

**Dimana del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya**  
**Sala de lo Civil y Penal**  
**Procedimiento abreviado 1/2016**  
*Diligencias Previas 16/2014*

## **A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

**D. Ignacio Argos Linares**, Procurador de los Tribunales y del Molt Honorable Sr. **ARTUR MAS i GAVARRÓ**, según representación que acredito con la escritura de poder que acompaño para su unión a los autos, ante la Excm. Sala comparezco asistido del Letrado del Ilustre Colegio de Barcelona D. **Javier Melero y Merino**, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que en fecha 14 de marzo de 2017 nos ha sido notificada sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictada el día 13 de marzo, por la que se condena a mi representado por un delito de desobediencia. Contra dicha sentencia esta defensa anunció recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante escrito de preparación de fecha 21 de marzo de 2017.

2. Que, en fecha 5 de abril de 2017, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya hizo entrega a esta parte de la cédula de emplazamiento que acompañamos al presente escrito, teniendo por preparado el recurso de casación contra la sentencia citada más arriba, por infracción de ley, quebrantamiento de forma y de preceptos constitucionales, emplazando a esta parte para comparecer en legal forma a usar de su derecho, en virtud de lo cual, por medio del presente escrito y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 873 y 874 de la LECrim, comparecemos en plazo y forma para **INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN** contra la referida sentencia con arreglo a los siguientes,

### **ANTECEDENTES**

#### **PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.**

En lo que afecta a mis mandantes, se da por reproducido el relato de hechos probados de la sentencia referenciada.

#### **SEGUNDO.- FALLO DE LA SENTENCIA.**

En lo que afecta a mi mandante, se da por reproducido el fallo de la sentencia referenciada.

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia se preparó en su día recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de derechos fundamentales, motivos que pasamos a desarrollar a continuación.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCESALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN**

### **PRIMERO.- RECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA.**

El artículo 847 a) 1º de la LECrim establece la procedencia del recurso de casación contra las sentencias dictadas en instancia única por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

### **SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN.**

El artículo 854 de la LECrim legitima para interponer recurso de casación a los que hayan sido parte en el juicio oral. Así lo ha sido el recurrente, en condición de parte acusada.

### **TERCERO.- REQUISITOS FORMALES.**

En la preparación del recurso ante el Tribunal *a quo* se han cumplido las formalidades prevenidas en los artículos 855, 856 y 857 LECrim. Asimismo, con arreglo al artículo 859 LECrim, en la interposición del presente recurso se ha cumplido el plazo concedido para la comparecencia conforme a la Cédula de Emplazamiento y el Auto teniendo por preparado el de esta parte. Y, finalmente, se han respetado los requisitos establecidos en los artículos 873 y 874 en los que se establece la forma en la que se interpondrá el recurso de casación.

## MOTIVOS DE CASACIÓN

**PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.-** Por infracción de ley, al amparo del número 2º del art. 849 de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, concretamente el Informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*, “La consulta sobre el futuro político de Catalunya” (folios 6392 a 6589 del tomo VI de la pieza documental)<sup>1</sup>.

1. En primer lugar debe indicarse que la fecha de emisión del documento en cuestión, “Informe nº 1: La consulta sobre el futuro político de Catalunya”) es el día 25 de julio de 2013, habiendo sido entregado en un acto formal ese mismo día al Gobierno de la Generalitat y haciéndose público simultáneamente<sup>2</sup>.

El 29 de setiembre de 2014 tuvo lugar la presentación del Libro Blanco de la Transición, que recopilaba, sin modificaciones, los 18 informes elaborados por el *Consell* hasta ese momento, siendo precisamente el primero de ellos el que ahora nos ocupa<sup>3</sup>. Tal vez la confusión se haya producido porque, sin modificación alguna del contenido original, la traducción al castellano fue objeto de revisión en octubre de 2014, indicación que así consta en la segunda página de la versión en castellano del informe.

