

CONCURSO DE NORMAS. DESOBEDIENCIA y PREVARICACIÓN: la Sala entiende que los hechos declarados probados sólo pueden ser sancionados como constitutivos de un delito de desobediencia, sin que podamos acoger la fórmula concursal sugerida por el Ministerio Fiscal. No estamos en presencia de un concurso de delitos, sino de un concurso de normas en el que el desvalor de una de las acciones –la desobediencia- absorbe a la otra –la prevaricación-.

En efecto, la punición del Sr. Homs como autor de un delito de prevaricación, con fundamento en esas omisiones que permitieron el desarrollo del proceso de participación, implicaría vulnerar el principio de proporcionalidad o, desde otra perspectiva, desbordar la medida de culpabilidad. Y es que cada una de esas omisiones no son sino secuencias de una desobediencia más amplia, aquella que impulsó al acusado a menospreciar el mandato del Tribunal Constitucional. Condenar por un delito de prevaricación, tomando como acción típica las conductas omisivas del acusado –no paralizar las obras para acondicionar la infraestructura de seguimiento de las votaciones, no suspender la impartición de cursos a voluntarios por el *Centre de Telecomunicacions i TecnoLogías de la Informació* (CTTI), no interrumpir la instalación de programas en los ordenadores previamente adquiridos para su posterior reparto en los centros escolares en los que se desarrolló la votación y, en fin, no paralizar la campaña publicitaria y de buzoneo puesta en marcha días atrás- supondría fragmentar artificialmente una conducta omisiva que sólo se explica por su unidad. Las distintas omisiones no son sino manifestaciones de la contumacia del acusado, de su resistencia a someterse al mandato del Tribunal Constitucional. Si bien se mira, la injusticia de esas omisiones –elemento insustituible del tipo objetivo del delito de prevaricación- sólo podría apoyarse, en su caso, en la conducta desobediente que ya ha sido objeto de punición.

Es cierto que en el caso del Sr. Homs, además de esas omisiones, existió una acción positiva claramente individualizada en el relato de hechos probados. Se trata de la carta fechada el día 6 de noviembre de 2014, en la que dio respuesta, a través del Presidente del CTTI, a las dudas suscitadas por un directivo de T-SYSTEMS que exigía saber si los trabajos que habían sido encomendados a esta empresa quedaban o no afectados por la prohibición acordada por el Tribunal Constitucional y que ya divulgaban los medios de comunicación. Sin embargo, no basta para afirmar la concurrencia del delito de prevaricación acreditar la existencia de una resolución administrativa. Se precisa, además, que ésta sea injusta. El problema radica en que la injusticia de esa carta sólo podría llegar a explicarse como manifestación de la renuencia del acusado a admitir la obligatoriedad de la providencia de suspensión. Dicho con otras palabras, la carta si fuera tildada como una resolución injusta, lo sería porque mediante su contenido se desobedece lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Pero eso es precisamente lo que ha servido a la Sala de presupuesto para el juicio de tipicidad que permite la condena del Sr. Homs como autor de un delito de desobediencia.

DELITO DE DESOBEDIENCIA: hemos dicho en otros precedentes que cuando el autor del hecho, lejos de acatar la imperatividad del mandato, se limita a argumentar en contrario, pretendiendo así debilitar la realidad de ese requerimiento, «la réplica se convierte en una camuflada retórica al servicio del incumplimiento». De no ser así, habríamos de reconocer la existencia de una singular forma de exclusión de la antijuridicidad en todos aquellos casos en los que la ejecución de lo resuelto es sustituida, a voluntad del requerido, por un voluntarioso intercambio de argumentos con los que enmascarar la conducta desobediente. Y es que la concurrencia del delito

de desobediencia, tal y como lo describe el art. 410.1 del CP, depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones que aquél haga acerca de su supuesta voluntad de incurrir o no en responsabilidad.

La idea de que la excesiva amplitud del mandato oscurecía el ámbito de lo prohibido encierra un inaceptable sofisma. Entender que cuando el mandato lo abarca todo, en realidad no abarca nada, carece de sentido. El acusado D. Francesc Homs sabía perfectamente cuál era el objeto de la impugnación y sabía que en el contenido de la providencia se aludía a todas aquellas actividades, presentes o futuras, que estuvieran dirigidas a hacer realidad la votación. Lo que pedía el Tribunal Constitucional del acusado era de fácil comprensión. Se trataba de que paralizara las actividades ya puestas en marcha y que se abstuviera de promover otras acciones dirigidas a la celebración de la consulta. Y a nada de ello atendió el Sr. Homs. De ahí que frente a la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014, en la que se ordenaba la suspensión de las actividades relacionadas con el *proceso de participación*, el acusado no podía pretender que su personal criterio valorativo se impusiera hasta anular el mandato contenido en aquella resolución. El ejercicio de los derechos y libertades públicas se desvincula de su genuino fundamento cuando su prevalencia se impone a costa de destrozar el edificio normativo y los equilibrios proclamados por el poder constituyente. Esos derechos sólo permanecen conectados a la fuente de su legitimidad cuando para su eficacia no necesitan anular por la vía de hecho el concepto constitucional de soberanía, el reparto competencial que singulariza al modelo territorial y, en fin, el elemental principio de seguridad jurídica.

Se ha dicho con razón que el Estado de Derecho representa desde sus orígenes la victoria del dominio de la ley frente al capricho despótico. Presupone, entre otros elementos identificadores, que todas las autoridades integradas en la estructura del Estado obran conforme a las previsiones legales aprobadas con arreglo a la norma constitucional. La ruptura de las bases constitucionales y del marco normativo que hace posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, no puede resultar indiferente al derecho penal. Sobre todo, cuando el legítimo restablecimiento de la legalidad, expresado cautelarmente a través de la providencia de suspensión dictada con fecha 4 de noviembre de 2014 por el Tribunal Constitucional, fue desatendido por sus principales destinatarios. Y la claridad de esta idea, llamada a actuar como presupuesto de la convivencia pacífica, no puede ser oscurecida mediante la voluntarista alegación hecha valer por el acusado de que fue él, en cumplimiento de su deber como gobernante, quien asumió el juicio de ponderación y decidió hacer caso omiso al requerimiento del Tribunal Constitucional.

CARENCIA DE VALOR EXONERATORIO DEL CRITERIO DE LA JUNTA DE FISCALES DEL TSJ DE CATALUÑA: la estructura del Ministerio Fiscal, conforme se desprende del art. 124 de la CE y del art. 1 del EOMF, aprobado por Ley 50/1981, 30 de diciembre, se acomoda a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. La propuesta de la defensa de anteponer el valor de la decisión de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al criterio asumido por la Fiscalía General del Estado de interposición de una querrela, supone voltear el diseño constitucional del Ministerio Fiscal. Implica, al fin y al cabo, confundir el principio de dependencia jerárquica –presupuesto ineludible de la seguridad jurídica como valor constitucional, *ex* art. 9.3 de la CE- con un extravagante formato asambleario en el que la opinión de los Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –cuya incorrección jurídica queda demostrada por la presente sentencia- se impone a la del Fiscal General del Estado, quien, conforme expresa el art. 22.2 del EOMF, «ostenta la

jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo en territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal».

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN NADA AFECTA A LA TIPICIDAD DE LOS HECHOS: la Sala no cuestiona el protagonismo de los voluntarios en el proceso de participación. Su presencia y colaboración es un hecho notorio, exento de la necesidad de cualquier prueba. Cuestión distinta es que la presencia de ese voluntariado pueda ser invocada como argumento exoneratorio para convertir lo que fue un proceso tutelado y dirigido desde el Gobierno de la Generalitat en un espontáneo movimiento ciudadano ajeno a toda vinculación pública o institucional. La adquisición de 7.000 ordenadores, la contratación de una publicidad institucional por importe de 806.403,52 euros o la fijación de un presupuesto de 1.201.000 euros para el apoyo al proceso de participación, nada tienen que ver con la decisión particular de uno u otro vecino. La prueba practicada, en fin, no evidencia una gestión privada de asuntos públicos. Ningún ciudadano se subrogó formalmente en el ejercicio de potestades públicas. Todos ellos actuaron como piezas decisivas de una iniciativa pública diseñada y dirigida por responsables políticos, entre ellos, el acusado D. Francesc Homs.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: La pena asociada al delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP, castiga a los autores a la pena de multa de 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años.

Dentro de esos límites, la Sala no puede desbordar la petición del Ministerio Fiscal, que ha instado para el acusado la pena de multa de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 1 año y 1 mes.

CAUSA ESPECIAL núm.: 20249/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 177/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez
D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 22 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto en nombre de S. M. el Rey, en juicio oral y público, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la causa especial núm. 3/20249/2016, incoada contra D. FRANCESC HOMES i MOLIST por los delitos de desobediencia y prevaricación, representado por el Procurador D. Ignacio Argos Linares, asistido por la Letrada Dña. Eva Labarta i Ferrer.

La representación del Ministerio Fiscal fue asumida por el Excmo. Sr. Fiscal de Sala D. Jaime Moreno Verdejo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo de 2016 se recibió en el Registro General de este Tribunal Supremo, exposición razonada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el marco de las diligencias previas núm. 1/2015, incoadas por dicho Tribunal y seguidas, entre otros, contra D. Francesc Homes i Molist, quien era Consejero de la Presidencia y portavoz del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por los presuntos delitos de desobediencia grave cometido por autoridades públicas previsto y penado en el artículo 410.1 del CP, prevaricación administrativa del artículo 404 CP y malversación de caudales públicos del artículo 433 del mismo texto legal.

En el momento de iniciarse las actuaciones D. Francesc Homs i Molist ostentaba la condición de Diputado de las Cortes Generales en la pasada IX legislatura. Era además miembro de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, condición que mantiene en la actualidad.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala y registrado con el número 3/20249/2016, por providencia de 18 de marzo de 2016 se designó ponente para conocer de la presente causa, conforme al turno preestablecido, y se acordó la devolución de las diligencias originales al órgano remitente, en tanto esta Sala no resolviera sobre la exposición remitida, requiriendo que se enviara testimonio de aquello de especial relevancia en relación con el contenido de la citada exposición.

El 6 de abril de 2016, se recibió en el Registro General de este Tribunal, procedente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el testimonio de particulares que eran de especial relevancia en relación con el contenido de la citada exposición razonada de fecha 11 de marzo de 2016.

TERCERO.- Por providencia de 14 de abril de 2016, se tuvo por recibida la anterior comunicación y la documentación adjunta, uniéndose al rollo de su razón, y se acordó dar traslado, junto con la exposición razonada, al Ministerio Fiscal para que informara sobre la competencia de este Tribunal y el contenido de la misma.

El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 6 de mayo de 2016 por el que interesó que esta Sala se declarara competente para conocer de los hechos descritos en su escrito en relación con el Diputado aforado Sr. Homs i Molist y, de conformidad con el artículo 57.2 de la LOPJ, se designara Magistrado instructor de la causa según el turno correspondiente.

Por providencia de 10 de mayo de 2016, se acordó que pasaran las actuaciones al Magistrado ponente para que propusiera a la Sala la resolución que correspondiera.

CUARTO.- Por auto de 25 de mayo de 2016, se declaró la competencia de esta Sala para la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de D. Francesc Homs i Molist por los delitos ya citados, designándose instructor, conforme al turno preestablecido, al Magistrado de esta Sala, Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

Por providencia de 14 de julio de 2016 se tuvo por personado en la presente causa a D. Francesc Homs i Molist.

QUINTO.- Practicadas las diligencias de instrucción que constan en autos, con fecha de 4 de octubre de 2016, el Excmo. Sr. Magistrado Instructor elevó a la Sala exposición razonada a los efectos de formalizar suplicatorio al Congreso de los Diputados con respecto al aforado D. Francesc Homs i Molist.

Esta Sala, el 6 de octubre de 2016, dictó auto acordando solicitar al Congreso de los Diputados autorización para dirigir el procedimiento penal contra el Diputado D. Francesc Homs i Molist. Se remitió el correspondiente suplicatorio al Excmo. Sr. Presidente de esta Cámara Legislativa, con testimonio de la exposición razonada del instructor.

La autorización, en los términos solicitados en el citado suplicatorio, fue concedida por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 22 de noviembre de 2016.

