



Roj: STS 2105/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2105  
Id Cendoj: 28079120012013100351

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1805/2012

Nº de Resolución: 353/2013

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Abril de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Segunda, de fecha 5 de julio de 2012. Han intervenido como recurrente el Ministerio Fiscal y, como recurrida la acusada Hortensia representada por la procuradora Sra. Lombardía del Pozo. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona, instruyó Procedimiento Abreviado 5078/11, por delito electoral contra Hortensia, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Vigésimo Segunda dictó sentencia en fecha 5 de julio de 2012 con los siguientes hechos probados:

*"Ha quedado acreditado que la acusada, Hortensia con DNI NUM000, en las elecciones municipales de fecha 22 de mayo de 2011, fue designada Presidenta de la Mesa Electoral 65 U del Distrito 5, ubicada en el Colegio "Infant Jesús" sito en la Calle Travesera de Gracia nº 55. Ha quedado acreditado que hubo problemas en el recuento de los votos de esa mesa, ya que no coincidía el número de papeletas en el interior de las urnas con el número de votantes reflejados como electores en el censo electoral, sobrando unos sesenta votos. Como consecuencia de ello se procedió a sucesivos recuentos, estando presente la acusada hasta el segundo, y ya sobre las 23 horas la acusada entregó un sobre con documentación no determinada a un funcionario del servicio de correos, y se fue a su casa, al no haber acuerdo con el resto de los miembros de la Mesa que permanecieron en el Colegio electoral y realizaron nuevos recuentos sin que pudieran tampoco cuadrar los resultados".*

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

*Absolvemos a Hortensia del delito electoral que se le imputaba en esta causa y declaramos de oficio las costas causadas.*

*Esta sentencia no es firme y contra ella pueden interponerse recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, preparándolos mediante escrito presentado en este Tribunal dentro del plazo de cinco días siguientes al de la última notificación".*

3.- 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 substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal, en calidad de recurrente basa su recurso de casación en el siguiente motivo único: Por infracción de ley, al amparo del num. primero del art. 849 de la LECr., por inaplicación indebida del art. 143 de la LOPJ 5-85, de 19 de junio, de régimen electoral general.

5.- Instruida la acusada, la Procuradora Sra. Lombardía del Pozo presentó escrito impugnando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal; la Sala lo admitió a trámite, 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 10 de abril de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.** La Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a Hortensia del delito electoral que se le imputaba, con declaración de oficio de las costas causadas.

Contra la absolución interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal, formalizando un único motivo.

**PRIMERO** . La acusación pública, en el *único motivo* del recurso que interpone, al amparo del art. 849.1º de la LECr ., denuncia que ha sido infringido el **art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985** , de 19 de junio, de Régimen Electoral General .

El Ministerio Fiscal alega que los hechos declarados probados son constitutivos del delito previsto en el referido precepto de la normativa electoral, en el que se castiga al "*Presidente y a los Vocales de las Mesas Electorales así como a sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley*".

En el "factum" de la sentencia recurrida se declara probado que Hortensia fue designada presidenta de la mesa Electoral 65 U del Distrito 5, ubicada en el Colegio "Infant Jesús", sito en la Calle Travesera de Gracia nº 55, en Barcelona, en las elecciones municipales de fecha 22 de mayo de 2011. Y como hubiera problemas en el recuento de los votos de esa mesa, ya que no coincidía el número de papeletas depositadas en el interior de las urnas con el número de votantes reflejados como electores en el censo electoral, sobrando unos sesenta votos, se efectuaron sucesivos recuentos. La acusada estuvo presente en los dos primeros, y ya sobre las 23 horas entregó un sobre con documentación no determinada a un funcionario del servicio de Correos y se fue a su casa, al no haber acuerdo con el resto de los miembros de la mesa, que permanecieron en el Colegio Electoral y realizaron nuevos recuentos sin que pudieran tampoco cuadrar los resultados.

Según el Ministerio Público, tal conducta constituye un abandono de la mesa electoral antes de haber concluido el escrutinio y sin levantar acta de la elección celebrada, careciendo la acusada de legitimación para tal comportamiento, por lo que su conducta tendría que subsumirse en la referida norma punitiva electoral.

La parte recurrente hace hincapié en que la propia fundamentación de la sentencia admite que los restantes miembros de la mesa electoral continuaron haciendo la labor de recuento hasta las dos de la madrugada del día siguiente. Y también alega que la Sala reconoce que la manera de proceder la acusada no era la adecuada, pues, aunque nadie supiera lo que había que hacer ante el descuadre en el recuento, aquella debió hacer valer su autoridad y formalizar el cierre de la mesa con el escrutinio, dejando constancia de las incidencias.