No se trata, pues, de un informe elaborado *ad hoc* pocos días antes de la emisión de la providencia de 4 de noviembre de 2014, sino que se emitió 15 meses antes, en un escenario absolutamente abierto, con múltiples variables, sin concreción alguna del supuesto de hecho sobre el que dictaminar. Así pues, debería modificarse la fecha que consta en la pág. 58 de la sentencia.

2. Por otra parte, aunque no se encuentra en el relato de los hechos probados, existe una serie de apreciaciones fácticas en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que, a nuestro juicio, son erróneas puesto que ignoran la parte esencial y decisiva del informe que hemos referenciado. Efectivamente, en la resolución se invoca (págs. 58-59 STSJCat) el “amplio y detallado informe emitido por el denominado Consell Assessor [sic] per a la Transició Nacional” [negrita en el original] como “refuerzo definitivo” de la convicción alcanzada en relación al tipo subjetivo del delito. Concretamente, se citan las

---

<sup>1</sup> La traducción oficial al castellano del texto en catalán que obra en autos se encuentra en [http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits\\_actuacio/consells\\_assessors/catn/informes/ft1\\_castella.pdf](http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/consells_assessors/catn/informes/ft1_castella.pdf).

<sup>2</sup> Consta en las testificales de los Sres. Viver, Albertí y Vintró. <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/consell-assessor-transicio-nacional-entrega-govern-primer-informe-2531991>.

<sup>3</sup> [http://web.gencat.cat/ca/actualitat/detall/20140930\\_Llibre-blanc-sobre-la-Transicio-Nacional-de-Catalunya](http://web.gencat.cat/ca/actualitat/detall/20140930_Llibre-blanc-sobre-la-Transicio-Nacional-de-Catalunya). En la parte introductoria de la colactánea se indican las fechas de emisión de los informes.

dos únicas frases relacionadas con la desobediencia, puesto que nada más se dice al respecto en las 200 páginas del informe, salvo el inciso omitido que mencionaremos más adelante:

-[El uso del art. 161.2 CE]“comporta la suspensión automática de la actuación autonómica, durante la tramitación del proceso constitucional, que ha de ser alzada o confirmada en el plazo máximo de cinco meses”, remitiéndose a la pág. 136 del informe<sup>4</sup>.

- [En caso de consultas informales] «advierte ya de la eventual comisión de un delito de desobediencia, específicamente en el escenario en que medie una resolución judicial previa “como sería una medida cautelar adoptada en un proceso contencioso administrativo o, incluso, en un proceso constitucional que instase a no celebrar una consulta cuya convocatoria hubiese sido impugnada”», remitiéndose a la pág. 143 del informe<sup>5</sup>.

Estos pasajes resultan decisivos para inferir el dolo de nuestro representado y descartar de plano toda posibilidad de error (págs. 60-61 STSJCat)

- “En definitiva, este informe técnico jurídico se emitió al servicio y por encargo, ha de entenderse, de la propia Generalitat, por lo que cabe presumir su lectura y estudio previo a las decisiones aquí analizadas, de forma que ese conocimiento previo de los escenarios definidos en el propio informe como integradores del ilícito desobediente, imponen la desactivación de toda invocación ulterior que busque condicionar las decisiones tomadas por cualquier modalidad de error, que descartamos por ello radicalmente, como desarrollaremos al examinar la responsabilidad individual de cada uno de los acusados”. (págs. 60-61 STSJCat)

- “Esta ejecutividad automática de la resolución judicial decidida en el escenario dibujado en el art. 161.2 CE, le había sido anticipada ya al acusado Sr. Mas en el informe emitido por el Consell Assesor [sic] per a la Transició Nacional al que arriba hicimos referencia, concretamente en los epígrafes 9.1 y 9.3, parcialmente reproducidos al examinar el dolo desobediente”. (págs. 80 STSJCat)

3. Sin embargo el Tribunal *a quo* no menciona, ni obviamente tiene en cuenta en su apreciación de la prueba, el **único pasaje del Informe en el que se efectúa realmente una valoración concreta y explícita de la relevancia penal** de los hechos. En efecto en el Capítulo 10 del Informe, titulado “Resumen y Conclusiones” se indica (pág. 175)<sup>6</sup>:

“Respecto a las acciones penales, se puede afirmar que no está tipificado como delito convocar una consulta popular mediante procedimientos no previstos legalmente, de modo que una hipotética pretensión de aplicar el derecho penal solo se podrá fundamentar en aquellos preceptos penales que tipifican,

---

<sup>4</sup> Págs. 143-144 en la traducción al castellano.

