

Id Cendoj: 28079120012007100612
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 231/2007
 Nº de Resolución: 609/2007
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x TESTIGO DE REFERENCIA x
- x PRINCIPIO ACUSATORIO x
- x DELITOS ELECTORALES x
- x PRUEBA DE CARGO x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x

Resumen:

Delito **electoral**. Presunción de inocencia, declaración testifica como prueba de cargo. Principio acusatorio. Penalidad en el delito del art. 143 de la LOREG.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil siete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Eugenio y María Cristina , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, que condenó a los acusados, por un delito **electoral**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Agrupación Independiente Progresista, representada por la Procuradora Sra. González Díez, y dichos recurrentes representados por la Procuradora Sra. María Salud Jiménez Muñoz.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Cervera, incoó Procedimiento Abreviado con el número 395 de 2003, contra Eugenio y María Cristina ,, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Lleida, cuya Sección Primera, con fecha 25 de abril de 2006, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: El día 25 de mayo de 2003, día de las elecciones municipales en Verdú, los acusados, Eugenio y María Cristina , mayores de edad y sin antecedentes penales, simpatizantes de lista **electoral** encabezada por D^a Laura , bajo el pretexto de organizar un desayuno o chocolatada en su domicilio, convocaron en su casa a varias vecinas de dicha localidad a primera hora de la mañana. Acudieron a su casa la Sra. Victoria , la Sra. Daniela , la hermana de ésta, la Sra. Melisa , unas amigas de la Sra. María Cristina (Ángeles y Leticia), algunas chicas jóvenes, entre ellas la nieta de la Sra. Ariadna y, finalmente, madre e hija de la familia Ángel Jesús . Éstas últimas, Marí Juana y Eva , acudieron a dicho domicilio en la creencia errónea de que una persona de su confianza era una de las organizadoras del mencionado desayuno, pues así se lo manifestó otra vecina de la misma localidad, la Sra. Ariadna , que fue a avisarles entre las 9.00h y las 9.30h de esa misma mañana. Las acompañó a dicho domicilio Doña. Victoria pues Ariadna fue a buscar a otras personas. Una vez en el domicilio de la familia Salvador , por éstos se les propuso que deberían acudir a votar con la papeleta y el sobre que previamente tenían preparados y que les entregaba en aquel momento el Sr. Eugenio , que irían juntos al colegio **electoral** para

comprobar que el voto llegaba a su destino y que, posteriormente, les pagarían 30 euros y les darían el desayuno. Cuando se le quiso hacer entrega del sobre a Don. Ángel Jesús , ésta le contestó a la Sra. María Cristina que el voto era secreto, ante lo cual, tras conversar ambos acusados, la acusada le dijo que ella iba a por todas, ofreciéndole el dinero. Ni la Sra. Eva ni Don. Ángel Jesús accedieron a sus pretensiones marchándose inmediatamente del domicilio. A la salida de la vivienda se encontraron con Don. Ángel Jesús , vecina de enfrente de los acusados y amiga de ambas, a la que le contaron lo que les había sucedido.

El Sr. Eugenio se fue al colegio **electoral** acompañado de la Sra. Melisa y otra señora. Posteriormente acudieron Doña. Daniela , su hermana y su hija, que fueron acompañadas por la Sra. María Cristina .

Cuando la Sra. María Cristina se personó junto con las anteriores en el colegio **electoral**, antes de las once de la mañana, había cola para votar pues había como mínimo cinco personas esperando. La Sra. María Cristina entró enfadada, murmurando y haciéndose paso a empujones entre la gente que allí se encontraba, se colocó al lado de la Sra. Melisa , a la que le abrió el sobre que llevaba, comprobó el voto y se lo volvió a cerrar. La Sra. Amelia , que se encontraba situada justo detrás de la Sra. Melisa en la cola le recriminó su actitud y la acusada, sin votar, abandonó el lugar. Cuando la Sra. Amelia se marchó del colegio **electoral** se volvió a encontrar a la Sra. María Cristina y le insistió en qué lo que había hecho no estaba bien, contestándole la acusada que ella solo había hecho lo que le habían enseñado a hacer y que a dicha señora luego la acompañaba al hospital y tenía derecho a mirarle el voto y lo que hiciera falta.

Dichos hechos se producen en un contexto de claro enfrentamiento político en el que la ciudadanía de Verdú se encontraba muy dividida.

