

Id Cendoj: 28079120012006101075
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1197/2005
Nº de Resolución: 710/2006
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito electoral. Pena de arresto de fin de semana.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio 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 de 16 de marzo de 2005, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo 121/2004, correspondiente al PA 1927/04 del Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona, por delito electoral, contra D. Luis , 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 ellos y Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer quien, en sustitución del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater que formula voto particular concurrente, expresa el parecer de la Sala, siendo parte recurrente el Ministerio Fiscal y recurrido, el acusado, D. Luis .

I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona incoó PA con el número 1927/04 contra el acusado D. Luis y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital que, con fecha 16 de marzo de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Por CONFORMIDAD del acusado manifestada en el acto del juicio oral SE DECLARA PROBADO que a las 8.00 horas del día 16 de noviembre de 2003, Luis , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien ostenta la condición de segundo suplente del presidente para la constitución de la mesa electoral, dejó de comparecer el día y hora señalados para la constitución de la referida mesa en las pasadas elecciones al Parlamento de Catalunya de 2003, perteneciente al municipio de Barcelona, distrito censal 3, sección 51, 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 le justifique".

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

"1.- CONDENAMOS A Luis como autor 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 3 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.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial, en el plazo de CINCO días desde su última notificación."

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

4º.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito que tuvo entrada en 1-6-05, interpuso el anunciado recurso basado en el siguiente motivo ÚNICO de casación:

Por infracción de Ley, al amparo del *art. 849 LECr* . por inaplicación indebida del *art. 143 LO 5/1985, de 19 de junio* , de régimen electoral general en relación con la disposición transitoria undécima del Código Penal.

5º.- 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.

6º.- Hecho el señalamiento para la deliberación y fallo del recurso, ésta se celebró el día 20 de junio de 2006, anunciando durante el curso de la misma el Sr. Bacigalupo Zapater, su deseo de formular voto particular concurrente, por disentir de la opinión mayoritaria del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29-5-05, en cuyo acatamiento se resuelve. Consecuentemente, el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer fue designado para hacerse cargo de la ponencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, Ministerio Fiscal, alega que la sentencia que se recurre considera que la pena privativa de libertad que figura, junto con otra pecuniaria en el precepto por el cual condena, no puede ser impuesta al haber desaparecido del vigente Código Penal el arresto de fin de semana. Se estima que tal conclusión es errónea y que la legislación penal, contemplada de manera integrada, tiene mecanismos idóneos para, sin merma del principio de legalidad penal, suplir la imprevisión legislativa.

El delito por el que se ha 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 pts., 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 final 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 que ha entrado en vigor el pasado uno de octubre 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 que siguen estableciendo tal penalidad.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo decidido por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29-5-05, según el que: "Al arresto de fin de semana dentro del Código Penal, le es de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo legal. Las disposiciones transitorias del CP, en particular la nº 11, se aplican también en relación con las leyes penales especiales.", 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 LO 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

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 16 de marzo de 2005 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona , en causa seguida contra D. Luis 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 A. Andrés Ibáñez Francisco Monterde Ferrer

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil seis.

En el PA incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 28 de Barcelona con el nº 1927/04 , contra D. Luis , se dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2005 por la Sección Novena de 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. Francisco Monterde Ferrer, en sustitución del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater que formula voto particular concurrente, en la que se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada el día 16 de marzo de 2005 por la Sección Novena de 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 D. Luis 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 Perfecto A. Andrés Ibáñez Francisco Monterde Ferrer

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

Voto Particular

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, CONTRA SENTENCIA Nº 710/2006 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 1197/2005 , AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. PERFECTO A. ANDRÉS IBÁÑEZ, POR COHERENCIA CON LO MANTENIDO EN EL PLENO DE 29.11.2005.

Como se anunció en el Pleno no jurisdiccional de 29.11.2005, se estimó 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.

De todos modos, hemos votado por la confirmación de la sentencia, en atención a lo resuelto por el

Pleno de la Sala.

Enrique Bacigalupo Zapater Perfecto A. Andrés Ibáñez