<sup>5</sup> Pág. 151 en la traducción al castellano.

<sup>6</sup> Párrafo que, en la traducción al castellano, se encuentra en las págs. 184-185.

con carácter general, determinadas actuaciones de las autoridades públicas vulneradoras del ordenamiento jurídico. En concreto, tres son los tipos delictivos que, en hipótesis, alguien podría llegar a considerar aplicables: la usurpación de atribuciones, la prevaricación y la desobediencia. **No obstante, el análisis de los diferentes tipos penales pone de manifiesto que difícilmente pueden considerarse como tales los actos relativos a la consulta, si bien no puede descartarse que se pudiera llegar a forzar la interpretación de los correspondientes preceptos para incluir en estos las actuaciones que la Generalitat pudiera impulsar** [negrita añadida].

4. Obsérvese que el informe no es un dictamen exhaustivo (ni siquiera detallado) del problema concreto que nos ocupa. Se trata de un estudio genérico, en el que se esbozan una multiplicidad de escenarios. En las pág. 136 y 143 simplemente se está haciendo una mera descripción absolutamente genérica y superficial de los hipotéticos instrumentos jurídicos que podría utilizar el Estado para oponerse a la convocatoria de una consulta.

En relación al primero de los pasajes expresamente mencionados en la STSJCat, debe recordarse que el tenor del art. 161.2 CE reza: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. 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. Pues bien, el Informe se limita a afirmar que el art. 161.1 CE “comporta la suspensión automática de la actuación autonómica, durante la tramitación del proceso constitucional, que ha de seralzada o confirmada en el plazo máximo de cinco meses”. Así pues, la “atinada aseveración” (parafraseando al TSJCat) que se efectúa en el Informe es en realidad una **pura tautología** de la que no puede extraerse ninguna clase de conclusión.

El apartado dedicado al Derecho penal en el informe, se inicia advirtiendo que el principal problema que se plantea para un análisis penal es que no está establecida la hipótesis de trabajo concreta<sup>7</sup>. Por tanto, simplemente se indica que, en cualquier caso, sin una resolución judicial previa, el Estado no puede invocar un delito de desobediencia, señalando que ello podría plantearse en el marco de un proceso constitucional “cuando se instase a no celebrar una consulta”. Así pues, se indica simplemente que sin uno los presupuestos genéricos de la tipicidad no es posible que se dé delito de desobediencia. De entrada no se podían valorar, porque no se conocían casi un año y medio antes, las particularidades del proceso de participación ciudadana, ni el sentido, efectos y alcance del texto y contexto de la providencia de 4 de noviembre de 2014. **Lo auténticamente relevante del informe es que concluye afirmando, tal vez premonitoriamente, que difícilmente los actos relativos a**

---

<sup>7</sup> Cfr. nota 46 del Informe.

una consulta podían considerarse delictivos, salvo que se forzara su interpretación.

5. En definitiva, sin necesidad de conjeturas o complejas argumentaciones parece claro que se ha omitido la conclusión principal del informe en materia penal, de manera que en la sentencia se da a entender que en el mismo se afirma justo lo contrario de lo que en realidad se dictamina: que era improbable que la situación finalmente planteada integrara un ilícito desobediente. Este dato es sumamente importante, por cuanto tiene virtualidad directa para modificar los pronunciamientos relativos a la existencia de dolo y conciencia de lo injusto. A nuestro entender, si se tiene expresamente en consideración este elemento, **no puede darse por acreditada la imputación subjetiva del delito**; e, incluso puede confirmar nuestras alegaciones acerca de la falta de negativa abierta.