La denuncia por estos hechos la interpone el Sr. Roberto , hermano e hijo de Don. Ángel Jesús y Solé respectivamente, ante los Mossos d'Esquadra, a las 22.25 horas del mismo día de las elecciones y una vez ya fue conocido el resultado **electoral**.

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

FALLO: Condenamos a Eugenio y María Cristina , como autores criminalmente responsables de un delito **electoral**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las siguientes penas:

a) a Eugenio , a las penas de catorce días de prisión y multa de cinco meses con una cuota diaria de 18 euros, multa que se convertirá en un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por diez años, debiendo satisfacer las costas procesales causadas.

b) a María Cristina , a las penas de catorce días de prisión y multa de siete meses con una cuota diaria de 18 euros, multa que se convertirá en un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por once años, debiendo satisfacer las costas procesales causadas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por Eugenio y María Cristina ,, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- La representación de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . denuncian vulneración del derecho a la presunción de inocencia del *art. 24.2 CE* .

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 24.2 CE* . por infracción del principio acusatorio.

TERCERO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por aplicación indebida del *art. 143 LO. 5/1995* en relación la *Disposición Transitoria Undécima* del CP. y *art. 25.1 de la CE* .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos

por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintisiete de junio de dos mil siete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo del *art. 5.4 LOPJ* ., en relación con el *art. 852 LECrim* ., por vulneración del principio de presunción de inocencia previsto en el *art. 24 CE* . ya que ni ha existido prueba de cargo suficiente, ni la desplegada puede considerarse adecuada para destruir tal presunción, ni ha sido valorada racionalmente por el Tribunal de instancia.

El motivo no puede tener favorable acogida.

Como hemos explicado en múltiples resoluciones de esta Sala -por todas la más reciente 508/2007 de 13.6 -, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del recurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE*), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el *art. 117.3 CE* . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba,

cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

SEGUNDO: Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º el de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

Todo ello partiendo de que la estimación "en conciencia" a que se refiere el *art. 741 L.E.Cr.* no ha de entenderse a hacer equivalente o cerrado e inabordable el criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo que lleva a un relato histórico de los hechos en adecuada relación con ese acerbo probatorio, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haga posible reunir en el proceso. Suele centrarse la atención sobre las propias expresiones de los *arts. 717 y 741 LECrim.* en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa y estimativa de los Jueces. Criterio racional -dice la STS. 29.1.2003 - es el que va de la mano de la lógica, licencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura.

Por ello, precisamente en aras de tales principios es insoslayable la explicitación del proceso razonador de los Jueces en virtud del cual adoptan "en conciencia" una determinada conclusión valorativa en lugar de otras también plausibles.

Consecuencia de ello es que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba, ni menos aún con la justificación de la misma. La inmediación constituye un medio de acceso a la información, pero no puede concebirse como una atribución del Juez para que seleccione o descarte los medios probatorios producidos en el plenario, prescindiendo de un discurso justificativo racional. La inmediación no blinda a la resolución de instancia contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior. La creciente transcendencia de la inmediación como atalaya valorativa que en el caso de las sentencias absolutorias, incluso, priva al Tribunal de alzada de la posibilidad de subrogarse en la conclusión fáctica (SSTC. 169/2002, 188/2003, 4/2004), transfiere al Juez de instancia una especial responsabilidad motivadora pues, precisamente, de su completa y racional justificación cognitiva depende la inmodificabilidad de sus conclusiones fácticas.

Si bien la credibilidad mayor o menor de los testigos, como las contradicciones entre pruebas de cargo o de descargo son cuestiones que pertenecen al ámbito valorativo que le corresponde al Tribunal de instancia, ello no arrastra, como consecuencia, que tales cuestiones no deban ser objeto de una exteriorización racional en términos justificativos. Precisamente, ésta constituye la esencia del deber de justificación externa de las premisas escogidas para la conclusión probatoria y en este punto adquiere similar importancia explicar porqué se cree a un testigo como dar cuenta del porqué no se cree al testigo que afirma hechos contrarios.

En efecto, la fuerza acreditativa del testimonio, aun directo, que se utiliza como única fuente de la convicción judicial reclama no sólo identificar los criterios de credibilidad objetiva y subjetiva que concurrían sino también explicitar las razones por las cuales no se creyó el testimonio de los otros testigos que depusieron en el plenario, afirmando hechos contrarios o excluyentes.