SEXTO.- El día 29 de diciembre de 2016 se dictó auto acordando la continuación de esta causa, de conformidad con los artículos 780 y s.s. de la LECrim, contra D. Francesc Homs i Molist por los presuntos delitos de desobediencia y prevaricación administrativa; dando traslado a las acusaciones para que solicitaran la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación, o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

SÉPTIMO.- Por providencia de 11 de enero de 2017, se tuvo por recibido el escrito de acusación del Ministerio Fiscal con fundamento en las conclusiones provisionales obrantes en el mismo. Entendía el Fiscal que los

hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal y de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art. 410.1 del Código Penal (en redacción vigente al tiempo de los hechos, por resultar más favorable a la dada por la L.O. 1/2015). Estos delitos se hallarían en la relación prevista en los núms. 1 y 2 del art. 77 del Código Penal, como concurso ideal. Solicitaba el Ministerio Fiscal que fueran penados conjuntamente ambos delitos con la pena de 9 años de inhabilitación especial para cargos públicos electivos ya fueran de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local. Asimismo entendía que para el supuesto de que el Tribunal optara por la punición por separado de ambos delitos, las penas solicitadas serían las siguientes: por el delito de prevaricación, inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 7 años y 6 meses; por el delito de desobediencia, multa de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros y la legalmente correspondiente responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 1 año y 1 mes.

Se instaba por último la condena en costas.

OCTAVO.- Con fecha de 20 de enero de 2017 se dictó auto por esta Sala, en cuya parte dispositiva se ordenaba la apertura del juicio oral contra el acusado D. Frances Homs i Molist por los hechos que se recogen en la citada resolución, indiciariamente constitutivos de un delito de prevaricación administrativa y de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública, en relación de concurso ideal; considerándose competente para el enjuiciamiento la Sala Segunda del Tribunal Supremo y dándose traslado de la resolución y del escrito de acusación, así como de las actuaciones, por fotocopia, al acusado, para que presentara escrito de defensa en el plazo de diez días.

Con fecha de 3 de febrero de 2017, D. Francesc Homs i Molist, representado por el Procurador D. Ignacio Argos Linares y asistido por la letrada D.^a Eva Labarta i Ferrer, presentó escrito de defensa, solicitando su libre absolución, con todos los pronunciamientos favorables, por no ser los hechos constitutivos de delito alguno.

NOVENO.- El día 6 de febrero de 2017 se puso la causa a disposición de esta Sala para su enjuiciamiento, dictándose el mismo día auto de admisión de pruebas, acordándose asimismo añadir a la Sala de enjuiciamiento a los Excmos. Sres. Magistrados D. Andrés Martínez Arrieta y D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

Habiéndose señalado para el desarrollo del juicio oral los días 27, 28 de febrero y 1 de marzo, tuvo lugar el mismo, finalizando el último de los días señalados. El Ministerio Fiscal, la acusación particular y las defensas elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales.

HECHOS PROBADOS:

<<1.- Con fecha 27 de Septiembre de 2014, el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, en su núm. 6715, publicó la Ley 10/2014, 26 de septiembre, *de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana*.

En el mismo diario oficial y con la misma fecha se publicó el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, 27 de septiembre, *de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña*. En esta resolución se convocaba «la consulta sobre el futuro político de Cataluña que tendrá lugar el día 9 de noviembre de 2014» (art. 1). El objeto de la consulta era «...conocer la opinión de las personas llamadas a participar sobre el futuro político de Cataluña (...), con la finalidad de que la Generalidad pueda ejercer con pleno conocimiento de causa la iniciativa legal, política e institucional que le corresponde» (art. 2). En la consulta se formularía «...una primera pregunta y una segunda pregunta sucesiva, en los términos siguientes: a) ¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado? - Sí - No. En caso afirmativo: b) ¿Quiere que este Estado sea independiente? - Sí - No» (art. 2) Y Únicamente se podía responder a la pregunta de la letra b) en el caso de haber respondido «Sí» a la pregunta de la letra a).

El art. 4 del Decreto llamaba a participar en la consulta sobre el futuro político de Cataluña a «...las personas que sean mayores de dieciséis años el día de la votación presencial: a) que tengan la condición política de catalanes. Los catalanes residentes en el extranjero que hayan tenido como última vecindad administrativa la catalana y sus descendientes que mantengan la condición política de catalán deben estar previamente inscritos en el Registro de catalanes y catalanas residentes en el exterior; b) que sean nacionales de estados miembros de la Unión Europea, inscritos en el Registro de Población de Cataluña, que acrediten un año de residencia continuada inmediatamente anterior a la convocatoria de la consulta; c) que sean nacionales de terceros estados, inscritos en el Registro de Población de Cataluña, que acrediten residencia legal durante un periodo continuado de tres años inmediatamente anterior a la convocatoria de la consulta».

2.- Al amparo del art. 161.2 de la CE el Gobierno de la Nación interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 3 a 39, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final primera de la Ley 10/2014, 26 de septiembre. La admisión a trámite del recurso –acordada mediante providencia de 29 de septiembre de 2014- produjo como efecto legal asociado a esa resolución, a la vista de lo prescrito en los arts. 161.2 de la CE y 30 de la LOTC (en adelante LOTC), la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados desde el mismo día 29 de septiembre de 2014 para las partes del proceso y desde la publicación de la providencia en el BOE para los terceros. La orden de suspensión alcanzaba «a cuantos actos o resoluciones hayan podido dictarse en aplicación de los mismos». En la providencia de admisión se acordaba su notificación a los Presidentes del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, así como «publicar la incoación del proceso en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña».

El Gobierno de la Nación estimó también oportuno impugnar, además de la ley que le servía de aparente cobertura, el acto formal de convocatoria, esto es, el Decreto 129/2014, 27 de septiembre. La impugnación fue admitida a trámite mediante providencia de 29 de septiembre de 2014 que, al amparo de los arts. 161.2 de la CE y 77 de la LOTC, suspendió el Decreto y sus Anexos desde el 29 de septiembre para las partes del proceso y desde su publicación en el BOE para los terceros. La mencionada providencia incluía en el ámbito de la suspensión «las restantes actuaciones de preparación para la convocatoria de dicha consulta o vinculadas a ella». La admisión a trámite del recurso –que fue formalizado por el Gobierno al amparo del Título V de la LOTC, en el que se regula la impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución- y los efectos a ella asociados fueron puestos en conocimiento del Presidente de la Generalitat, acordándose también publicar la incoación del proceso impugnativo en el BOE y en el DOGC.

El procedimiento de impugnación promovido por el Gobierno culminaría con la sentencia del Tribunal Constitucional 32/2015, 25 de febrero. En el *fallo* de esta sentencia se acordaba «...declarar que el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la

consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos son inconstitucionales y nulos». En el último párrafo del FJ 3º se afirmaba que «el Decreto 129/2014, al convocar una consulta al amparo de lo establecido en la Ley 10/2014 y, en desarrollo de esta Ley, establecer la regulación específica por la que se rige la consulta convocada, vulnera las competencias del Estado en materia de referéndum, al haber convocado un referéndum sin la preceptiva autorización estatal, como exige el art. 149.1.32 CE, y sin seguir los procedimientos y garantías constitucionalmente exigidos, que, como declara este Tribunal en la Sentencia 31/2015, de esta misma fecha, solo pueden ser aquellos establecidos por el legislador estatal, que es a quien la Constitución ha encomendado regular el proceso y las garantías electorales (art. 149.1.1 CE en relación con los arts. 23.1 CE, 81.1 CE y 92.3 CE y art. 149.1.32 CE)».

3.- Con anterioridad a que esa sentencia llegara a dictarse y a raíz de la suspensión provisional de la vigencia de las normas cuestionadas -efecto ligado a la admisión a trámite de los procesos de impugnación- el Gobierno de la Generalitat desistió de la convocatoria de la llamada *consulta popular no referendaria* que autorizaba la Ley 10/2014 y que materializaba el Decreto 129/2014. Sin embargo, como quiera que persistía en la idea de celebrar la referida consulta el día 9 de noviembre de 2014, fecha que anunciaba el decreto suspendido, abandonó la cobertura inicialmente concebida para su celebración y anunció, en su lugar, *un proceso de participación ciudadana* para la misma fecha. Con tal objeto, el Presidente de la Generalitat –no enjuiciado en la presente causa- realizó una comparecencia institucional en la que anunció ante los medios de comunicación la apertura de ese proceso y la fecha en el que éste iba a tener lugar.

Al mismo tiempo, con el fin de dar amplia difusión al proceso abierto, el *Departament de Governació de la Generalitat de Catalunya* encargó la puesta en marcha de una página web denominada *www.participa2014.cat*. El mismo día del anuncio por el Presidente de la Generalitat de la convocatoria del proceso, publicó que «el día 9 de noviembre de 2014, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana para que los catalanes y las catalanas y las personas residentes en Cataluña puedan manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña».

4.- A raíz del anuncio, el Gobierno de la Generalitat asumió la iniciativa de distintas actuaciones y procedimientos administrativos dirigidos a hacer realidad la votación anunciada para el día 9 de noviembre. Los trabajos fueron principalmente encomendados a contratistas privados. Conforme a esta idea se desarrollaron las siguientes actividades:

a) Se activó la web institucional a la que ya se ha hecho referencia - *www.participa2014.cat*-, diseñada para hacer posible, entre otras funcionalidades, la inscripción del voluntariado.

b) Se acordó que los institutos públicos de enseñanza secundaria, titularidad de la Generalitat, pusieran a disposición de los responsables del proceso participativo los locales en que pudieran desarrollarse las votaciones.

c) Se encargaron el diseño y la fabricación del material que iba a ser empleado en la votación, organizándose su transporte, reparto y entrega en los distintos locales en los que iba a celebrarse la votación.

d) El *Departament de la Presidencia* dirigió la contratación de la publicidad institucional. Ésta fue encargada, apenas dos días después de la incoación del expediente PR201471109, a la empresa *Media Planning Group S.A.* La formalización del encargo está fechada el día 24 de octubre de 2014.

El importe facturado por la realización de estos trabajos supuso un gasto de 806.403`52 euros

e) Se contrató la adquisición de 7000 ordenadores portátiles que, previa utilización de un *software* encargado por la Generalitat, iban a ser utilizados en el cómputo y control del proceso de consulta.

f) Con fecha 29 de octubre de 2014, el *Departamento de Governació i Relacions Institucionals* interesó los servicios del *Centre de Telecomunicacions i Tecnològics de la Informació (CTTI)* para el «apoyo al proceso de participación», fijando un presupuesto de 1.201.000 euros. La factura se expidió el 3 de noviembre, finalmente por un importe de 698.685`15 euros.

Para la ejecución de la encomienda recibida, el CTTI seleccionó distintas empresas privadas, con arreglo a acuerdos-marco previamente suscritos.

Así, a la empresa T-SYSTEMS le fue encargado, con fecha 15 de octubre de 2014, el diseño de programas informáticos con un doble objeto: a) *registro de inscripción de acceso público*: crear un registro web para que los voluntarios funcionarios y no funcionarios pudieran registrarse como tales y crear la propia web de consulta; b) *registro de asistentes*: desarrollar una aplicación para instalar en los ordenadores que serían utilizados el día de la votación. La aplicación tenía dos funcionalidades principales. La primera permitía registrar a quien votaba y comprobar que votaba en la mesa que le correspondía; b) la segunda hacía posible la extracción y consolidación de los datos obtenidos en los ordenadores que permitiese introducir el recuento de votos y extraer el resultado agregado de la mesa en un formato de presentación predeterminado.

Con fecha 17 de octubre de 2014, la misma empresa recibió como encargo diseñar un «registro de resultados y publicación». Se trataba de ir recibiendo telefónicamente los

resultados de las votaciones en las distintas mesas de votación y proceder a su inmediato tratamiento informático mediante una web interna de la Generalitat que, con el desarrollo de distintos criterios de cribado, iba a permitir el recuento y sistematización de los resultados agregados, porcentajes, distribución geográfica etc.

En la búsqueda del mismo objetivo, el CTTI contrató con T-SYSTEMS para el fin de semana del 9 de noviembre, un servicio de apoyo 24 horas al día al CTTI, que también incluía adicionalmente un servicio de apoyo a los técnicos que habían participado en el desarrollo de los programas.

La recepción de los ordenadores portátiles que iban a ser adquiridos por el *Departamento de Ensenyament* fue encomendada a la empresa FUJITSU, a la que también fue encargada la instalación de los programas desarrollados por T-SYSTEMS, la distribución de las unidades en los distintos centros de votación, el acondicionamiento de un *call center* en el propio CTTI para el día de la votación, ciertas tareas de apoyo remoto y presencial y, finalmente, la recogida ulterior de los portátiles una vez finalizada la jornada. También asumió el borrado del contenido de los ordenadores superada la fecha prevista para su utilización.