Señala también el Ministerio Fiscal que no concurre ninguna circunstancia capaz de enervar la fundamental obligación de cooperación en el proceso electoral, ya que no se hace constar en la resultancia fáctica la ausencia del elemento culpabilístico, ni ningún estado de necesidad o error que justificara la conducta de la acusada. Por todo lo cual, entiende que ha de dejarse sin efecto el fallo absolutorio y dictar otro en el que se la condene como autora del delito previsto en el art. 143 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General .

**SEGUNDO . 1.** La Sala de instancia, después de plasmar los hechos probados anteriormente referidos, expone como argumentos para dictar un fallo absolutorio que las pruebas testificales permiten concluir que en la situación de desconcierto generada ante el descuadre del recuento de los votos, la presidenta se alteró mucho y no supo qué hacer, entregando un sobre con documentación a un funcionario de Correos que allí había. Y matiza que si bien esa no era la manera adecuada de proceder, difícilmente puede reprochársele en vía penal su desacertado comportamiento, pues si algo resulta probado es que ni ella ni ninguno de los allí presentes sabía cómo actuar en tal situación. Hubo desacuerdo entre las vocales de la mesa, que, al parecer por indicación de persona no identificada de la Junta Electoral, pretendían continuar efectuando escrutinios sucesivos con el fin de cuadrar los resultados, y el criterio de la presidenta, que quería dar por finalizado dicho escrutinio y marcharse, vista la imposibilidad de solventar el problema suscitado. Pues, como señaló la interventora de CIU, no es nada habitual que en una mesa sobren 60 votos, lo que hacía imposible cuadrar el escrutinio por más recuentos que se hicieran.

Atendidas las anteriores circunstancias, concluye la Audiencia afirmando que, aun cuando la presidenta debió hacer valer su autoridad en la mesa y formalizar su cierre cualquiera que fuere el resultado del escrutinio, haciendo constar las incidencias habidas, y solo tras ello abandonar el Colegio Electoral, su incumplimiento

solo debe calificarse de "defectuoso o incluso negligente", ya que no concurre dato alguno que permita acreditar que obró siendo consciente de su indebido proceder, lo que impide el reproche penal de su conducta.

A tenor de lo que antecede, y en contra de lo que expresa el Ministerio Fiscal, sí argumenta la Sala de instancia las razones en las que apoya la absolución. Pues, aunque no utiliza la terminología técnica adecuada para fundamentar jurídicamente el fallo absolutorio, es claro que se está refiriendo en sus argumentos a un error de prohibición cuando dice que la acusada "no obró siendo consciente de su indebido proceder", circunstancia que señala el Tribunal de instancia como impedimento para acudir al reproche penal.

Según se especifica en la fundamentación de la sentencia, que, tal como señala el propio Ministerio Fiscal, complementa en este caso la premisa fáctica, en la mesa electoral se generó ya a última hora de la noche un problema grave con el escrutinio, cual era la imposibilidad de cuadrar un resultado groseramente discordante (sobraban 60 papeletas con arreglo a los votos que constaban emitidos). Ante esta situación, que se mantenía después del segundo recuento sin visos de solución, no había una salida idónea, puesto que la repetición de escrutinios no parecía ser la solución, como se acabó finalmente constatando. En vista de lo cual, la acusada entendió que había que dar por finiquitado el recuento y cerrar la sesión extendiendo la correspondiente acta, criterio que, al parecer, no compartieron sus compañeros de mesa. Ante una discrepancia de tal naturaleza, aquella decidió entonces marcharse a su domicilio.

La Audiencia considera que esa reacción, después de cumplir la acusada durante todo el día y parte de la noche con sus deberes de ciudadana, no puede reprochársele en la vía penal, toda vez que no tenía conciencia de las consecuencias de su indebido proceder. Así pues, y aunque sin mucha precisión en su terminología jurídica, es claro que el Tribunal sentenciador nos viene a decir que la acusada no consideraba que estuviera incurriendo en un delito. En primer lugar, porque entendía que la opción jurídica correcta en ese momento era cerrar la sesión de escrutinio y levantar el acta con el resultado electoral por muy discordante que este fuera con arreglo a la lista de votantes. Y en segundo lugar, porque, una vez que ello no le fue admitido por sus compañeros de mesa, la Sala, después de escuchar a la acusada y a los testigos que depusieron en el plenario, estimó que la decisión de marcharse para casa después del desempeño de sus funciones durante casi toda la jornada electoral no la consideraba la acusada prohibida por una norma penal.

2. Sobre el **error de prohibición** tiene establecido esta Sala que constituye uno de los avances del Derecho Penal contemporáneo de los diferentes países el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible ( art. 14.3 C. Penal ). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho ( SSTS 1141/1997, de 14- 11 ; 865/2005, de 24-6 ; 181/2007, de 7-3 ; y 753/2007, de 2-10 ).

