

Id Cendoj: 28079120012006100545
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1285/2005
Nº de Resolución: 563/2006
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito electoral.

SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena de fecha 20 de abril de 2005 . Ha intervenido como recurrida Gema , representada por el procurador Sr. Merino Bravo. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción número 2 de Hospitalet de Llobregat instruyó sumario procedimiento abreviado número 1410/2004, por delito electoral contra Gema y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Novena dictó sentencia en fecha 20 de abril de 2005 con los siguientes hechos probados: "Sobre las 8.30 horas del día 14 de marzo de 2004 Gema , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien ostentaba la condición de segundo vocal suplente para la consitución de la mesa electoral, dejó de comparecer el día y hora señalados para la constitución de la referida emesa en las pasadas elecciones generales de 2004, perteneciente al municipio de L'Hospitalet de Llobregat, distrito censal NUM000 , sección NUM001 , mesa U, pese a haberle sido notificada tal designación y con apercibimiento de la responsabilidad en que podía incurrir en caso de no comparecer, sin que exista causa que lo justifique."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Condenamos a Gema como autora responsable de un delito electoral previsto en los *artículos 143 y 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral* , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres meses de multa, con cuotas diarias de 3 euros y con responsabilidad personal subsidiaria de 45 días en caso de impago, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante un año, y al pago de las costas procesales."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el representante del Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal formalizó su recurso de casación alegando un único motivo de casación: Infracción de Ley, al amparo del *artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por inaplicación del *artículo 143 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General* en relación con la *disposición transitoria undécima del Código Penal* .

5.- Instruida la parte recurrida se ha opuesto al mismo; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 17 de abril

de 2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia condenó a Gema , como autor 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.

La cuestión que suscita este recurso ha sido ya planteada y resuelta en diversas ocasiones en los términos que lo hace, entre otras, la STS 455/2006 de 24 de abril , a la que se ajustará la presente.

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 recurrida razona en su F.J. tercero que se está en presencia de un 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". En esta situación, y siendo la finalidad de tales plenos no jurisdiccionales resolver de manera uniforme los problemas interpretativos de la ley penal, con objeto de garantizar la seguridad jurídica, resulta obligado seguir el criterio expresado en dicho pleno, que contó con el apoyo la mayoría de sus integrantes.

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 la *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 0. 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 20 de Abril de 2005 , con imposición de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, con devolución de la causa e interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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 veintiocho de Abril de dos mil seis.

En la causa Rollo nº 8/05, dimanante del Procedimiento Abreviado 1410/04 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Hospitalet de Llobregat , seguida contra Gema , mayor de edad, hija de Isabel y de Fernando, con domicilio en Hospitalet de Llobregat, CALLE000 , NUM002 , entresuelo, segunda; la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, dictó la Sentencia nº 254/05, de fecha 20 de abril de 2005 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, compuesta como se hace constar. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

Se mantiene la relación de hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional debemos condenar a Gema 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 Gema 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 o 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. Perfecto Andrés Ibáñez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.