5.- Para hacer posible la votación, el 27 de octubre de 2014 el *Departament de Presidencia*, encabezado por el acusado D. Francesc Homs, y el *Institut d'Estadística de Catalunya* (IDESCAT, responsable del Registro de Población de Cataluña, que es un registro administrativo donde figuran los datos actualizados de carácter obligatorio de los vecinos inscritos en los padrones municipales de habitantes de todos los ayuntamientos de Cataluña) firmaron un convenio de colaboración en el que se autorizaba al Departamento de Presidencia para que tuviera acceso al Registro de Población a los efectos de crear una base de datos temporal cuya cláusula de vigencia (pacto 6º) se decía que permanecería en vigor «por el tiempo indispensable para transmitir la información básica y general del proceso de participación descrito que se abre el día 9 de noviembre de 2014 (...)». En el pacto tercero del convenio se especificaba que los datos se utilizarían «únicamente para transmitir una carta del Muy Honorable Presidente Artur Mas Gavarro a los destinatarios indicados, con información básica del proceso de participación referenciado que se abre el día 9 de noviembre de 2014». Como destinatarios de la información se señalaba a los «vecinos inscritos en los padrones municipales de habitantes de todos los ayuntamientos de Cataluña que sean mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014».

El fichero temporal fue efectivamente creado y luego cedido a la mercantil UNIPOST (empresa de mensajería a la que se encargó la distribución de la información), a través de un encargo de tratamiento de datos, previa autorización de subencargo por parte del Departamento de Presidencia.

6.- Para el urgente envío de la información que hiciera posible la participación ciudadana, el 31 de octubre de 2014 la *Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de*

la Generalitat (EADOP) remitió a la mercantil UNIPOST, especializada en servicios de mensajería, una invitación para participar en la licitación para la prestación de los servicios destinados a la ejecución de una «operativa institucional de transmisión de una información de interés ciudadano por imperiosa urgencia».

La información a repartir consistía en una carta con el membrete oficial de la Generalitat en que se exhortaba a los ciudadanos a participar en la consulta del 9 de noviembre siguiente, citando la página web www.participa2014.cat como fuente de información.

El Departamento de Presidencia cedió a UNIPOST el fichero temporal de datos que se había creado a efectos de contener los destinatarios de la información a distribuir.

El reparto de la correspondencia se inició el día 3 de noviembre de 2014 y siguió en los posteriores hasta completar la efectiva distribución de la correspondencia.

7.- El 27 de octubre de 2014 el *Departament de Governació* solicitó a la compañía aseguradora AXA un suplemento de la póliza de seguro de accidentes que el *Departament d'Economia i Coneixement* tiene contratada para el personal de la Generalitat de Catalunya. El suplemento se solicitó para los voluntarios del proceso participativo: 1317 personas voluntarias que trabajarían los días 9 y 10 de noviembre, y más de 25.000 voluntarios que trabajarían exclusivamente el día 9 de noviembre. El suplemento fue expedido el día 4 de noviembre.

8.- El 31 de octubre de 2014, puestas en marcha las iniciativas que acaban de ser descritas en el marco del llamado *proceso de participación ciudadana*, el Gobierno de la Nación presentó ante el Tribunal Constitucional una «impugnación de disposiciones autonómicas y, subsidiariamente, un conflicto positivo de competencia» contra «...las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta».

El Boletín Oficial del Estado publicó con fecha 5 de noviembre de 2014 la providencia del Tribunal Constitucional dictada el día anterior, mediante la que resolvió admitir a trámite la impugnación, acordando al mismo tiempo la suspensión de los actos impugnados desde el 31 de octubre de 2014 para las partes del proceso y desde su publicación en el BOE para los terceros, así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

El tenor literal de la providencia de 4 de noviembre de 2014 era el siguiente: «El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda:

1- Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad, admitir a trámite el escrito presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

2.- Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.

3.- Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC).

De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

4.- Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia.

5.- Publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

Madrid a cuatro de noviembre de dos mil catorce».

La providencia transcrita, en la que junto a la admisión a trámite del recurso promovido por el Gobierno de la Nación se acordaba la suspensión de las actuaciones impugnadas, fue publicada el día 5 de noviembre de 2014 y tuvo entrada en el registro oficial

de la Generalitat el día 6 de noviembre. Además de la anotación formal en el registro, el mismo día 4 el Presidente del Tribunal Constitucional remitió por correo electrónico comunicación en la que ponía en conocimiento del Presidente de la Generalitat, adjuntando el archivo correspondiente, la existencia misma de esa resolución y una carta personal. El mensaje de correo electrónico fue remitido desde Presidencia del Tribunal Constitucional a las 13:19 horas del día 4 de noviembre a la Subdirección General de Cuestiones Constitucionales del Gabinete Jurídico de la Generalitat, del Departamento de Presidencia. Desde dicha Subdirección General se acusó expresamente la recepción del correo y la documentación adjunta mediante correo electrónico de su titular enviado a las 13:47 horas.

El proceso de notificación de la citada providencia fue coincidente con la celebración por el Ejecutivo de la Generalitat de una sesión formal de Gobierno el mismo día 4 de noviembre. En esa reunión se acordó formular recurso de súplica contra la providencia, con subsidiaria petición de aclaración. De acuerdo con esa decisión, el Servicio Jurídico de la Generalitat promovió el correspondiente recurso con la subsidiaria solicitud de aclaración. En el cuerpo argumental de ese recurso la Generalitat solicitaba del Tribunal Constitucional una decisión rápida, pues «...si el TC no resuelve inmediatamente, tal omisión causará indefensión al haberse dejado pasar la fecha del 9 de noviembre para la que se ha convocado el proceso participativo sin que éste haya podido celebrarse» (encabezamiento del punto 6). De forma correlativa, en el *petitum* del recurso se solicitaba que se tuviera por formulado recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre y sea dejada sin efecto de modo que «(...) pueda celebrarse el día 9 de noviembre el proceso participativo convocado sobre el futuro político de Cataluña»

El recurso formalizado, carente de efectos suspensivos, fue resuelto y desestimado por el Tribunal Constitucional mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2014.

9.- En aquellas fechas el acusado D. FRANCESC HOMES I MOLIST formaba parte del Gobierno de la Generalitat, en su condición de Consejero de la Presidencia y Portavoz. Era el máximo responsable de los Servicios Jurídicos, así como de la coordinación interdepartamental y encargado de la publicidad institucional. En esa condición, como parte integrante de una estrategia de desatención y rechazo al mandato del Tribunal Constitucional - que había acordado la suspensión de las actuaciones impugnadas por el Gobierno de la Nación-, omitió toda orden que habría permitido paralizar el proceso e impulsó actuaciones que contribuyeron de forma decisiva a su realización. La aportación del acusado fue sólo una parte de una acción concertada en la que pudieron tener participación otros responsables gubernamentales no aforados a esta Sala y que, por tanto, no son objeto de enjuiciamiento. Lo cierto es que la orden de suspensión de las actividades asociadas al llamado *proceso de participación*, emanada del Tribunal Constitucional y activada como consecuencia del efecto legal asociado a la admisión a trámite del recurso promovido por el Gobierno de la Nación, fue contumazmente desoída. Todo ello en el contexto de un acuerdo concertado entre el acusado y otros responsables políticos de la Generalitat dirigido a privar de toda eficacia vinculante a la

orden de suspensión contenida en la tantas veces mencionada providencia de 4 de noviembre de 2014.

En el específico ámbito de su competencia, el acusado D. FRANCESC HOMES I MOLIST desarrolló actividades sólo explicables por su inamovible voluntad de convertir la providencia de suspensión en un enunciado carente de toda fuerza ejecutiva. Era conocedor de la orden de paralización emanada del Tribunal Constitucional, orden que había sido oficialmente notificada en los términos ya expresados en el anterior apartado y que motivó que en una reunión del Consejo de Gobierno de la Generalitat se valorara políticamente su alcance y decidiera la formalización de un recurso de súplica y subsidiaria aclaración. Su condición de jurista le hacía conocedor de su deber de no activar aquello que había sido objeto de prohibición expresa por el Tribunal Constitucional. Pese a todo -a diferencia del acatamiento de la anterior orden de paralización que se contenía en la providencia de fecha 29 de septiembre de 2014, dictada por el mismo Tribunal con ocasión de la impugnación por el Gobierno de la *convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña*-, el acusado puso el espacio competencial que le correspondía como Consejero de la Presidencia y portavoz del Gobierno al servicio del compartido propósito de llevar adelante lo que pasó a denominarse *proceso de participación ciudadana*.

La estrategia a la que se sumó el acusado D. FRANCESC HOMES, concertada con otros responsables políticos que no quedan afectados por esta resolución, incluía la adopción de decisiones dirigidas a enmascarar la realidad del proceso, haciendo descansar la iniciativa de esas decisiones en la supuesta espontaneidad de unos voluntarios que actuarían al margen de todo apoyo oficial. El acusado tuvo un papel decisivo en la aportación de los medios materiales y de la infraestructura indispensable para hacer realidad lo que había sido objeto de suspensión expresa por el Tribunal Constitucional.

En los días inmediatamente anteriores a la celebración de la consulta, concretamente durante los días 7 y 8 de noviembre, la empresa T-SYSTEMS, conforme a lo que le había sido encargado por el CTTI, entregó las aplicaciones informáticas que resultaban indispensables para el desarrollo de la votación. A su vez esas aplicaciones fueron puestas a disposición de otra entidad privada que procedió a su instalación en los ordenadores recién adquiridos para proporcionar cobertura al proceso.

Responsables ejecutivos de la empresa T-SYSTEMS, una vez conocida por los medios de comunicación la providencia del Tribunal Constitucional que ordenaba la suspensión de las actividades relacionadas con el llamado *proceso de participación*, se dirigieron formalmente al CTTI, haciendo llegar por carta a su director gerente las dudas suscitadas en la empresa acerca del efecto que esa suspensión podía acarrear en los trabajos contratados. En esa misiva se interesaba una rápida respuesta «...en tanto que este es un asunto sensible para nuestra organización, comprometida con el cumplimiento estricto de la legalidad al tiempo que con una excelente prestación de servicios». El acusado D.

FRANCESC HOMES, conocidas las dudas de la empresa contratada para prestar apoyo informático, hizo llegar al Consejero de Empresa y Empleo (*Conseller d'Empresa i Ocupació*) su respuesta, aclarando que «...los servicios o las actividades relacionadas por (T-SYSTEMS) en su carta de 4 de noviembre no están explícitamente afectados por la providencia dictada por el Tribunal Constitucional el día 4 de noviembre de 2014». Ese mensaje, del que se dio traslado a la dirección de T-SYSTEMS en carta fechada el día 6 de noviembre, se completaba con la puesta a disposición del CTTI de los Servicios Jurídicos de la Generalitat, con el fin de ejercer ante los Tribunales las acciones que pudieran resultar procedentes para el caso en que algunos de los trabajos pactados llegara a ser incumplido. Ese mensaje fue determinante de que la empresa informática decidiera continuar con los trabajos.

La tarea asumida por T-SYSTEMS –una vez recibida la respuesta oficial del acusado que recordaba las responsabilidades jurídicas contraídas por la empresa- resultó definitiva para el desarrollo de las actividades suspendidas por el Tribunal Constitucional. De hecho, había recibido el encargo de elaborar los tres programas informáticos que harían posible la emisión y el recuento de votos. Dos de ellos fueron instalados en los ordenadores portátiles adquiridos por la Generalitat y que se distribuyeron por las distintas mesas de votación. Su puesta en funcionamiento permitió registrar a los participantes conforme depositaban su papeleta y consignar informáticamente los resultados de cada mesa. El tercer programa tenía como destinatario al CTTI, que se convirtió en el centro de recogida de datos para su posterior escrutinio y tratamiento.