Por ello la credibilidad de los testigos de cargo para la reconstrucción de los hechos justiciables de la acusación, depende en gran medida, de la menor credibilidad que se otorgue a los otros testigos que contradicen su testimonio como todas las cuestiones que afectan a la identificación del valor probatorio deben justificarse en términos de racionalidad discursiva y sistemática que es lo que, a la postre, permitirá, primero, descartar que la decisión es arbitraria y, segundo, su control efectivo por el Tribunal superior por la vía del recurso que interponga la parte agraviada.

TERCERO: No otra cosa ha efectuado la sentencia recurrida, así, de una parte, analiza los

testimonios de Don. Ángel Jesús y de la Sra. Eva , y las considera contundentes en sus manifestaciones en relación al motivo de su presencia en casa de los acusados y a la conducta desarrollada por cada uno de ellos -el Sr. Salvador les entregó un sobre que previamente tenía preparada con la papeleta y la Sra. María Cristina les propuso que fueran juntos al colegio **electoral** para comprobar que el voto llegaba a su destino y que posteriormente les pagarían 30 euros, y les darían el desayuno, y como ninguna de ellas aceptó quejándose de que el voto era secreto, abandonando el domicilio de aquéllos-.

Versión que entiende corroborada por el testimonio de la Sra. Cristina , persona ésta vecina de enfrente de los acusados y amiga de ambas, a la que contaron lo sucedido al encontrarse con ella a la salida de la vivienda, y afianzada, en cuanto al modo de proceder de los acusados, por el testimonio de la Sra. Amelia , testigo que presenció como en el mismo Colegio **electoral** la Sra. María Cristina se colocó al lado de la Sra. Melisa y le abrió el sobre que llevaba, comprobó el voto y se lo volvió a cerrar, recriminando a aquélla tal actitud en dos ocasiones. Declaraciones todas de los testigos anteriores que la Sala de instancia considera coherentes, persistentes y verosímiles.

Y de otra parte, valora el resto de los testigos que pueden considerarse de descargo y explica de forma razonado porqué su credibilidad no es la misma. Así respecto a la Ara. Ariadna y Doña. Victoria destaca las graves contradicciones e incoherencias en sus declaraciones en instrucción y en el acto del juicio. En relación a Doña. Daniela y su hermana Maribel las califica de sorprendentes teniendo en cuenta, la poca relación que todas las testigos que querían acudir a Terrassa el día de las elecciones, tenían con el matrimonio acusado. Y finalmente en cuanto a los testigos la Sra. Ángeles y Sra. Leticia , que tenían relación de amistad con la Sra. María Cristina , destaca que sus manifestaciones no resultan incompatibles con los hechos denunciados.

Consecuentemente, no puede entenderse que la sentencia de instancia no haya efectuado un análisis completo del cuadro probatorio, incluyendo la prueba de descargo, ni puede calificarse su motivación como incoherente, irrazonable, arbitraria o que obedezca al capricho ilógico, personal y subjetivo en el ejercicio del poder.

Los recurrentes cuestionan esta valoración por entender que las declaraciones de dos testigos directos carecen de los requisitos de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia sin ambigüedades ni contradicciones, y el testimonio de Doña. Cristina es de mera referencia, pero olvida, que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de los perjudicados, lo que importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria. El examen de tales tres elementos es sólo un método de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad arraigada de las dificultades que con mucha frecuencia se encuentran los Tribunales en estos casos.

En el caso presente ni puede sostenerse que concurra en dichas testigos un móvil espurio cual es el de desayunar gratis, ni las contradicciones que se destacan en el recurso son relevantes en orden a su credibilidad y a la tipificación de los hechos, y sus declaraciones aparecen corroboradas por la testigo Doña. Cristina .

En este sentido testigo es una prueba física ajena al proceso y traída a él para que preste declaración sobre hechos pasados y relaciones para la averiguación y constancia de un delito, sus circunstancias y participación. Así las declaraciones testificales tanto en fase de investigación como cuando son verdadera prueba, no son sino el examen de una persona ajena al proceso que presta su declaración de conocimiento, en sentido más propio, refiere lo que ha percibido y proporciona al órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en un momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral.

El testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer.

Ahora bien nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, al referirse el *art. 710 LECrim .*, siendo aquél la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción

directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión: En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el *art. 710 LECrim* . debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba.