Por consiguiente, solicitamos a esta Excma. Sala que dicte una segunda sentencia en cuyo apartado de hechos probados se afirme que en las conclusiones del Informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*, “La consulta sobre el futuro político de Catalunya”, pág. 175, aparece el párrafo que hemos transcrito *supra* en el punto 3 de este motivo. Y, por consiguiente, en conjunción con la estimación de nuestros motivos cuarto o quinto, se dicte un fallo absolutorio.

**SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por denegación indebida de una diligencia de prueba pertinente y necesaria; el motivo también puede articularse través del cauce que le ofrece el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del art. 24.1 CE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva.

1. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya rechazó la petición de las defensas relativa a la aportación como prueba documental del informe de 17 de noviembre de 2014 emitido por el Fiscal Superior de Catalunya, que recoge y hace propias las **consideraciones unánimes** de la Junta de Fiscales de la Fiscalía Superior de Catalunya. La Sala estimó la impertinencia de este medio de prueba al considerar que era un simple trabajo interno, preparatorio y provisional de la intervención procesal del Ministerio Fiscal, de contenido puramente jurídico y sin aptitud probatoria de ningún tipo. Se insiste en ello en la sentencia:

“... pues en cualquier caso, aquel informe no habría servido para fijar la posición institucional del Ministerio Público, ya que ante nosotros se ha

mantenido una pretensión acusatoria a la que debemos una respuesta en Derecho” (FD. 1º, págs.. 15 y 16).

La admisión de este documento ya se instó durante la instrucción y se reiteró en el trámite de cuestiones previas, siendo su rechazo debidamente protestado.

Entendemos, sea dicho con todo el respeto, que este posicionamiento es erróneo y que se ha incurrido en una denegación indebida de una diligencia de prueba relevante para la refutación de la tipicidad objetiva y la imputación subjetiva del hecho.

2. De entrada, hay que remarcar que la prueba propuesta no estaba destinada a determinar el procedimiento seguido por el Ministerio Fiscal en la formación de su voluntad. Ciertamente, esa es una cuestión ajena al presente caso. Sin embargo, como se verá, la existencia de un informe oficial coetáneo y directamente relacionado con la calificación del caso es una circunstancia con incidencia decisiva en la prueba de elementos relevantes para la calificación de los hechos enjuiciados.

3. En cuanto a la naturaleza y virtualidad probatoria del documento en cuestión, debe señalarse que se trata de un informe que, según el art. 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, todo Fiscal debe elevar a su superior cuando considere que una orden o una instrucción que ha recibido (en este caso, la presentación de una querrela contra el President y otros miembros del Gobierno de Catalunya) "es contrario a las leyes o que, por cualquier otro motivo, estima improcedente". Se trata de un informe escrito, en papel y con sello oficiales, firmado por el Fiscal Superior de Catalunya y dirigido al Fiscal General del Estado donde se recogen las conclusiones de la Junta de Fiscales mencionada. No es, por tanto, un simple acto deliberativo para la formación final de la voluntad procesal de la Fiscalía, sino que recoge las razones por las que se disiente de la superioridad y que fue entregado, tal como es preceptivo, al Fiscal General del Estado cuando se le comunicó que, según la Fiscalía Superior de Catalunya, no procedía la interposición de una querrela. No se trata, pues, de un borrador o documento provisional, sino del documento oficial que fundamenta una decisión absolutamente excepcional.

En efecto, el informe en cuestión sirve para acreditar que un grupo de **prestigiosos juristas**, encabezados por el Fiscal Superior de Catalunya, imparciales, sin ningún interés e inspirados (al igual que el Gobierno de la Generalitat) en la defensa del interés general, interpretaron el contenido, sentido, alcance y efectos de la providencia del TC en términos idénticos a como lo hizo nuestro representado y quienes le asesoraron. La visión de la Fiscalía Superior de Catalunya es singularmente valiosa (en comparación, por ejemplo, con la opinión mantenida por la mayoría de los académicos y otros especialistas, que se ha manifestado también en favor de la atipicidad del caso)

porque no se trata de un simple posicionamiento personal sin más trascendencia sino que es una toma de postura en el seno de una institución regido por el principio de jerarquía, donde sostener tal posición implicaba entrar en contradicción abierta expresada, obviamente, dentro de los canales establecidos en el EOMF- con la superioridad y que obligó a iniciar vías aparatosamente excepcionales por parte del Fiscal General.