En los días inmediatamente anteriores al desarrollo de la votación, se desplegó una intensa actividad administrativa, controlada y dirigida por el acusado. Éste, con el apoyo de otros responsables políticos ahora no enjuiciados, hizo posible que se impartiera en la sede del CTTI un curso acelerado de formación a aquellos voluntarios que iban a encargarse del recuento de votos. Permitted también que la empresa FUJITSU –a través de otras entidades subcontratadas- instalara en los 7.000 ordenadores los tres programas informáticos a los que antes hemos hecho referencia. Adoptó las prevenciones necesarias para que fueran instalados por FUJITSU en el CTTI todos los medios materiales precisos para el recuento y procesamiento de datos. Se habilitó un *call center* para comunicar todas las incidencias que fueran produciéndose a lo largo de la jornada. Además de la infraestructura que hizo posible la transferencia de información, la empresa FUJITSU se encargó de instalar –con el apoyo de otras empresas informáticas subcontratadas- las computadoras en los distintos centros en los que se habían habilitado mesas de votación, comprobando con carácter previo su plena operatividad.

También dentro del ámbito de decisión del acusado, el Departamento de Presidencia contrató con la empresa FOCUS S.A –que a su vez subcontrató con FIRA DE BARCELONA- la puesta en marcha del Pabellón Italiano de Montjuic, que fue habilitado como centro internacional de prensa, lugar desde el que el Vicepresidente daría a conocer los resultados.

Las obras de montaje se desarrollaron los días 7 y 8. Concluida su misión durante la jornada del día 9, fue desmontado al día siguiente.

En el desarrollo de las actividades de contratación indispensables para llevar a efecto las actividades que fueron objeto de suspensión por el Tribunal Constitucional, el acusado D. FRANCESC HOMES arbitró los medios necesarios para hacer posible el reparto masivo de la correspondencia oficial necesaria para la efectividad de la consulta. A tal fin la *Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions* de la Generalitat, integrada en la estructura orgánica de la Secretaría del Gobierno del Departamento de la Presidencia, adjudicó el contrato a la entidad mercantil UNIPOST, empresa a la que fueron cedidos previamente los datos contenidos en un fichero temporal de titularidad pública. Ese reparto de publicidad e información institucional se prolongó en días posteriores al 4 de noviembre, con pleno conocimiento por parte del acusado de que estaba infringiendo la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.

El Departamento de Presidencia adjudicó a la entidad MEDIA PLANNING GROUP la campaña publicitaria necesaria para la difusión del proceso. Se trataba de insertar anuncios oficiales en medios de comunicación, Internet, pantallas de cine, autobuses y marquesinas. La campaña dio sus primeros pasos en los últimos días del mes de octubre y se prolongó incluso después de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional. Ello fue posible por la pasividad del acusado que, siendo consciente del alcance de la prohibición, omitió toda actuación tendente a acatar la resolución de la que tenía pleno conocimiento.

En la misma línea de contumaz rechazo a la providencia del Tribunal Constitucional, el acusado FRANCES HOMES remitió una carta al *Consell de l'Audivisual de Catalunya* (CAC) en la que, ratificando comunicaciones previas en el mismo sentido cursadas por el *Secretari de Comunicació del Govern*, denunciaba la negativa de algunas emisoras nacionales –ONDA CERO, CADENA SER y COPE- a insertar gratuitamente anuncios referidos a la participación en el proceso.

La celebración de esa consulta el día 9 de noviembre es un hecho notorio. Su desarrollo fue posible, entre otras razones, por la pertinaz actuación del acusado, que impulsó todo aquello que resultaba necesario para su ejecución y, paralelamente, omitió las actuaciones que le eran exigible y que, de haberlas adoptado, habrían permitido dar cumplimiento a lo proveído por el Tribunal Constitucional. Con fecha 11 de junio fue dictada por el Tribunal Constitucional la sentencia 138/2015. Esta resolución fue el desenlace del proceso de impugnación promovido por el Gobierno de la Nación, en cuyo ámbito se había dictado la tantas veces citada providencia de 4 de noviembre de 2014, cuya imperatividad fue despreciada por el acusado. En el FJ 4º de esa sentencia, el Tribunal Constitucional razona en los siguientes términos: «...por tanto, procede declarar que las actuaciones de la Generalitat de Cataluña preparatorias o vinculadas con la consulta convocada para el 9 de noviembre de 2014 son inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no

corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional». Añadía el FJ 5º: «...las consideraciones anteriores determinan que deban declararse inconstitucionales por infracción del art. 122 EAC las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado “proceso de participación ciudadana”, es decir, aquellas contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones previas

I.- Por la defensa del acusado, D. Francesc Homs se promovió, al amparo del art. 786.2 de la LECrim, la posible infracción de los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Las razones de su crítica fueron expuestas en tres bloques sistemáticos, todos ellos relacionados con la declaración de impertinencia acordada por esta Sala, en el auto de fecha 6 de febrero de 2017, respecto de algunas de las pruebas que fueron propuestas en el escrito de defensa. Resulta obligada, por tanto, una remisión en su integridad a lo razonado en aquella resolución, sin perjuicio de añadir en este momento algunas consideraciones complementarias que completen la respuesta *in voce* ofrecida por la Sala en el momento de anunciar su desestimación.

II.- La primera de las quejas está vinculada al rechazo de la propuesta probatoria hecha valer en su escrito de defensa bajo el epígrafe «Más documental», mediante la que interesaba se expidiera por la Fiscalía General del Estado, para su aportación a la causa, testimonio del documento en el que se recogían las conclusiones de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en la que sus integrantes, de forma unánime, habían proclamado la «falta de viabilidad» de la acción penal a ejercer respecto del

Presidente de la Generalitat y miembros de su Gobierno, por los hechos sucedidos con ocasión del proceso culminado el día 9 de noviembre de 2014.

La defensa enfatizó la importancia de esta prueba, en la medida en que no se trata de un documento de trámite, sino la decisión jurídica suscrita por los integrantes de la Junta de Fiscales. Con su admisión –razonó la Letrada– no se está postulando una prueba artificiosa, de hecho, fue declarada pertinente por el Magistrado instructor designado por el Tribunal Superior de Justicia. Su importancia se refuerza desde el punto de vista probatorio por el hecho de haber sido divulgada en pleno proceso participativo.

A juicio de la Sala no ha existido la vulneración denunciada.

En el auto 6 de febrero de 2017 razonábamos la impertinencia de esa prueba. Recordábamos que su significado no es otro que el de un oficio –no resolución– dirigido por el Fiscal Superior de la Comunidad de Cataluña a su superior jerárquico. Añadíamos entonces que «la voluntad inequívoca del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal ha de obtenerse de la interposición de la querella que está en el origen de esta causa, sin que la realidad de esa decisión pueda verse devaluada mediante la artificiosa propuesta de valoración de los trabajos preparatorios que ilustraron la decisión del máximo responsable de la Fiscalía General del Estado»

La Sala no considera necesario adentrarse en el debate promovido por la defensa acerca de la naturaleza de ese documento y, a partir de ahí, sobre la necesidad de su incorporación a la causa. Ya sea un documento conclusivo –como sugiere la defensa–, ya se trate de un mero documento preparatorio –como apunta el Fiscal–, lo cierto es que la improcedencia de su reclamación está más que justificada y, lo que resulta decisivo, la negativa no genera ningún tipo de indefensión. La estructura del Ministerio Fiscal, conforme se desprende del art. 124 de la CE y del art. 1 del EOMF, aprobado por Ley 50/1981, 30 de diciembre, se acomoda a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. La propuesta de la defensa de anteponer el valor de la decisión de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al criterio asumido por la Fiscalía General del Estado de interposición

de una querella, supone voltear el diseño constitucional del Ministerio Fiscal. Implica, al fin y al cabo, confundir el principio de dependencia jerárquica – presupuesto ineludible de la seguridad jurídica como valor constitucional, ex art. 9.3 de la CE- con un extravagante formato asambleario en el que la opinión de los Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –cuya incorrección jurídica queda demostrada por la presente sentencia- se impone a la del Fiscal General del Estado, quien, conforme expresa el art. 22.2 del EOMF, «ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo en territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal».

El dato añadido de que ese documento ya obre incorporado a la causa por fotocopia y que ni el Fiscal ni la defensa hayan dudado de su autenticidad, facilita la decisión acerca de la innecesariedad de proceder a su reclamación oficial a la Fiscalía General del Estado. Las razones que avalan esta decisión de la Sala no se ven debilitadas por el hecho de que su difusión se hubiera producido, en palabras de la defensa «...en pleno proceso».

El momento de la divulgación no añade valor procesal a ese documento. Es más, le resta toda significación probatoria, en la medida en que el acuerdo y su publicación se produjeron cuando el delito que ahora es objeto de enjuiciamiento ya se había consumado.

III.- También alega la defensa la vulneración de su derecho a la prueba (art. 24.2 CE) por el hecho de que el auto de 6 de febrero de 2017 declarara improcedente la llamada a juicio, en calidad de testigos, del Presidente del Gobierno –Excmo. Sr. D. Mariano Rajoy Brey-, el Ministro de Justicia –Excmo. Sr. D. Rafael Catalá Polo-, el Fiscal General del Estado en la fecha de los hechos –Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante- y el Presidente del Tribunal Constitucional –Excmo. Sr. D. Francisco de los Cobos Orihuel.

En la resolución por la que declaramos la impertinencia de esa propuesta probatoria advertíamos de que su llamada como testigos «...carece de todo enlace con el objeto del proceso». En el turno de intervenciones

promovido por la defensa se intentó persuadir a la Sala de la necesidad de aceptar esa prueba testifical. Sin embargo, ninguno de los argumentos entonces manejados tiene la entidad precisa para justificar su pertinencia. Se aludió al hecho de que se trataba de «...un proceso con características muy especiales»; que era indispensable que los testigos explicaran las razones de su cambio de postura, que evolucionó –según la defensa- de una aceptación tácita y tolerante de la consulta hacia su radical impugnación; que el Presidente del Tribunal Constitucional debería explicar por qué en la redacción de la providencia suspensiva no se acogió el criterio de la Abogacía del Estado; o, en fin, si la verdadera razón del cese del entonces Fiscal General del Estado estuvo directamente relacionado con el desarrollo de los hechos acaecidos a partir del día 4 de noviembre de 2014.

La Sala entiende que nada de lo interesado mediante la declaración de esos testigos puede afectar al tratamiento jurídico de los hechos imputados. Ni el carácter especial del proceso –cuya singularidad no es discutible-, ni el cambio de criterio político –de haber llegado a existir-, ni las razones que puedan explicar la sobrevenida sustitución al frente de la Fiscalía General del Estado, pueden resultar determinantes a la hora de subsumir penalmente los hechos declarados probados. Lo mismo puede decirse de la reivindicada presencia del Presidente del Tribunal Constitucional para que explique por qué no se ajustó en la resolución dictada al *petitum* hecho valer en su recurso por la Abogacía del Estado. Carece de sentido y es manifiestamente improcedente exigir una explicación sobre las razones por las que el Tribunal Constitucional no asumió en su estricta literalidad la pretensión del Abogado del Estado. Y lo que es más importante, aun cuando esas razones llegaran a conocerse, en nada afectarían a la prueba de los hechos sobre los que se formula la acusación ni, por supuesto, a su calificación jurídica.

IV.- En relación con la negativa de esta Sala a admitir la citación de D. Carles Viver i Pi-Sunyer y D. Albert Lamarca en calidad de testigos-peritos, la defensa, más que impugnar esa decisión, se limitó a instar una interpretación «...más natural y flexible» de su propuesta, explicando que no pretendía proponer un peritaje jurídico, sino dejar constancia de que se trata de

eminentes juristas cuyo testimonio es indisociable de su presencia en la consulta como asesores jurídicos.

La exclusión del peritaje jurídico es una consecuencia asociada a la naturaleza de la prueba pericial, tal y como describe su objeto el art. 456 de la LECrim. De hecho, ha sido rechazado por reiterada jurisprudencia, de la que las SSTS 41/2016, 9 de septiembre y 343/2007, 20 de abril, son elocuentes muestras.

En definitiva, no existió la vulneración denunciada. De ahí la desestimación de las cuestiones previas promovidas por la defensa.

SEGUNDO.- Motivación fáctica

I.- Los hechos declarados probados son el resultado de la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el plenario, conforme exige el art. 741 de la LECrim e impone el canon constitucional de valoración de la prueba.

El reconocimiento del Sr. Homs, que acepta en su integridad el relato fáctico propuesto por el Fiscal, explica la decisiva influencia que ese relato ha tenido en la redacción del juicio histórico. El valor probatorio de las respuestas dadas por el acusado al interrogatorio practicado por el Fiscal y la defensa es de especial relevancia. Incluso se enriquece a la vista de la afirmación del Sr. Homs –repetida en distintos momentos a lo largo del juicio oral- de que su conformidad con los hechos iba más allá de aquellos que habían sido narrados por el Fiscal. Admitió haber protagonizado acciones de apoyo que no habían sido recogidas por el Fiscal en su propuesta fáctica y que se habrían desarrollado en los días 4 a 9 de noviembre de 2014.