Siendo así la Sala de instancia resalta como el testimonio de Don. Ángel Jesús y Marí Juana , es corroborado por la declaración de Doña. Cristina , primera persona a la que cuentan lo sucedido y que lo narra en idéntico sentido que las anteriores, sin incurrir en contradicción alguna.

En definitiva lo que pretende es una distinta valoración subjetiva de estas pruebas, lo que supone confundir la presunción de inocencia con la disconformidad de los recurrentes con la valoración de la prueba efectuada por la Sala. Como recordó la STC. 36/83 : que "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador.....".

Ciertamente lo que ocurre en este y otros muchos supuestos llegados a esta vía casacional, no es otra cosa que la simple disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, que en uso de la función que le atribuye el *art. 741 LECrim* . y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el *art. 117.3 CE* ., no hace sino asumir su propia competencia, quedando ésta extramuros de la propia de éste Tribunal.

El Auto 338/83 , reiterando la misma doctrina, señala que: "no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional y lo mismo puede decirse del Tribunal Supremo, cuando se analiza en vía casacional la vulneración de dicho principio constitucional, pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando más o menospreciando otras, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste por mandato *ex art. 741 LECrim* . ", y ésta vía constitucional ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria.

En igual sentido la STC. 205/98 de 26.10 recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de la condena y de la participación del condenado en los mismos (SSTC. 17/84, 177/(7, 150/89, 82/92, 70/94 y 82/95).

Consecuentemente no puede sostenerse que los acusados hayan sido condenados porque no han logrado demostrar su propia inocencia, sino que lo han sido en virtud de prueba directa lícitamente obtenida, y valorada de forma racional y motivada por la Sala de instancia.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

CUARTO: El motivo segundo por infracción de *Ley del art. 849.1 LECrim.* por infracción del principio acusatorio, que consagra el *art. 24.2 CE .*, en su doble vertiente, fáctica y jurídica, ya que de un lado la sentencia se ha excedido en los términos que las acusaciones han sido formuladas, al haber apreciado hechos o circunstancias que no fueron objeto de consideración en las mismas, y por otro lado, la sentencia condena a una pena que no había sido solicitada.

Respecto a la primera cuestión, en las recientes sentencias 368/2007 de 9.5 y 279/2007 de 11.4 , recordábamnos que el principio acusatorio, cuya violación se denuncia, exige, tal como decíamos en la STS. 3.6.2005 y conforme ha precisado el Tribunal Constitucional la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que" el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(s. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y1325/2001 de 5 julio , entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las

líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (s. T.S. 4/3/99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado.

En el caso presente tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular en sus escritos de conclusiones provisionales llevadas a definitivas descubren como los acusados convocaron a varios vecinos a su domicilio con la excusa de ofrecerles un desayuno, y les indicaron que deberían votar con los sobres que ha habían preparado a una determinada candidatura y ante la negativa de Marí Juana y Eva , les ofrecieron la cantidad de 30 euros a cada uno.

Por su parte, la sentencia en el relato fáctico afirma: "Una vez en el domicilio de la familia Salvador , por éstos se les propuso que deberían acudir a votar con la papeleta y el sobre que previamente tenían preparados y que les entregaba en aquel momento el Sr. Eugenio , que irían juntos al colegio **electoral** para comprobar que el voto llegaba a su destino y que, posteriormente, les pagarían 30 euros y les darían el desayuno...".

Es cierto que en los escritos de las acusaciones no se especificaba que irían juntos al Colegio **Electoral** para comprobar el destino del voto y que, pagarían los 30 euros y el desayuno, pero este particular fáctico es irrelevante a los efectos de determinar la participación de los acusados y la tipificación de los hechos, al no alterar el hecho delictivo imputado que se deducía de la calificación de las acusaciones.

QUINTO: La segunda alegación del motivo consistente en que el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaran la imposición de una pena de multa de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y la sentencia de instancia además de estas penas impone la de 14 días de prisión, para ser solicitada por las acusaciones con evidente infracción del principio acusatorio, debe ser analizada conjuntamente con el motivo tercero por infracción de *Ley, art. 849.1 LECrim. por infracción y aplicación del art. 143 LO. 5/95 de 19.6* , de Régimen **Electoral** General en relación con la *Disposición Transitoria 11ª del CP. y art. 25.1 CE .*, al imponer la sentencia una pena a los acusados superior a la señalada para el delito por el que fueron condenados, pena que no había sido solicitada ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular, cuando lo procedente y congruente con el principio de legalidad era dejar de imponer cualquier pena, pues la sentencia de instancia al pretender determinar la pena equitativa y proporcionada a su ilicitud, sobre la base de la DT. 11ª *Ley 20/95* se ha irrogado una función propia del legislador, que no del poder judicial.