4. Así las cosas, la prueba propuesta era pertinente y necesaria por cuanto no perseguía escarbar en las vicisitudes y tribulaciones producidas en el seno del Ministerio Fiscal o simplemente aportar argumentos jurídico. El informe demuestra que la cúpula del Ministerio Público en Catalunya no advirtió la concurrencia de los elementos típicos característicos de un delito de desobediencia en el comportamiento de nuestro patrocinado, cosa que aporta elementos relevantes para determinar la atipicidad del comportamiento observado por nuestro representado.

Efectivamente, por un lado, el documento en cuestión es un elemento trascendental en la prueba (o, mejor dicho, en el rechazo) del dolo directo, como tipo subjetivo del delito o, subsidiariamente, de la conciencia del injusto, como elemento integrante de la culpabilidad, así como de la inevitabilidad de dichas carencias. Su importancia es excepcional por cuanto muy pocas veces se habrá tenido la oportunidad de acreditar directamente, sin juicios hipotéticos, cómo estaban valorando realmente los hechos enjuiciados, **unos hombres imparciales y razonables en el mismo momento que el autor**. Tan decisiva conclusión, lejos de baremos especulativos, esta vez lo podemos tener ante nosotros como hecho probado, y resulta relevante tanto para inferir lo que realmente se estaba representando nuestro patrocinado (o, cuando menos, para dudar razonablemente acerca la inferencia efectuada por el TSJCat) como para establecer la invencibilidad de eventuales errores de tipo o de prohibición. En última instancia, es también un hecho decisivo para la apreciación de las *dudas indisipables*, que describimos técnicamente *infra* en el motivo 6.

Pero el informe tiene gran importancia también en la constatación de la parte objetiva del injusto del delito, singularmente para descartar la negativa abierta al cumplimiento y la contumacia típica. Ello, a nuestro juicio, resulta todavía más claro si prestamos atención al **último de los hechos probados** en la sentencia que impugnamos, que no ha merecido ninguna consideración especial en sus Fundamentos de Derecho. Nos referimos a que consta como probado que, si bien el proceso participativo se inició y tuvo como día culminante el domingo 9 de noviembre de 2014, **no finalizó hasta el día 25 de noviembre**, ya que se pudo seguir tomando parte en el proceso en las delegaciones territoriales de la Generalitat hasta dicha fecha, de manera que varios miles de personas pudieron participar aprovechando la posibilidad que se les brindó a lo largo de dos semanas adicionales. Se trata no solo de un hecho probado, sino de un acontecimiento público, notorio y de conocimiento



generalizado, anunciado con motivo de la convocatoria del proceso participativo y noticiado por todos medios de comunicación durante los días posteriores al 9-N. Así, pues, coetáneamente a esta prolongación de la participación, la cúpula de la Fiscalía en Catalunya, en lugar de instar el cese de lo que después otros han considerado que era un delito flagrante de desobediencia, dictaminó que no advertía la concurrencia de los principales elementos del tipo del delito de desobediencia. Por consiguiente, si se hubiese incluido en la ecuación probatoria el informe de la Junta de Fiscales, dictaminado que no se estaba produciendo un delito de desobediencia, mientras contemplaban en directo como seguía discurriendo el proceso participativo, la conclusión resultante en la sentencia no habría podido ser la apreciación de una oposición abierta, contumaz y rebelde por parte de los acusados.