Ese reconocimiento de los hechos imputados –aunque se discrepe de la calificación jurídica que el Fiscal les atribuye- facilita la tarea de motivar el respaldo probatorio de todas y cada una de las secuencias que se describen en el factum. Algunas de ellas se aproximan al concepto de hecho notorio. La realidad de la Ley 10/2014, 26 de septiembre y del Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, 27 de septiembre, mediante los que se

convocaba a una *consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña*, tiene como soporte documental el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, que en su edición de 27 de septiembre de 2014 publicó ambas resoluciones. La impugnación de estas dos normas, promovida por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional, así como su admisión a trámite mediante providencia de 29 de septiembre de 2014, fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2014.

II.- El inicial acatamiento de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional y la puesta en marcha de un renovado *proceso de participación ciudadana*, activado a partir de una comparecencia pública celebrada el día 14 de octubre de 2014 por el Presidente de la Generalitat, además de ser un hecho notorio, fue reconocido tanto por el acusado como por D. Artur Mas, quien en su declaración como testigo, a preguntas de su Letrada, describió los pormenores de esa decisión.

La creación de una página web institucional (www.participa2014.cat), su plena operatividad –todavía hoy accesible- y el decisivo papel que asumió en el desarrollo del proceso que había sido suspendido por el Tribunal Constitucional, fue explicado por los peritos de la Guardia Civil núms. F300562U y T94620L, destinados en el Grupo de Delincuencia Económica y Tecnológica, quienes ratificaron en juicio el dictamen que ya habían prestado en la fase de instrucción (folios 6710 a 6807, pieza documental 2 de las actuaciones remitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). La estrecha vinculación entre el diseño de esa página web y los servicios técnicos de la Generalitat era innegable. La web incorporaba gráficos y referencias a la Generalitat, así como accesos directos y enlaces a páginas oficiales del Gobierno Autónomo. En el código fuente había incluso un teléfono de contacto para el caso en que el funcionamiento de la web arrojara algún error. Y ese número -012- es precisamente el teléfono de información de la Generalitat. Dieron cuenta también los peritos –avalando la conexión entre esa página y los verdaderos promotores del proceso- de la existencia de paquetes de software con la denominación *gen.cat*. Explicaron también que los días 4, 7, 9 y 10 de noviembre esa web fue alimentada con cargas de nuevos ficheros, lo que evidencia su pleno funcionamiento durante el período de suspensión.

El interrogatorio que la defensa dirigió a los peritos se encaminó en una doble dirección. De una parte, pretendió cuestionar la formación técnica de los agentes de la Guardia Civil; de otra, llegó a sugerir posibles errores en la cadena de custodia, toda vez que desde la fecha en que esa página fue creada, hasta el 27 de octubre de 2015 –día en que ambos agentes fueron designados peritos por el Juez instructor del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- había pasado más de un año. Las posibilidades de un acceso inconsentido por parte de terceros y, en fin, de una manipulación de datos, habrían restado validez a las conclusiones del informe pericial.

Sin embargo, la Sala no da por probadas ninguna de las dos objeciones a la validez e integridad de la prueba. La formación de ambos peritos es incontrovertible. Basta una lectura del informe incorporado a la causa, puesto en relación con las explicaciones ofrecidas en el plenario, para descartar cualquier duda acerca de la cualificación profesional de los agentes. No basta, por tanto, con una censura genérica, carente de todo respaldo, para cuestionar la autoridad técnica de los peritos. Las dudas de la defensa podían haber sido despejadas mediante la propuesta de otro dictamen por peritos a los que atribuyera la cualificación que ahora niega a los agentes (art. 311 LECrim) o, en otro caso, mediante la designación de un perito de su confianza que participara en la elaboración del dictamen que ahora se descalifica (art. 471 LECrim).

Tampoco podemos dar por probadas intrusiones de terceros en el sistema operativo que hacía funcionar la web *participa2014.cat*. No es suficiente una genérica alusión a una hipótesis que se plantea sin el más mínimo apoyo probatorio. Como explicaron los peritos, cualquier entrada inconsentida habría sido detectada por el administrador de la página. Nada fue alegado en este sentido durante la instrucción y ningún interés tuvo la defensa en traer a juicio a ese administrador.

En consecuencia, la Sala atribuye plena significación probatoria a la web *participa2014*, y estima acreditada su puesta al servicio del *proceso de*

participación, así como su funcionamiento como consecuencia de la creación y mantenimiento por el Departamento de Gobernación de la Generalitat.

III.- La campaña de publicidad institucional, la adquisición de 7.000 ordenadores y las labores de apoyo a la consulta a través del CTTI, las estimamos probadas, tanto por las respuestas del acusado y de los testigos propuestos por el Ministerio Fiscal, como por la amplia documentación incorporada a la causa, en la que se reflejan los contratos suscritos: folios 95 y ss, documentación aportada por FOCUS S.A; folios 96 a 102, contrato de fecha 3 de noviembre de 2014 entre las entidades FIRA y FOCUS S.A; folio 103, presupuesto fechado el 3 de noviembre de 2014; folios 112 y ss, documentación incorporada a la causa por MEDIA PLANNING GROUP; folio 113, expediente de adjudicación de la publicidad institucional, firmado por D. Ignasi Genovés; folios 126 a 130, documentación referida a las actividades de T-SYSTEMS y sus relaciones con responsables del CTTI; folios 130 y ss, certificado del coste económico de la jornada celebrada el día 9 de noviembre, con cuadro adjunto.

Las declaraciones de D. Jordi Escalé –directivo del CTTI- expresaron también el acuerdo alcanzado con T-SYSTEMS y el reparto de ordenadores encargado a FUJITSU. El Presidente de FOCUS S.A –D. Daniel Ramón Martínez de Obregón- y el Director de Eventos de la misma empresa –D. Joan Códol- explicaron el encargo a la empresa a la que pertenecían de la instalación de una sala de prensa en el Pabellón Italiano. Aclararon también las razones que hacían entendible el cambio de fecha del presupuesto, así como la catalogación del contrato como *documento confidencial*. La subcontratación de FIRA, además de por los documentos ya mencionados, quedó acreditada por el testimonio de Dña. Isabel Vidal, en aquellas fechas Directora de Operaciones. Las respuestas ofrecidas por estos testigos, a las que se sumaron las aclaraciones ofrecidas por Dña. Fátima Soro –integrada en la asesoría jurídica de FIRA- y D. Pere Cambruní Nieto –Director del Área de Negocio de FIRA-, llevan a la Sala a aceptar que la calificación del contrato como *confidencial*, además de una práctica habitual, pudo tener su origen en el deseo de proteger los datos de quienes otorgaban aquellos documentos. Los testigos también son contestes en la idea de que el cambio de la fecha

inicial del contrato nada tenía que ver con el deseo de antedatar su formalización con anterioridad al día 4 de noviembre, sino más bien con el de acomodar su fecha al momento en el que los trabajos ya habían dado comienzo.

Además de la creación del *registro de asistentes* y del *registro de resultados y publicación*, damos por probada la cesión de datos para el envío de la información institucional sobre la convocatoria y el relevante cometido desplegado por IESCAT, responsable del registro de población de Cataluña y UNIPOST, especializada en servicios de mensajería. Así lo indicaron D. Federico Undina i Abelló –Director del Instituto de Estadística- y D. Jordi Vilajoana –Secretario General de Presidencia-. El primero precisó el acomodo de esas decisiones a la Ley Estadística Catalana y el segundo fue el autor material de la firma del convenio suscrito con el Instituto de Estadística el día 24 de octubre.

Que ninguna de las actividades administrativas puestas en marcha para la celebración del proceso fue paralizada antes del día 9 de noviembre, es un dato reconocido y admitido por el acusado Sr. Homs. La suscripción de una carta en la que daba órdenes para que se transmitiera a los directivos de T-SYEMENS las consecuencias de un hipotético incumplimiento del apoyo informático suscrito con la Generalitat, además de hallarse incorporada a la causa (folio 129), ha sido expresamente reconocida por el acusado.

La notificación de la providencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 4 de noviembre de 2014, dirigida al Presidente de la Generalitat mediante carta personal del Presidente del Tribunal Constitucional está incorporada al folio 148 de la causa. La notificación por correo electrónico consta también en los folios 148 a 150.

TERCERO.- Calificación jurídica

I.- El Ministerio Fiscal considera que los hechos son legalmente constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del CP y de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art.

410.1 del CP, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, por resultar más favorable a la dada por la LO 1/2015, 30 de marzo. Ambos delitos se hallan en la relación prevista en los núms. 1 y 2 del art. 77 del CP, como concurso ideal.

Interesó la punición conjunta de ambos delitos con la pena de 9 años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local.

Para el supuesto en que el Tribunal optara por el castigo por separado de ambos delitos, las penas solicitadas fueron las siguientes: a) por el delito de prevaricación, inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal autonómico o local por 7 años y 6 meses; b) por el delito de desobediencia, multa de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros, con responsabilidad civil subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 1 año y 1 mes.

La Sala limita su ámbito de conocimiento a los delitos por los que se ha formulado acusación. No se cuestiona si la aplicación económica de fondos públicos, promovida por el acusado en abierta y franca contradicción con el mandato emanado del Tribunal Constitucional, tiene o no relevancia penal. Estimamos, por tanto, que los hechos declarados probados sólo pueden ser sancionados como constitutivos de un delito de desobediencia, sin que podamos acoger la fórmula concursal sugerida por el Ministerio Fiscal. No estamos en presencia de un concurso de delitos, sino de un concurso de normas en el que el desvalor de una de las acciones –la desobediencia– absorbe el posible desvalor de la otra –la prevaricación–.

La punición conjunta de ambos delitos no es viable.

Se trata de una cuestión –como todas las que afectan a la relación concursal entre dos figuras delictivas- no exenta de matices. En la STS 79/2012, 9 de febrero, si bien referida a un supuesto de prevaricación judicial, nos hacíamos eco de la solución, no siempre uniforme, ofrecida por esta Sala en supuestos en los que el delito de prevaricación concurría con el de impedir el ejercicio de derechos cívicos. Así, en la STS 246/2003, 21 de febrero, aplicábamos los principios de especialidad y de consunción como expresión de la doctrina mayoritaria. En sentido contrario, aisladamente, la STS 172/1993, apreció un concurso ideal de delitos. En otras sentencias habíamos llegado a la misma conclusión, optando exclusivamente por el delito de prevaricación, al considerar que la vulneración de los bienes jurídicos afectados se encontraba en el caso especialmente imbricada (STS 1070/2000, 19 de junio).

En el supuesto que es ahora objeto de enjuiciamiento, la Sala estima que la conducta imputada al Sr. Homs ha de ser sancionada exclusivamente con la referencia que ofrece el delito de desobediencia, que absorbe en su desvalor al que sería predicable de otras conductas cuya injusticia radica, precisamente, en su condición de actos u omisiones desobedientes.

A) Conforme ha sido declarado en los hechos probados, al acusado Sr. Homs le son imputables comportamientos omisivos desarrollados entre los días 4 y 9 de noviembre 2014. Estas omisiones, en principio, son susceptibles de integrar la modalidad de la prevaricación omisiva, admitida por esta Sala en una jurisprudencia plenamente consolidada (cfr. SSTs 1382/2012, 17 de julio; 647/2002, 16 de abril; 426/2000, 18 de marzo y acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997). Se trata de supuestos en los que resulta imperativo para un funcionario o autoridad dictar una resolución –en nuestro caso, una orden de paralización de los trabajos ya iniciados- y, sin embargo, se omite permitiendo la injusticia de los efectos asociados a esa negativa.

