

Id Cendoj: 28079120012006101041
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2335/2005
Nº de Resolución: 1073/2006
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito Electoral

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre 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 Lázaro , representado por el Procurador Sr. Zamora Bausa.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona, incoó Diligencias Previas nº 5178/04, seguido por delito electoral, contra Lázaro , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX, que con fecha 6 de Octubre de 2005 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara probado que el acusado Lázaro , nacido el 13 de junio de 2004 y carente de antecedentes penales, fue designado, en las pasadas Elecciones al Parlamento Europeo del día 13 de junio de 2004, para formar parte como segundo Presidente suplente de la mesa electoral U, distrito 3, sección 113 de la ciudad de Barcelona, situada en la Escuela Perú de la calle Sagunto nº 92 de Barcelona, habiéndosele notificado tal designación el día 20 de mayo de 2004, y pese tener conocimiento de que tenía que ir a las ocho horas de la mañana de aquél día para realizar la referida función pública no se presentó en ningún momento en el citado colegio, sin causa que lo justificase, ni alegar razón tampoco alguna, causa o excusa que le imposibilitase". (sic)

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

"FALLO: 1.- CONDENAMOS A Lázaro 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 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". (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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó su recurso alegando un UNICO MOTIVO DE CASACION: Por Infracción de Ley al amparo del nº 1 del *art. 849* de la LECriminal por inaplicación indebida del *art. 143 de la L.O. 5/1985, de 19 de Junio* de Régimen Electoral

General en relación con la Disposición Transitoria Undécima del C.P.

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 25 de Octubre de 2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 6 de Octubre de 2005 de la Sección IX de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Lázaro como autor de un delito electoral a la pena de tres meses de multa.

Contra dicha sentencia se ha formalizado recurso de casación por parte del Ministerio Fiscal, el que lo desarrolla a través de un único motivo, por la vía del error iuris al estimar que el Tribunal sentenciador, además de la pena de multa de tres meses debió haber impuesto una pena sustitutiva del arresto de fin de semana, pena ahora desaparecida pero que debiera haber sido sustituida de acuerdo con los criterios de sustitución de esta pena existentes en el C.Penal, aplicable también para los supuestos de las leyes penales especiales.

En definitiva, todo el debate estriba en determinar el alcance de la precisión contenida en la L. O. 15/2003 de reforma del C.Penal , que eliminó de la Escala General de Penas del art. 33 , la pena correspondiente al arresto de fin de semana.

Segundo.- Son varias las ocasiones en las que esta cuestión ha sido traída a la causa. La primera sentencia dictada resolviendo la cuestión fue la nº 1626/2005 de 20 de Enero que recogió la doctrina sentada --por mayoría--, en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 29 de Noviembre de 2005. Hoy ya existe una doctrina consolidada al respecto.

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.jdco. tercero 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 llevaran 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 olvido 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 --como ya se ha dicho-- 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, y criterio a seguir por todos.

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 posible, 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.

Tercero.- De conformidad con el *art. 901* LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Sección IX de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 6 de Octubre de 2005 , la que anulamos y casamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración 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 Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 28 de Barcelona, Diligencias Previas nº 5178/04 , seguida por delito electoral, contra

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan íntegramente los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los argumentos contenidos en la sentencia casacional, debemos condenar a Lázaro , a la pena de catorce días de prisión, pena que será sustituida en ejecución de sentencia, con audiencia del interesado bien por la pena de veintiocho días de multa a razón de dos euros por día --mínimo legal--, o por

la pena de catorce días de trabajo en beneficio de la comunidad.

III. FALLO

Que debemos condenar a Lázaro , además de la pena de multa que se le impuso en la instancia, a otra pena de catorce días de prisión, que será sustituida en ejecución de sentencia, con audiencia del interesado, bien por veintiocho días de multa a razón de una cuota diaria de dos euros, o bien por catorce días de trabajos en beneficio de la comunidad.

Se mantiene el fallo de la sentencia recurrida con la sola adición de la nueva pena que ahora se le impone.

Notifíquese esta sentencia 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 Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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.