En el caso concreto, la Audiencia, después de referir que la acusada no era consciente de su "indebido proceder", no entra a examinar si ese desconocimiento era evitable o era más bien inevitable. De todas formas, es claro que lo considera inevitable, dado que dicta un fallo absolutorio, pero sin que entre a examinar la cuestión con razones específicas.

Acerca del error de prohibición en el ámbito de los delitos electorales, y en concreto en lo que concierne a su aplicación con respecto al art. 143 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General , la jurisprudencia se muestra notablemente restrictiva, de modo que esta Sala no suele aplicarlo cuando es alegado como motivo de exclusión de la culpabilidad de un acusado. Ahora bien, tal criterio restrictivo se refiere a supuestos en que el imputado está citado como miembro integrante de una mesa electoral y no hace acto de presencia en la misma ( SSTS 1301/1998, de 28-10 ; 1054/2004, de 4-10 ; 22/2007, de 22-1 ; 246/2007, de 15-3 ; 753/2007, de 2-10 ; y 27/2008, de 23-1 ).

Sin embargo, en el caso que ahora se juzga se dan unas circunstancias sustancialmente diferentes, toda vez que se trata de una persona que ha acudido a la mesa electoral y que ha desarrollado su función durante todo el día, e incluso ha estado presente en los dos primeros escrutinios. Solo ante la imposibilidad de cuadrar la lista de votantes con las papeletas emitidas, y dada la discordancia surgida con los integrantes de la mesa,

decide abandonar el colegio electoral a última hora de la noche cuando no se aceptó su interpretación de la norma electoral para resolver la crisis generada sobre la forma y momento de finiquitar el recuento de votos.

Ante un supuesto de esa naturaleza y de tan singulares circunstancias, no parece que la Sala de instancia haya aplicado incorrectamente los criterios jurisprudenciales sobre el error de prohibición. Pero, es más, dado que en la concurrencia o no del error anida un aspecto psicológico que tiene también cierto componente fáctico al margen del jurídico, parece claro que ha de ser el Tribunal de instancia el que aprecie las circunstancias específicas del caso concreto con arreglo a los principios de inmediación y de contradicción, y en aras también del derecho de defensa de la acusada. Sobre todo si se tienen en cuenta los criterios restrictivos que viene aplicando la jurisprudencia del TEDH en los últimos años en lo que respecta a la posibilidad de dictar sentencias absolutorias *ex novo* en la segunda instancia, jurisprudencia acogida también por el Tribunal Constitucional y por esta Sala, y en cuyo análisis no entramos por ser sobradamente conocida ( SSTEDH 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero contra España* ; sentencia de 20 de marzo de 2012, *caso Serrano Contreras contra España* ; y la de 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris y Llop García contra España* , entre otras; SSTC 167/2002 , 170/2002 , 3/2009 , 16/2009 , 21/2009 , 118/2009 , 120/2009 , 184/2009 , 2/2010 , 127/2010 , 45/2011 , 46/2011 , y 201/2012 , entre otras; y SSTS 1215/2011, de 15 de noviembre , 1223/2011, de 18 de noviembre , 698/2011, de 22 de junio , 1423/2011, de 29 de diciembre , 164/2012 , de 3 - 3 , 325/2012, de 3 de mayo , y 757/2012, de 11 de octubre , entre otras).

Desde otra perspectiva, también ha de sopesarse que en el presente caso la acusada actuó partiendo de la premisa de que el conflicto surgido con motivo de la aplicación de la normativa electoral debido al notable descuadre en el recuento de votos debía solucionarse sin acudir ya a más recuentos y haciéndolo constar en el acta. De modo que entendía que la opción jurídica correcta era la que ella postulaba y que por tanto era esa la que debían adoptar. De modo que entendía que su posición era legítima en el ámbito estrictamente electoral. A lo que ha de sumarse el dato relevante de que había cumplimentado durante toda la jornada sus obligaciones como miembro de la mesa electoral.

Ello tenía una doble consecuencia. En primer lugar, que el ilícito consistente en el retiro a su domicilio a última hora de la noche presentaba objetivamente contemplado un grado de incumplimiento atenuado. Y en segundo lugar, que, observado desde una perspectiva subjetiva, lo entendió la acusada ajeno a una sanción penal.

Por consiguiente, no se considera que la Sala de instancia haya inaplicado erróneamente el art. 143 del C. Penal , una vez que ponderó que concurrían unas circunstancias específicas en el caso que impedían apreciar la culpabilidad de la acusada de acuerdo con las pautas relativas al error de prohibición, que no cita expresamente, pero con las que sin duda opera en el supuesto enjuiciado.

No procede, pues, anular el fallo absolutorio recurrido, lo que conlleva la desestimación del recurso, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr ).

### III. FALLO

**Desestimamos** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22, de fecha 5 de julio de 2012 , dictada en la causa seguida por delito electoral, declarándose de oficio las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, 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 Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Perfecto Andres Ibañez **Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.