Pues bien, la punición del Sr. Homs como autor de un delito de prevaricación, con fundamento en esas omisiones que permitieron el desarrollo del *proceso de participación*, implicaría vulnerar el principio de proporcionalidad o, desde otra perspectiva, desbordar la medida de culpabilidad. Y es que cada una de esas omisiones no son sino secuencias de

una desobediencia más amplia, aquella que impulsó al acusado a menospreciar el mandato del Tribunal Constitucional. Condenar por un delito de prevaricación, tomando como acción típica las conductas omisivas del acusado –no paralizar las obras para acondicionar la infraestructura de seguimiento de las votaciones, no suspender la impartición de cursos a voluntarios por el CTTI, no interrumpir la instalación de programas en los ordenadores previamente adquiridos para su posterior reparto en los centros escolares en los que se desarrolló la votación y, en fin, no paralizar la campaña publicitaria y de buzoneo puesta en marcha días atrás- supondría fragmentar artificialmente una conducta omisiva que sólo se explica por su unidad. Las distintas omisiones no son sino manifestaciones de la contumacia del acusado, de su resistencia a someterse al mandato del Tribunal Constitucional. Si bien se mira, la injusticia de esas omisiones –elemento insustituible del tipo objetivo del delito de prevaricación- sólo podría apoyarse, en su caso, en la conducta desobediente que ya ha sido objeto de punición.

Es cierto que en el caso del Sr. Homs, además de esas omisiones, existió una acción positiva claramente individualizada en el relato de hechos probados. Se trata de la carta fechada el día 6 de noviembre de 2014, en la que dio respuesta, a través del Presidente del CTTI, a las dudas suscitadas por un directivo de T-SYSTEMS que exigía saber si los trabajos que habían sido encomendados a esta empresa quedaban o no afectados por la prohibición acordada por el Tribunal Constitucional y que ya divulgaban los medios de comunicación.

No debería existir, en principio, obstáculo conceptual alguno para que una carta pueda ser considerada una resolución administrativa. Decíamos en la STS 502/2012, 8 de junio, que es indudable que el concepto de resolución administrativa –comprensivo de las disposiciones y actos a que se refieren los arts. 51 y 53 de la ley 30/1992, 26 de noviembre- no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario (cfr. art. 55). La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en

general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS 866/2008, 1 de diciembre; 443/2008, 1 de julio; 627/2006, 8 de junio y 939/2003, 27 de junio, entre otras). Sin embargo, también ha tenido ocasión de puntualizar que no tiene tal carácter y, por tanto, no colman las exigencias del tipo objetivo una simple certificación (STS 1158/2002, 20 de junio), un escrito de alegaciones (STS 2087/2002, 31 de enero 2003); un acto de mero trámite, como es el caso de un acta de infracción suscrito por un inspector de trabajo por animosidad hacia una determinada persona (STS 939/2003, 27 de junio); un simple acuerdo verbal (STS 857/2003, 13 de junio) o el ejercicio de facultades jerárquicas plasmadas en una orden de un superior a su subordinado (STS 866/2008, 1 de diciembre).

Sin embargo, no basta para afirmar la concurrencia del delito de prevaricación acreditar la existencia de una resolución administrativa. Se precisa, además, que ésta sea injusta. El problema radica en que la injusticia de esa carta sólo podría llegar a explicarse como manifestación de la renuencia del acusado a admitir la obligatoriedad de la providencia de suspensión. Dicho con otras palabras, la carta, si llegara a tildarse como una resolución injusta, lo sería porque mediante su contenido se desobedece lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Pero eso es precisamente lo que ha servido a la Sala de presupuesto para el juicio de tipicidad que permite la condena del Sr. Homs como autor de un delito de desobediencia.

Duplicar el injusto atribuible al acusado supondría quebrantar principios irrenunciables del derecho penal. Ha sido el desarrollo del plenario el que ha permitido, con la privilegiada inmediación que proporciona la proximidad a las fuentes de prueba, valorar cada una de las acciones y omisiones imputadas al acusado, examinar su contenido y ponderar el alcance de la regla de absorción. Es perfectamente comprensible que antes del inicio de las sesiones del plenario esos aspectos no se evidenciaran con la nitidez deseable. De ahí el acierto del Excmo. Sr. Magistrado instructor cuando, para hacer posible lo que ahora se resuelve, acordó imputar al Sr. Homs ambos delitos.

B) la solución acogida por la Sala es congruente con lo prevenido en el art. 8.3 del CP para aquellos casos en los que no pueda afirmarse la concurrencia de alguna de las fórmulas concursales previstas en los arts. 73 a 77. Según aquel precepto, «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código (...) se castigarán observando las siguientes reglas: 3.- El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

Es coherente también con la doctrina jurisprudencial sobre el concurso de normas que, con carácter general, ya advierte de la importancia de no incurrir en la prohibición constitucional del *bis in ídem*. En la STS 254/2011, 29 de marzo –cuya doctrina inspira las SSTS 544/2016, 21 de junio; 413/2015, 30 de junio; 494/2014, 18 de junio, entre otras muchas- dijimos que «el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad».

Y centrándonos en la relación de consunción prevista en el art. 8.3 del CP, precisábamos que esta fórmula concursal «...exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas

desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impune o acto copenado-».

En definitiva, es una solución que sigue la pauta de precedentes en los que hemos descartado la punición conjunta de los delitos de desobediencia y prevaricación. En efecto, en la STS 80/2006, 6 de febrero, declaramos que la decisión municipal de incumplir una resolución judicial sobre cierre de una incineradora «...acertadamente ha sido considerada (...) como un acto de incumplimiento meditado y consciente de una forma abierta de desobediencia, pero no puede ser, a su vez, considerado como un acto de prevaricación ya que, con ello, se incurre en un rechazable e inadmisibile *bis in idem*».

II- Descartada la fórmula concursal de delitos por las razones expuestas en el fundamento jurídico precedente, los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública, previsto y penado en el art. 410.1 del CP. En él se castiga con las penas de multa de 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años a las «autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales».

Esta calificación jurídica está en sintonía con una jurisprudencia constante que incluye en el art. 410.1 del CP la negativa de autoridades administrativas a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales (cfr. SSTs; 80/2006, 6 de febrero; 54/2008, 8 de abril; 263/2001, 24 de febrero; 485/2002, 14 de junio; 415/1999, 9 de abril y 8/2010, 20 de enero, entre otras. También ATS 13 abril 1998). Es cierto que no faltan críticas dogmáticas a este entendimiento jurisprudencial, opiniones que ponen el acento en la necesidad de una dependencia jerárquica entre quien ordena y quien desatiende la

orden. Sin embargo, aun quienes así razonan reconocen que la redacción actual del art. 410 del CP es expresión de la voluntad legislativa de proclamar normativamente lo que ya era opinión unánime en la jurisprudencia. A ella, por tanto, nos atenemos.

La jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 54/2008, 8 de abril) también ha tenido ocasión de fijar el alcance de la expresión *abiertamente*. Tal idea ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, 24 de febrero), si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (STS 1203/1997, 11 de octubre).

Conviene tener presente –así lo precisábamos en la STS 54/2008, 8 de julio, «que una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal *a quo* denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos».

III.- El acusado D. Francesc Homs es autor del delito de desobediencia grave que hemos declarado probado (arts. 27 y 28.1 CP).

En una acción concertada con otros responsables políticos no enjuiciados en esta causa, el acusado se negó abiertamente a dar cumplimiento a la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014. Esa providencia acordaba la suspensión de aquello que había sido objeto de impugnación en la demanda de la Abogacía del Estado, a saber, «...las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado “proceso de participación ciudadana”, contenidas en la página web *participa2014.cat/es/index.html*, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o precedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta».

El acusado era pleno conocedor de las consecuencias asociadas a la interposición de un recurso de esa naturaleza. No sólo por su formación jurídica, sino también por su experiencia en otros procesos impugnativos – resueltos y pendientes- de cuya existencia había tenido conocimiento y a los que hizo mención al responder a las preguntas del Ministerio Fiscal y de su defensa. Era consciente de que el efecto suspensivo asociado a un recurso de la Abogacía del Estado, promovido para la impugnación de disposiciones autonómicas, muy difícilmente puede ser objeto de discusión o controversia. De hecho, sabía que es una consecuencia legal asociada, una vez cumplidas las condiciones procesales de admisibilidad, a la simple impugnación. La innegable realidad de ese efecto suspensivo está enunciada en un precepto de rango constitucional. El art. 161.2 de la CE, tras facultar al Gobierno a impugnar las disposiciones y resoluciones dictadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, dispone que «la impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses». La misma idea se reitera en el art. 77 de la LOTC.

No es posible, por tanto, aceptar una argumentación defensiva orientada a acreditar un desconocimiento de ese efecto suspensivo que, como hemos expuesto, se presenta como una consecuencia *ope legis* ligada al simple hecho de la interposición de la demanda por la Abogacía del Estado. El acusado conocía que la puesta en marcha de un proceso constitucional de esa naturaleza por el Gobierno de la Nación conducía de forma inexorable –eso sí, limitada su vigencia al transcurso de un plazo no superior a 5 meses- a la suspensión del *proceso de participación* anunciado por el Presidente de la Generalitat el día 14 de octubre. Y ese conocimiento le obligaba a adoptar aquellas decisiones que condujeran a la paralización de las actividades administrativas impulsadas por la Generalitat, buena parte de las cuales formaban parte del exclusivo y excluyente ámbito competencial del acusado.

Sin embargo, como se expresa en el relato de hechos probados, el Consejero de la Presidencia, Sr. Homs, materializó su negativa mediante acciones y omisiones dirigidas a un mismo fin, a saber, hacer realidad el llamado *proceso de participación*, pese a la expresa prohibición del Tribunal Constitucional. Para ello activó los trabajos ya iniciados para crear la infraestructura de apoyo indispensable para la convocatoria del día 9 de noviembre. Hizo posible la culminación de los trabajos informáticos desarrollados por las empresas T-SYSTEMS, FUJITSU y otras entidades mercantiles subcontratadas, para que fueran diseñados e instalados los programas informáticos necesarios para el desarrollo de la votación y las operaciones posteriores de tratamiento y escrutinio de las papeletas emitidas. Ordenó la adquisición de 7.000 ordenadores para su entrega en los distintos centros escolares en los que se habilitaron mesas de votación. Permitió que en el *Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació* (CTTI) se desarrollaran cursos acelerados de preparación de los voluntarios acerca del funcionamiento de los programas instalados en los ordenadores y se habilitara un *call center* para la solución de dificultades y la recepción de los datos conforme se iban escrutando el día de la votación. Fue el departamento del acusado el que contrató con la entidad FOCUS S.A, que a su vez subcontrató con FIRA DE BARCELONA, la habilitación del Pabellón Italiano de Montjuic para la instalación de un centro internacional de prensa en el que, a su vez, el Vicepresidente anunciaría el resultado de las votaciones. Y fue también el

Departamento de Presidencia el que contrató con MEDIA PLANNING GROUP la campaña publicitaria dirigida a la difusión del llamado *proceso de participación*.

El carácter *abierto* de la negativa del acusado, su contumacia a la hora de desatender el mensaje imperativo del Tribunal Constitucional quedó claramente evidenciado en dos hechos de singular trascendencia en el juicio de subsunción. El primero, su respuesta a la entidad T-SYSTEMS en su carta de fecha 6 de noviembre de 2014. En la referida carta el acusado, no sólo rechazó las dudas que a la empresa informática suscitaba la legalidad del proceso, sino que hizo llegar a aquélla el aviso de que cualquier incumplimiento de lo acordado, que entorpeciera el desarrollo de los actos previstos para el día 9 de noviembre, traería consigo consecuencias jurídicas. El segundo, su deseo de sancionar aquellas voces discrepantes que no consideraron oportuno sumarse al *llamado proceso de participación*. A tal fin, se dirigió oficialmente al *Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAT)* con el fin de denunciar el supuesto incumplimiento de los medios de comunicación audiovisual ONDA CERO, CADENA SER y COPE, que rechazaron la inserción gratuita de propaganda institucional dirigida a fomentar la participación en la votación del día 9.

Hemos dicho en otros precedentes que cuando el autor del hecho, lejos de acatar la imperatividad del mandato, se limita a argumentar en contrario, pretendiendo así debilitar la realidad de ese requerimiento, «la réplica se convierte en una camuflada retórica al servicio del incumplimiento». De no ser así, habríamos de reconocer la existencia de «...una singular forma de exclusión de la antijuridicidad en todos aquellos casos en los que la ejecución de lo resuelto es sustituida, a voluntad del requerido, por un voluntarioso intercambio de argumentos con los que enmascarar la conducta desobediente». Y es que la concurrencia del delito de desobediencia, tal y como lo describe el art. 410.1 del CP, «depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones que aquél haga acerca de su supuesta voluntad de incurrir o no en responsabilidad» (STS 54/2008, 8 de abril).

