

Id Cendoj: 28079120012006100489
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1256/2005
Nº de Resolución: 484/2006
Procedimiento: Recurso de casación
Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

* VOTO PARTICULAR.-

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a Asunción por un 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 del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 18 de Barcelona incoó procedimiento abreviado número 102/05 contra Asunción y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 27 de abril de 2005 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"ÚNICO.- De conformidad con la acusada que ésta Asunción mayor de edad y sin antecedentes penales fue nombrada Presidenta Suplente 2ª en la mesa electoral V distrito 7 sección 118 del municipio de Barcelona con motivo de los comicios celebrados el 14 de marzo de 2004. La acusada recibió la notificación de dicho nombramiento no obstante lo cual el día señalado no se presentó al acto de constitución de la mesa ni tampoco alegó ante la Junta Electoral motivo alguno que justificara su incomparecencia".

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

"FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Asunción como responsable en concepto de autor de un delito electoral previsto y penado en el *art. 143 y 137 de la L.O 5/1985 de 19 de junio* de Régimen Electoral General sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de multa de dos meses con una cuota diaria de 5 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o de insolvencia de 30 días así como inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el plazo de un año así como al pago de las costas procesales".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley 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.

4.- El Ministerio Fiscal basa su recurso en el siguiente motivo único de casación: por infracción de Ley, al amparo del *art. 849.1 LECr*. por inaplicación indebida del *art. 143 LO 5/1995, de 19 de junio* de Régimen Electoral General en relación con la *Disposición Transitoria Undécima 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 25 de abril de 2006. Durante la deliberación el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater anunció su deseo de formular voto particular por disentir de la opinión mayoritaria, tal como ya lo había manifestado oportunamente en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala. Consecuentemente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar fue designado para hacerse cargo de la ponencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De acuerdo con lo decidido por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, el recurso de casación del Ministerio Fiscal debe ser estimado dado que, si bien se eliminó la pena de arresto de fin de semana -que sustituía a la de arresto mayor prevista en el *art. 143 L 5/1985* por efecto de la *Disposición Transitoria 11ª de la LO 10/1995* - la pena aplicable debe ser determinada de acuerdo con la letra l) de dicho artículo.

Se trata, por lo tanto, de determinar la pena, de igual o menor gravedad, más análoga a la pena eliminada. Esta Sala estima que la pena que guarda una mayor analogía con la de arresto de fin de semana es la trabajos en beneficio de la comunidad, elección que tiene su fundamento en el *art. 88.1 CP*, que permite la sustitución de la pena privativa de la libertad no mayor de un año por la trabajos en beneficio de la comunidad. En la medida en la que la pena originaria prevista en el *art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General* era la de arresto mayor y, por lo tanto, de privación de libertad menor de un año, la equivalencia establecida tiene suficiente apoyo en la ley.

Se trata además de una equivalencia real, como no siempre puede darse en el derecho penal, dado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad compensa equitativamente la omisión de una colaboración social que la ley requería del acusado.

Consecuentemente, se debe imponer la pena de dos horas diarias de trabajo en beneficio de la comunidad durante dos meses, es decir, el tiempo equivalente al grado mínimo del antiguo arresto mayor.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia dictada el día 27 de abril de 2005 por la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra Asunción 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 Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Mayo de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Barcelona se instruyó sumario con el número 102/05-PA contra Asunción en cuya causa se dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2005 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 25 de abril de 2005 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 imponer a Asunción la pena de dos horas diarias de trabajo en beneficio de la comunidad, durante dos meses, 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 Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, CONTRA SENTENCIA NÚM. 484/2006 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 1256/2005 .

Como anuncié en el Pleno no jurisdiccional de 29.11.2005, estimo que la Sala debió plantear la cuestión de inconstitucionalidad en los términos del *art. 35 LOTC* , dado que la disposición transitoria 11ª, letra I) de la LO 10/95 deja en manos de los Tribunales determinar la pena aplicable de una manera incompatible con la función de aplicación del derecho. En efecto, determinar la pena equitativa y proporcionada a una ilicitud es función de creación del derecho, propia del legislador. El principio de legalidad es incompatible con una cláusula por la que se establece una pena de la que no se determina su especie ni su duración. En este sentido la exigencia de ley cierta, derivada del *art. 25.1 CE* , es decir, determinada y taxativa, no sólo rige para los elementos del tipo penal, sino también para las consecuencias jurídicas del delito.

Enrique Bacigalupo Zapater

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