5. En definitiva, consideramos que el Tribunal sentenciador ha formado su convicción y construido su calificación orillando indebidamente un hecho obstativo o, cuando menos, decisivo en la derrota, a la luz de la presunción de inocencia, de las inferencias sobre las que se sustenta la sentencia condenatoria. Así pues, esta parte se ha visto sometida a una situación de indefensión al impedirsele hacer uso de un medio de prueba determinante para refutar la concurrencia del tipo y rechazar la imputación subjetiva del hecho.

En consecuencia, solicitamos a esta Excma Sala que estime la presente alegación y acuerde la anulación de la sentencia y la devolución de la causa al TSJCat, para que la repongo al estado que tenía cuando inadmitió la prueba propuesta, substancie nuevamente el procedimiento y lo termine con arreglo a Derecho. Puesto que consideremos que ello implicaría la celebración de un nuevo juicio oral, solicitamos que se lleve a cabo por un tribunal integrado por magistrados distintitos a los que dictaron la resolución cuya anulación instamos, con el objeto de garantizar la imparcialidad objetiva del Tribunal.

**TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- Por infracción de ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 410.1 del Código Penal. La conducta de nuestro defendido no satisface las exigencias típicas de esta figura delictiva tal y como han sido configuradas tradicionalmente por la jurisprudencia.**

## **I. Introducción**

1. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya consideró que el President de la Generalitat cometió un delito de desobediencia al no acordar la suspensión

del proceso participativo ciudadano que tuvo lugar el día 9 de noviembre de 2014. Sin embargo, esta parte entiende que los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria no cumplen con las condiciones necesarias para la existencia del delito en cuestión.

2. La jurisprudencia ha cincelado durante décadas los requisitos de tipicidad que debe presentar el delito de desobediencia funcional, previsto desde 1995 en el artículo 41o CP. El resultado de esta tarea de concreción ha sido que, para ser respetuoso con los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*, no todo comportamiento expectante, remiso o, incluso, reacio al contenido de una resolución judicial puede ser considerado una desobediencia penalmente relevante. Para ello, la jurisprudencia es pacífica, unánime y constante en exigir los siguientes elementos para apreciar un delito de desobediencia<sup>8</sup>:

- a) Puesto que se trata de un delito de omisión pura, en primer lugar es preciso constatar una **situación típica** que genere una obligación de actuar de una determinada forma: en el caso del art. 41o CP, la existencia de una resolución judicial de la que se derive un **mandato preciso, singular, concreta y categórica** dirigido al obligado.
- b) La **conducta típica** no se limita a la simple no realización de la acción exigida, esto es, el incumplimiento del mandato no es bastante para realización del tipo, sino que es necesario que el sujeto, en lugar de ajustar su comportamiento a la exigencia requerida, se **niegue abiertamente** a cumplir con el mandato. Este elemento adicional al mero incumplimiento, que constituye fundamento de antijuridicidad propio a toda conducta penalmente relevante, se caracteriza por una oposición **tenaz, contumaz y rebelde** frente a lo ordenado.
- c) Como síntesis formal de ambos elementos e indicio del dolo, se suele exigir un **requerimiento** dirigido personalmente al obligado<sup>9</sup>.

3. Así las cosas, conviene remarcar dos consecuencias **de la reducción teleológica que del tipo objetivo efectúa la jurisprudencia**:

- a) De la existencia de cualquier resolución judicial no se deriva, automáticamente, la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante. De lo contrario no tendría sentido que se introdujera un requisito no especificado expresamente en el tipo.
- b) “Negarse abiertamente” es un requisito de la conducta típica que no puede identificarse con el simple incumplimiento.

---

<sup>8</sup> Entre otras muchas, SSTS 285/2007, 54/2008 ó 8/2010, últimamente, ATS de 2 de junio de 2015.

<sup>9</sup> Hasta donde se nos alcanza, no hemos advertido supuestos del art. 41o.1 CP (o de sus predecesores) anteriores al dictado de la STSJCat en los que se rechace este elemento.