IV.- El acusado esgrime en su defensa que el carácter excesivamente indeterminado de la providencia de 4 de noviembre de 2014 hacía imposible su acatamiento. Reprocha a esa resolución que no transcribiera íntegramente el *petitum* de la Abogacía del Estado, hasta el punto de llegar a interesar la comparecencia como testigo del Presidente del Tribunal Constitucional para que explicara, entre otras cuestiones, la razón por la que se apartó de esa petición. En el plenario el acusado Sr. Homs aludió al «automatismo de la providencia», a la que calificó de «inconcreta providencia que ni siquiera tenía el carácter de resolución judicial». Sugirió que «la prohibición de todo conduce a la prohibición de nada», queriendo así significar que las dudas sobre el alcance de lo proveído impedían la recepción con nitidez del mandato emanado del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esa línea discursiva –de incuestionable legitimidad en términos de defensa- carece de toda consistencia. Basta una lectura detenida y contextualizada de la providencia dictada por el Tribunal Constitucional para captar el alcance de lo prohibido. En el primero de los apartados se expresa con nitidez qué actividades habían sido objeto de impugnación por la Abogacía del Estado y en el tercero se decreta la suspensión de esos actos como consecuencia de la impugnación. Fueron los actos impugnados los que quedaron afectados por la prohibición y son esos actos, no otros, los que quedaron suspendidos como consecuencia de lo prevenido en el art. 161.2 de la CE.

El objeto de la suspensión era, pues, inequívoco. La reclamada inconstitucionalidad del llamado *proceso de participación* llevaba aparejada la suspensión directa, no sólo de ese proceso, sino de «...los restantes actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida conducta».

La idea de que la excesiva amplitud del mandato oscurece el ámbito de lo prohibido encierra un inaceptable sofisma. Entender que cuando el mandato lo abarca todo, en realidad no abarca nada, carece de sentido. El acusado D. Francesc Homs sabía perfectamente cuál era el objeto de la impugnación y

sabía que en el contenido de la providencia se aludía a todas aquellas actividades, presentes o futuras, que estuvieran dirigidas a hacer realidad la votación. Lo que pedía el Tribunal Constitucional del acusado era de fácil comprensión. Se trataba de que paralizara las actividades ya puestas en marcha y que se abstuviera de promover otras acciones dirigidas a la celebración de la consulta. Y a nada de ello atendió el Sr. Homs.

La plena convicción alcanzada por la Sala acerca de que el acusado conocía perfectamente su deber de acatamiento de la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional se ve reforzada por dos hechos clave.

De una parte, porque el mismo acusado, participando de una decisión colegiada también compartida con otros responsables gubernamentales que no son ahora objeto de enjuiciamiento, acató la suspensión acordada como consecuencia del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Ley 10/2014, 26 de septiembre, sobre consultas populares no referendarias y otras formas de participación. Acató también la suspensión del Decreto 129/2014, 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña. Y la suspensión de esas actuaciones fue consecuencia de dos providencias del Tribunal Constitucional, fechadas ambas el día 29 de septiembre de 2014 y redactadas en términos prácticamente literales a la de 4 de noviembre de 2014, cuya desatención está en el origen de la presente causa. Esa diferente actitud del acusado ante una y otra suspensión, acordadas en un marco procesal idéntico y hechas valer mediante el mismo vehículo formal, a saber, una providencia dictada por el Tribunal Constitucional, es bien acreditativa del conocimiento que en ambos casos tenía el Sr Homs de su deber. Lo que en los últimos días de septiembre fue acatado como consecuencia de un mandato emanado del Tribunal Constitucional, pasó a convertirse varias semanas después en una resolución de nula efectividad por su supuesta oscuridad.

Por otra parte, los términos en que los Servicios Jurídicos de la Generalitat formalizaron el recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre, despejan cualquier duda acerca de la plena conciencia que el acusado tenía acerca de los efectos asociados a la suspensión decretada por

el Tribunal Constitucional. En el encabezamiento del punto 6 puede leerse lo siguiente: «si el TC no resuelve inmediatamente, tal omisión causará indefensión al haberse dejado pasar la fecha del 9 de noviembre para la que se ha convocado el proceso participativo sin que éste haya podido celebrarse». En el *petitum* del recurso se interesaba que se tuviera por entablado recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre y se dejara ésta sin efecto, con el fin de que «... pueda celebrarse el día 9 de noviembre el proceso participativo convocado sobre el futuro político de Cataluña». Los Servicios Jurídicos de Cataluña, con una no cuestionada dependencia orgánica de la Consejería de Presidencia dirigida por el acusado, ya expresaban en sus alegaciones la necesidad de que la pronta estimación del recurso de súplica permitiera celebrar la consulta sin obstáculos constitucionales. La desestimación del recurso de súplica fue acordada mediante auto de 2 de diciembre de 2014.

Nada de ello fue obstáculo para que el acusado impusiera su voluntad frente al mandato suspensivo asociado a la providencia de 4 de noviembre, pese a que en el plenario pretendiera camuflar su negativa –en su legítimo ejercicio del derecho de defensa- afirmando que no se puede confundir «...un recurso retórico (...) con el énfasis en la necesidad y voluntad de acatar la norma».

V.- Tampoco son acogibles las alegaciones del recurrente cuando cuestiona la naturaleza misma de la providencia que ordenaba la suspensión y, con ello, su potencial idoneidad para generar un efecto vinculante. En fechas anteriores a la recepción de la providencia del Tribunal Constitucional, el *Consell Assessor per a la Transició Nacional* consideró como primer presupuesto para la comisión de un posible delito de desobediencia el dictado de «...una medida cautelar adoptada en un proceso contencioso administrativo o, incluso, en un proceso constitucional que instara a no celebrar una consulta cuya convocatoria hubiera sido impugnada» (pág. 622, pieza documental II).

Pero más allá de la opinión de ese órgano consultivo, lo cierto es que la imperatividad de las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional dimana de su propia configuración como «supremo intérprete de la

Constitución» (art. 1 LOTC). Sus sentencias tienen eficacia *erga omnes* y se publican en el Boletín Oficial del Estado (art. 164 CE). Esa eficacia quedaría irremediablemente deteriorada si las medidas cautelares concebidas para asegurar la primacía de la Constitución –entre las que se encuentra el efecto suspensivo previsto en el art. 161.2 para los recursos promovidos por el Gobierno- no fueran directamente vinculantes y se dejara al arbitrio de sus destinatarios su aceptación o rechazo. Ya se califique esa suspensión imperativa como una medida cautelar, ya se considere que no participa de los presupuestos que definen una resolución de esa naturaleza, lo cierto es que la imperatividad derivada de la presentación de la demanda por el Gobierno de la Nación opera con automaticidad porque así lo ha querido el propio texto constitucional.

La insuficiencia de la providencia como vehículo formal para incorporar un mensaje de efectos vinculantes para la Generalitat fue enlazada también por el acusado con su censura a la consideración del Tribunal Constitucional como verdadero y genuino órgano jurisdiccional.

Ni lo uno ni lo otro puede ser aceptado por esta Sala.

El art. 1 de la LOTC, declara que «el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Añade su párrafo segundo que «es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional».

La consideración del Tribunal Constitucional como verdadero órgano jurisdiccional, en la medida en que ejerce la jurisdicción constitucional con exclusividad, está hoy fuera de cualquier duda. Está llamado a asegurar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. Y esa naturaleza de genuino órgano jurisdiccional no se resiente por razón de su específico ámbito competencial (cfr. arts. 161 CE y 2 LO 2/1979), que hace explicable que, como se ha apuntado con acierto, le corresponda juzgar con arreglo a criterios y razones jurídicas verdaderas controversias políticas. En suma, el Tribunal Constitucional se constituye como órgano único de una

jurisdicción especial a la que se ha atribuido la específica función del juicio de constitucionalidad sobre las disposiciones y actos de los diversos órganos del Estado. El poder jurisdiccional es, pues, atributo y carácter esencial del Tribunal Constitucional, de ahí que le sea atribuida supremacía como poder decisorio en materia de garantías constitucionales (art. 164 CE) y sus sentencias tengan valor de cosa juzgada, sean firmes y produzcan efectos frente a todos (cfr. SSTC 113/1995, 6 de julio y 150/1985, 5 de noviembre).

En definitiva, la falta acatamiento de lo resuelto en la providencia de 4 de noviembre de 2014 no puede justificarse a partir de una estratégica desnaturalización del relevante papel constitucional que nuestro sistema otorga al Alto Tribunal. Tampoco al amparo de la supuesta insuficiencia formal de la providencia notificada. Este tipo de resoluciones forman parte de la más absoluta normalidad en el proceso constitucional. La idea de que la obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional sólo se vincula a aquellas decisiones que adoptan la forma de sentencia, no es de recibo. Son varios los supuestos imaginables en que una resolución de esa naturaleza pone término al proceso constitucional y son muchos también los casos en los que las resoluciones interlocutorias deciden incidentes indispensables para el correcto desenlace del asunto principal (cfr. arts. 50, 86 y 93 LO 2/1979).

El art. 87 de la LOTC, recuerda en su primer apartado que «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva». Y añade en su último párrafo que «a estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos».

Que la providencia de 4 de noviembre de 2014 no era un mensaje puramente programático lo sabía el acusado Sr. Homs, quien también era conocedor de su deber legal de acatamiento, sin alegaciones llamadas a retrasar deliberadamente el cumplimiento de lo que no admitía otra alternativa que el obligado acatamiento.

En definitiva, como razonábamos en la STS 54/2008, 8 de abril, «...o la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar

de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. Nuestro sistema constitucional ha querido, como garantía de su propio equilibrio y existencia, que la función jurisdiccional alcance la plenitud de lo resuelto. No es difícil imaginar los efectos asociados a una doctrina, con arreglo a la cual, la ejecución de lo acordado en cualquier proceso jurisdiccional, quedara condicionada a que el requerimiento formulado resultara ulteriormente avalado por quienes asumen la defensa jurídica del requerido».

VI.- El acusado esgrime también en su defensa que algunas de las iniciativas ya acordadas y puestas en marcha no podían ser técnicamente objeto de paralización en los plazos requeridos.

No es ésta, sin embargo, la versión que dieron algunos testigos. Jordi Escalé, en aquellas fechas director gerente del CTTI, respondió a preguntas del Ministerio Fiscal que no existía obstáculo técnico alguno para la paralización de la página web *participa2014.cat*. Que habrían sido suficientes 48 horas para impedir cualquier acceso y bloquear su funcionamiento. Esta posibilidad de paralización al alcance de una orden del acusado, fue también expresada por los peritos informáticos que analizaron las claves operativas de esa web. Los agentes de la Guardia Civil que dictaminaron en el plenario dejaron bien claro que «el administrador podría haber paralizado su funcionamiento en 24 o 48 horas». De la misma forma, Carles Fabró, entonces Jefe del Departamento de Relaciones Externas y Protocolo de la Generalitat, directamente dependiente del acusado Sr. Homs, explicó que encargó a la entidad FOCUS S.A. el acondicionamiento del Centro de Prensa y que nadie le dijo que paralizara sus actividades como consecuencia de la providencia del Tribunal Constitucional. Tampoco recibió ninguna indicación sobre la necesidad de detener los trabajos iniciados Mónica Osácar, responsable de

publicidad institucional. María Coll, representante de MEDIA PLANING GROUP S.A. precisó que si hubiera recibido una orden de paralización, ya fuera de carácter judicial o emanada de su cliente, «...puede ser más fácil o más difícil, pero se paraliza», pero nadie les advirtió de la necesidad o conveniencia de interrumpir los trabajos encargados por la Dirección General de Atención Ciudadana y Difusión. De hecho, la publicidad *online* se podría haber paralizado sin dificultad. Quizás el desmontaje de las marquesinas habría resultado más difícil. Lo cierto es que nadie instó la paralización. Ignasi Genovés, directamente dependiente de la Consejería de Presidencia, puntualizó que la paralización no habría tenido ninguna efectividad, pues era materialmente inviable retirar en plazo los anuncios de autobuses y marquesinas, si bien apuntó que no había recibido ninguna indicación relativa a la campaña de publicidad.

VII.- Tanto el Sr. Homs como el testigo D. Artur Mas enfatizaron el papel de los voluntarios, quienes habrían asumido el protagonismo principal y directo en el desarrollo del *proceso de participación*. El primero afirmó que «...el proceso no habría podido desarrollarse sin ellos». De hecho, intervinieron «...recogiendo los resultados y la gestión de los mismos». El segundo subrayó que todas las previsiones iniciales fueron absolutamente desbordadas.