Esta última afirmación no puede ser aceptada.

El *art. 143 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* establece para el tipo penal que describe, las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 ptas. La *Disposición Transitoria 11ª 1 e) y f) de la LO. 10/95 del Código Penal* sustituyó la pena de arresto mayor por la de 6 a 15 arrestos fin de semana y la de multa de 30.000 a 300.000 ptas. por la multa de tres a diez meses. La *LO. 14/2003* de

reforma del Código Penal ha suprimido la pena de arresto fin de semana, llevando a cabo su sustitución por otras penas en los distintos preceptos del CP. que contemplaban dicha pena, pero sin establecer una norma general ni tampoco ninguna modificación concreta en relación con las leyes penales especiales. De ahí que, tratándose de los tipos penales regulados en estas leyes especiales castigados con la pena de arresto de fin de semana, el Juzgador debe pronunciarse sobre esta cuestión.

En el plano doctrinal, caben varias soluciones: a) la que propugna, que, desaparecida la pena de arresto fin de semana del catálogo de las penas del *Código Penal* (v. art. 33), ello comporta la imposibilidad de su aplicación a las figuras penales de las leyes especiales para las que venía aplicándose por virtud de lo dispuesto en el D.T. 11ª del *Código Penal* (L.O. 10/1995); b) la de que, suprimida la pena de arresto de fin de semana, siguen en vigor las penas previstas en las leyes penales especiales; y, c) la de entender aplicable al caso la D.T. 11ª.I del Código Penal, respecto de las sustitución de penas consecuencia de la reforma penológica llevada a cabo en el mismo, según la cual "cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (se entenderá sustituida), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad", complementada con lo dispuesto en la D.T. 8ª del mismo Código, en la que se dispone que "en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de este Código fuera 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".

Desechadas las dos primeras opciones: la primera, porque supondría la minoración injustificada de la sanción penal de determinadas conductas penalmente típicas y la consiguiente desproporción con otras previstas en las mismas leyes -como sucedería en el caso de autos-, la despenalización igualmente injustificada de otras figuras penales -las castigadas exclusivamente con la pena de arresto mayor o de arresto fin de semana-, y la agravación carente también de justificación en los delitos castigados con penas alternativas de arresto mayor o prisión menor; y la segunda, por haber sido suprimida por el *Código Penal de 1995* la pena de arresto mayor. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tomó el acuerdo, de fecha 29 de noviembre de 2005 , de aceptar la tercera opción, declarando que las *Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la 11ª*, son de aplicación a las leyes especiales. Solución que, en aras del principio de seguridad jurídica, procede mantener y aplicar al caso de autos (v. art. 9.3 C.E .). Criterio que ha sido aplicado por esta Sala en SS. 1626/2005 de 20.1.2006, 320/2006 de 22.3, 484/2006 de 9.5, 628/2006 de 8.6, 1073/2006 de 31.10, 1132/2006 de 15.11, 1144/2006 de 22.12, 1188/2006 de 24.11, 235/2007 de 15.3 .

Consecuentemente la pena de arresto fin de semana, inicialmente aplicable al delito del art. 143 de la LOREG , debe entenderse sustituida por la de prisión de 14 a 30 días, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia esta pena, pueda ser sustituida conforme a lo dispuesto en el art. 88 CP .

SEXTO: Cuestión distinta es si su imposición, no mediando petición en tal sentido por las acusaciones pública y privada, supone vulneración del principio acusatorio.

Se plantea así una cuestión de indudable interés que ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones o pena no solicitada por éstas.

Un sector doctrinal -decíamos en la STS. 1426/2005 de 7.12 -, ya entendió, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante, la línea mayoritaria y tradicional de esta Sala y del Tribunal Constitucional, venía admitiendo que el Tribunal pudiera imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites legales establecidos, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la Ley y no de las peticiones de las partes, y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS 21.10.1988, 16.11.1989, 18.6.1994, 22.5.95, y STC 43/1997 , entre otras). Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al «petitum» de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un «factum», «que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencia», aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. Recordando la reciente STC 163/2004 de 4.10 , que la imposición de la pena de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal, no quebranta el derecho de

defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivó la razón por la que imponía la pena.

