mayoría de los integrantes de esta Sala II.

Hay que recordar que la *Disposición Transitoria Octava del Código Penal* establece que en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de este Código sea la de arresto de fin de semana, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que la duración de la privación de libertad

equivale a dos días por cada fin de semana que correspondiera imponer. Si la pena fuera la de multa, se considerará que cada día de arresto sustitutorio que se haya impuesto o pudiese imponer el Juez o Tribunal conforme al Código que se deroga, equivale a dos cuotas diarias de la multa del presente Cuerpo legal.

Por su parte de *Disposición Transitoria Undécima del C.P. en su apartado primero, letra e*) establece la equivalencia de la antigua pena de arresto mayor del Cpenal 1973 por la de arresto de siete a quince fines de semana.

En consecuencia ya operando con una o con otra disposición de las expuestas, tendríamos que siete arrestos de fin de semana --mínimo imposible, según al *art. 143 en relación con el 137 de la L.O. de Régimen Electoral General* serían equivalentes a 14 días de privación de libertad.

Ahora bien, esta pena de prisión por ser inferior al mínimo legal imposible, fijado en el *art. 33-3º a) C.P.* en la extensión de tres meses, debe, a su vez, ser sustituida ex lege en los términos previstos en el *art. 88* cada día de prisión por dos cuotas de multa --veintiocho días--, o por un día de trabajo comunitario, lo que haría 14 días de trabajo en beneficio de la comunidad.

Procede en consecuencia la estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, y en consecuencia anular la sentencia recurrida lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Segundo.- De conformidad con el *art. 901 LECriminal* , procede declarar la imposición de las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, de fecha 15 de Diciembre de 2004, con imposición de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Perfecto Andrés Ibáñez Luis-Román Puerta Luis

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Hospitalet de Llobregat, Diligencias Previas nº 5196/03 , contra Filomena , con D.N.I. núm. NUM000 , nacida en Hospitalet de Llobregat (Barcelona), el 02.11.1979, hija de Francisco y María Dolores, con domicilio en Hospitalet de Llobregat, AVENIDA000 núm. NUM003 entresuelo; sin que conste acreditada su solvencia; en libertad por la presente causa; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional debemos condenar a Filomena a la pena de catorce días de privación de libertad, pena que será sustituida en ejecución de sentencia con audiencia de la interesada, bien por la de veintiocho días de multa con cuota diaria de dos euros --mínimo legal según el *art. 50--* ó por la de catorce días de trabajo en beneficio de la comunidad, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Filomena como autora del delito del que venía acusada a la pena de catorce días de prisión, pena que será sustituida en ejecución de sentencia, con audiencia de la interesada bien, por la pena de veintiocho días de multa con cuota diaria de dos euros ó por la de catorce días de trabajo en beneficio de la Comunidad.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida no afectados por la presente, y en concreto la pena de multa así como a la inhabilitación en los mismos términos en que se señaló en la sentencia casada.

Notifíquese esta resolución en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Perfecto Andrés Ibáñez Luis-Román Puerta Luis

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