La Sala no cuestiona el protagonismo de los voluntarios en el *proceso de participación*. Su presencia y colaboración es un hecho notorio, exento de la necesidad de cualquier prueba. Cuestión distinta es que la presencia de ese voluntariado pueda ser invocada como argumento exoneratorio para convertir lo que fue un proceso tutelado y dirigido desde el Gobierno de la Generalitat en un espontáneo movimiento ciudadano ajeno a toda vinculación pública o institucional. La adquisición de 7.000 ordenadores, la contratación de una publicidad institucional por importe de 806.403,52 euros o la fijación de un presupuesto de 1.201.000 euros para el apoyo al *proceso de participación*, nada tienen que ver con la decisión particular de uno u otro vecino. La prueba practicada, en fin, no evidencia una gestión privada de asuntos públicos. Ningún ciudadano se subrogó formalmente en el ejercicio de potestades públicas. Todos ellos actuaron como piezas decisivas de una iniciativa pública

diseñada y dirigida por responsables políticos, entre ellos, el acusado D. Francesc Homs.

VIII.- Aun sin invocación expresa de una causa de exclusión de la antijuridicidad, el Sr. Homs explicó que su decisión política de seguir adelante el *proceso de participación* estuvo justificada por su deber como gobernante de garantizar otros derechos constitucionales en juego, a saber, la libertad de expresión, el derecho a la participación y la libertad ideológica.

La Sala no puede identificarse con este argumento exoneratorio, que nos obliga a reiterar un epigrama que forma parte de nuestra cultura constitucional: *ningún derecho fundamental es ilimitado*. Todos los derechos son susceptibles de restricción cuando entran en colisión con otros derechos fundamentales. En tales casos se impone un ejercicio de ponderación que, atendiendo al rango axiológico de cada uno de ellos y a la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, haga prevalecer alguno de los derechos o libertades en conflicto. Pero más allá de las singularidades propias de cada caso concreto, lo que está fuera de dudas es que cuando el conflicto se genera como consecuencia de una iniciativa política que desborda el marco constitucional, es el propio Tribunal Constitucional el que ha de resolver la legitimidad de esa iniciativa. Y en ese momento, activado por la Abogacía del Estado el recurso para la impugnación de las decisiones que rebasan el ámbito competencial autonómico, ningún responsable político puede imponer su voluntad frente a lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Es a este órgano a quien incumbe la defensa de las libertades y derechos fundamentales (art. 127 CE) y a quien se atribuye con carácter exclusivo la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (cfr. art. 161.2 CE).

De ahí que frente a la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014, en la que se ordenaba la suspensión de las actividades relacionadas con el *proceso de participación*, el acusado Sr. Homs no podía pretender que su personal criterio valorativo se impusiera hasta anular el mandato contenido en aquella resolución. El ejercicio de los derechos y libertades públicas se desvincula de su genuino fundamento cuando su

prevalencia se impone a costa de destrozar el edificio normativo y los equilibrios proclamados por el poder constituyente. Esos derechos sólo permanecen conectados a la fuente de su legitimidad cuando para su eficacia no necesitan anular por la vía de hecho el concepto constitucional de soberanía, el reparto competencial que singulariza al modelo territorial y, en fin, el elemental principio de seguridad jurídica.

Se ha dicho con razón que el Estado de Derecho representa desde sus orígenes la victoria del dominio de la ley frente al capricho despótico. Presupone, entre otros elementos identificadores, que todas las autoridades integradas en la estructura del Estado obran conforme a las previsiones legales aprobadas con arreglo a la norma constitucional. La ruptura de las bases constitucionales y del marco normativo que hace posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, no puede resultar indiferente al derecho penal. Sobre todo, cuando el legítimo restablecimiento de la legalidad, expresado cautelarmente a través de la providencia de suspensión dictada con fecha 4 de noviembre de 2014 por el Tribunal Constitucional, fue desatendido por sus principales destinatarios. Y la claridad de esta idea, llamada a actuar como presupuesto de la convivencia pacífica, no puede ser oscurecida mediante la voluntarista alegación hecha valer por el acusado de que fue él, en cumplimiento de su deber como gobernante, quien asumió el juicio de ponderación y decidió hacer caso omiso al requerimiento del Tribunal Constitucional.

IX.- Aunque tampoco fue objeto de alegación formal la existencia de un hipotético error de prohibición, asociado a la creencia errónea e invencible de estar actuando conforme a derecho (art. 14.3 CP), el acusado sostuvo la tesis de que no hubo ninguna infracción consciente y deliberada de la legalidad. Alegó el Sr. Homs que quería descartar con su actuación cualquier ilícito penal. De ahí que, con anterioridad al dictado de la providencia de 4 de noviembre de 2014 y con posterioridad a esa resolución, formulara numerosas consultas acerca de la legalidad de la iniciativa. Mantuvo con tal fin reuniones con el Director del Instituto de Estudios Catalanes y con los Servicios Jurídicos de la Generalitat. Su opinión acerca de la ausencia de ilicitud era, por tanto, compartida por distintos órganos asesores. De hecho, la Junta de Fiscales –

argumentó la defensa- no detectó la existencia de delito que justificara el ejercicio de acciones penales.

La Sala no aprecia la concurrencia de ninguna causa de exclusión de la culpabilidad.

De entrada, no existe constancia de que los órganos asesores a los que el acusado pidió opinión respondieran en el sentido que ahora se alega. El pleno conocimiento que los Servicios Jurídicos de la Generalitat tenían acerca de la imposibilidad de celebrar la consulta si el recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional no se resolvía con celeridad, ha sido puesto de manifiesto en el anterior apartado IV.

Respecto de las valoraciones ofrecidas por el testigo de la defensa D. Carles Viver Pi-Sunyer, más allá de su irrelevancia por lo que tienen de meras opiniones jurídicas que nada añaden a la realidad de los hechos, resulta especialmente llamativo que quien ha desempeñado el cargo de vicepresidente del Tribunal Constitucional albergue alguna duda –y pueda transmitirla a quien le consulte- acerca del efecto automático de la suspensión asociada a la interposición de un recurso por el Abogado del Estado al amparo del art. 161.2 de la CE.

Las respuestas dadas por D. Albert Lamarca al interrogatorio de la defensa adolecían del mismo defecto que en el caso anterior. Se trataba de simples valoraciones jurídicas –algunas expresadas con un censurable tono pedagógico- que nada podían añadir al relato de hechos probados.

Respecto de la opinión de los Fiscales integrados en la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ya hemos expresado con anterioridad, al resolver las cuestiones previas (FJ primero), que cualquier intento de invertir el principio de jerarquía, de suerte que la opinión asamblearia de los subordinados se imponga a la del responsable de la institución, aleja el modelo de Ministerio Fiscal de su diseño constitucional, sobre todo, cuando con posterioridad es el propio Fiscal del Tribunal Supremo el que, con reconocida brillantez, asume el ejercicio de la acción penal y

promueve la acusación y condena del investigado. Y ha sido precisamente el diseño jerárquico del Ministerio Fiscal –presupuesto *sine qua non* para la vigencia del principio de seguridad jurídica- el que ha impedido que el abstencionismo inicial de los integrantes de aquella Junta condujera de manera irremediable a la impunidad del delito que ahora se declara probado. Con independencia de lo anterior, mal puede argumentarse una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el error de prohibición mediante la cita de un acuerdo de la Junta de Fiscales que fue elaborado varios días después de consumado el delito.

Especial valor encierra el informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*. En su voluminoso contenido se incluye un pasaje en el que se analizan los presupuestos que serían necesarios para la hipotética concurrencia de un delito de desobediencia. Pues bien allí se razona en los siguientes términos: «como se desprende del contenido de este artículo 10.1, para aplicar el tipo delictivo sería necesaria la concurrencia, alternativa, de alguno de los dos presupuestos previos que prevé el citado precepto. En primer lugar, podría serlo la existencia de una resolución judicial previa –como por ejemplo una medida cautelar adoptada en un proceso contencioso administrativo o, incluso, en un proceso constitucional que instara a no celebrar una consulta cuya convocatoria hubiera sido impugnada» (pág. 622 pieza documental II).

En definitiva, el acusado no percibió de forma distorsionada el mensaje imperativo ínsito en la providencia del Tribunal Constitucional. Desde esta perspectiva, por tanto, ninguna alteración de la culpabilidad puede reivindicarse.

X.- El Sr. Homs alegó en su defensa que no había recibido ningún requerimiento personal ni ningún tipo de comunicación específicamente a él dirigida.

La tesis de que sin notificación y sin requerimiento personales el delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP no llega a cometerse obliga a importantes matices. En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en

las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 *quáter* CP), el carácter personal del requerimiento adquiriera una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser necesariamente modulada. Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento, ya sea a título individual por el funcionario concernido, ya como integrante del órgano colegiado en el que aquél se integra, sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado. Lo verdaderamente decisivo es que el funcionario o la autoridad a la que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe.

Y no cabe duda de que el acusado captó con el dolo todos los elementos que definen el tipo objetivo previsto en el art. 410 del CP. Conocía la providencia del Tribunal Constitucional que ordenaba la suspensión. Era consciente de que su efectividad o, por el contrario, su carencia de efectos, dependía, en buena medida, de decisiones que habían de ser tomadas en el ámbito de su competencia exclusiva como Consejero de la Presidencia. El Sr. Homs, a preguntas del Ministerio Fiscal, reconoció que la Generalitat como institución se dio oficialmente por notificada el día 4 de noviembre y que la providencia de suspensión dio lugar a un amplio debate en el Consejo de Gobierno y a la adopción de determinadas decisiones, entre las que se incluyeron el mantenimiento del *proceso de participación*, la convocatoria del *Pacto Nacional del Derecho a Decidir*, la interposición de un recurso contencioso administrativo y la adopción de instrucciones para la presentación de un recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional.

XI.- Lamentó el acusado el contraste entre la pasividad inicial del Estado a la hora de reaccionar frente a la convocatoria y la sobrevenida celeridad con la que se hizo posible la impugnación en tan reducido espacio de tiempo.

Tampoco ahora ofrece la defensa un argumento que opere con efectos exculpativos. Esa acusación de pasividad se produce –no se olvide- frente a unos hechos que ya se habían cometido y que, por tanto, habían determinado la consumación del delito. Por otra parte, la celeridad, de haber existido, tampoco aporta nada al juicio de tipicidad. Incluso, puede ser entendida como una premura obligada a la vista de la trascendencia del desafío constitucional promovido por el acusado y los responsables políticos con los que se concertó para desatender el mandato del Tribunal Constitucional.

CUARTO.- Individualización de la pena

I.- La pena asociada al delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP, castiga a los autores a la pena de multa de 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años.

Dentro de esos límites, la Sala no puede desbordar la petición del Ministerio Fiscal, que ha instado para el acusado la pena de multa de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 1 año y 1 mes.

En la individualización de la pena que finalmente imponemos partimos de la misma cuota de multa interesada por el Fiscal. La dilatada permanencia del acusado en el desempeño de cargos públicos –nacionales y autonómicos-, su formación universitaria y su plena integración social, avalan su solvencia. Entendemos, por tanto, que una cuota diaria de 200 euros es una referencia cuantitativa ajustada a las circunstancias personales y económicas del acusado.

II.- Exigencias ligadas al principio acusatorio impiden a la Sala rebasar el límite interesado por el Ministerio Fiscal para la duración de la pena de inhabilitación especial. De ahí que acojamos en su integridad la pena de 1 año y 1 mes de inhabilitación especial.

La extensión de la pena de inhabilitación especial a toda actividad política, ya se desarrolle ésta en el ámbito estatal, autonómico o local, la estimamos ajustada a la gravedad de los hechos y al decisivo papel del acusado en su ejecución. Este aprovechó su posición institucional en aquellas fechas para sumarse a un desafío que no circunscribía sus efectos al ámbito estrictamente autonómico o local, sino que afectaba a las bases mismas del sistema constitucional.

QUINTO.- Costas

Conforme al art. 123 del CP, las costas se impondrán por ley a los criminalmente responsables de todo delito.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

CONDENAR a D. FRANCESC HOMS i MOLIST como autor penalmente responsable de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad administrativa, previsto en el art. 410 del CP y le imponemos las penas de MULTA de 5 meses con una cuota diaria de 200 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, e INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico o local por 1 año y 1 mes.

CONDENAR al pago de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución a la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a los efectos legales procedentes, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez

Ana María Ferrer García