Además, sigue manteniendo tal Sentencia de esta Sala Casacional (la número 1426/2005), que la cuestión suscitada de si el Tribunal está vinculado por la pena en abstracto que corresponde al delito determinado por la acusación, o que el límite se encuentra en la pena concreta solicitada por las acusaciones y que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del *art. 789.3* , en el extremo que ahora interesa, y con independencia de que este precepto no resulte aplicable al caso que nos ocupa, tramitado por los cauces del procedimiento ordinario (se decía en tal resolución judicial), una interpretación del nuevo texto y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador.

Cierto es que en el caso ahora enjuiciado, el procedimiento seguido no es el ordinario sino efectivamente el abreviado. Pero ello no es lo importante, como veremos, sino la esencia misma del principio, su fundamento y su vinculación con el órgano jurisdiccional al que corresponde el enjuiciamiento del asunto.

Digamos ya de este momento, que no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, pues es patente que no puede haber un procedimiento más "acusatorio" que otro.

En trance de poner en cuestión la posición tradicional en esta materia, conviene señalar tal como hemos dicho en la reciente sentencia 1319/2006 de 12.1.2007 , que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987 , de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio , F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: *art. 24.2 de nuestra Carta Magna*), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del *art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

"El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del *art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en su redacción actual (idéntico al anterior *art. 749.3*), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: "... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones..." Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.

Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque "siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto", "los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...", y desde luego, sin descender a la "arena del combate". Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Felipe . Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha "arena", frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más acusatorio que otro.

Ciertamente el problema a resolver en el presente recurso, aunque emparentado con el anterior, no es exactamente el mismo, pues se refiere al caso en que las acusaciones estructuran erróneamente el acta de acusación en su vertiente punitiva, de modo que no postulan una pena que el legislador anuda al comportamiento delictivo.

Supuesto en que la doctrina tradicional no vio nunca inconveniente para "suplantar" (o si se quiere "subsanan"), en dicho caso la actuación de las acusaciones y adecuar la pena a los postulados de la Ley, si se consideraba un simple olvido de aquéllas.

No obstante la postura debe ser la misma que en el caso anterior y el Tribunal no puede de oficio completar el fallo con una pena no solicitada por acusación alguna; por más que se encuentre prevista por el legislador en el marco punitivo correspondiente al tipo aplicado, si no utiliza previamente la "tesis" que se diseña en el *art. 733 LECrim* ., con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio. Modo de proceder que obligará al Tribunal sentenciador a estar muy atento a la pena solicitada por las acusaciones, pues tal "tesis" ha de ser propuesta, para enmendar el error, antes de la finalización del juicio oral, y no tendrá ya remedio si se detecta cuando ha de redactarse la sentencia, pues ni el acusador lo puede ya proponer ni la defensa refutarlo.

En este sentido, el motivo ha de ser estimado, dictándose a continuación segunda sentencia, eliminado del fallo la pena de 14 días de prisión, pena que no fue solicitada por las acusaciones.

SEPTIMO: Estimándose uno de los motivos del recurso se declaran las costas de oficio, *art. 901 LECrim* .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Eugenio y María Cristina , contra sentencia de 25 de abril de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, con estimación de los motivos segundo y tercero por infracción de Ley y precepto constitucional, en causa seguida contra los mismos por delito **electoral**, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente referida sentencia, dictándose a continuación segunda sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Perfecto Andrés Ibáñez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Cervera, con el número 395 de 2003, y seguida ante la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª, por delito **electoral**, contra Eugenio , nacido en Barcelona el día 28 de diciembre de 1935, hijo de Francisco y de Teresa, con DNI. num. NUM000 , sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y sin que haya estado privado de libertad por esta causa; y María Cristina , nacida en Verdú (Lleida), el día 12 de abril de 1937, hija de Francisco y de Josefa, con DNI. NUM001 , sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y sin que haya estado privada de libertad por esta causa; ; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE 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. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se da por reproducido el Fundamento Jurídico sexto de la sentencia precedente en orden a la improcedencia de la imposición de la pena de 14 días de prisión.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, de fecha 25 de abril de 2006 , se revoca en el extremo de eliminar del fallo condenatorio la pena en 14 días prisión

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Perfecto Andrés Ibáñez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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