Pues bien, la sentencia objeto del presente recurso no se ajusta a los requisitos anteriores, al menos tal como, en nuestra opinión, ha venido siendo aplicado tradicionalmente por la jurisprudencia. Ciertamente, no podemos ignorar la decisión adoptada en la STS 177/2017, de 22 marzo, dictada con posterioridad a la sentencia del TSJCat. No obstante, nuestra alegación pretende que esta Excma. Sala valore si realmente la sentencia que impugnamos se ajusta a la ortodoxia jurisprudencial asentada los últimos decenios.

## II. Inexistencia de una orden precisa, singular, concreta y categórica

1. Buena parte de la sentencia del TSJCat aborda la cuestión de si la providencia de 4 de noviembre de 2014 es propiamente una resolución judicial, ya que alguna de las partes cuestionó que el Tribunal Constitucional forme parte del Poder Judicial, por lo que faltaría el primerísimo de los requisitos del delito de desobediencia. Sin perjuicio de que, en su momento, nos adhiramos a otras alegaciones efectuadas en este sentido, en nuestro recurso nos centraremos en otro punto esencial: el de si el mero dictado de una providencia como la del TC de 4 de noviembre de 2014 pueda generar, *eo ipso*, el presupuesto típico objetivo del delito de desobediencia del art. 410.1 CP, esto es, **una orden precisa, singular, concreto y categórica dirigida al obligado**.

Entendemos que no es así. La jurisprudencia ha establecido que esta figura delictiva no es de aplicación a cualquier clase de desatención a una resolución judicial sino únicamente a las desobediencias contumaces a órdenes expresas, concretas, personales y directas. Dicha orden se suele materializar una vez dictada la resolución. La desobediencia aparece en el marco de la ejecución de la resolución, normalmente tras un requerimiento expreso por parte del órgano judicial que conmina al funcionario o autoridad a realizar u omitir una determinada conducta. En este sentido, debe subrayarse que, no solo esta parte, sino cualificados operadores jurídicos entienden que de la jurisprudencia del TS se desprende que es esencial en el delito de desobediencia la existencia de una orden concreta, determinada, dirigida específicamente al destinatario, distinguible de la propia resolución judicial primigenia. Nos referimos a los receptores naturales de la jurisprudencia, esto es, los tribunales inferiores. Hasta donde se nos alcanza, existe una amplia coincidencia al respecto:

Así, por ejemplo, SAP Navarra (Sec. 1<sup>a</sup>) 121/2016, de 31 de mayo<sup>10</sup>; ATSJ Catalunya de 24 de marzo de 2014<sup>11</sup>; ATSJ Andalucía (Sec. 1<sup>a</sup>) 5/2012, de 13 de enero<sup>12</sup>; ATSJ Andalucía

---

<sup>10</sup> Revocando una condena por desobediencia al considerar que el fallo de la sentencia que anulaba la permanencia de dos vocales en la Junta de un Concejo tiene un contenido de declaración meramente anulatoria no conteniendo, en sí mismo, mandato ni apercibimiento alguno.

(Sec. 1<sup>a</sup>) 51/2010, de 14 julio<sup>13</sup>; AAP Madrid (Sec. 6<sup>a</sup>) 415/2010, de 28 de mayo<sup>14</sup>; AAP Barcelona (Sec. 6<sup>a</sup>) 1436/2007, de 14 de septiembre<sup>15</sup>; ATSJ País Vasco de 31 de octubre de 2006<sup>16</sup>; SAP Madrid (Sec. 5<sup>a</sup>) 10/2005, de 31 de mayo<sup>17</sup>; ATSJ Andalucía (Sec. 1<sup>a</sup>) 5/2004, de 14 julio<sup>18</sup>.

2. Las disposiciones legales aplicables al proceso constitucional abonan también esta interpretación: la primera reacción ante un posible incumplimiento de una decisión judicial no es la aplicación de un tipo penal sino que se precisa una orden dirigida personalmente al sujeto, requiriéndole la realización de la conducta exigida. En efecto, esta es la conclusión que se alcanza si traemos a colación los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para dar eficacia a las resoluciones sobre medidas cautelares y, en particular, a la medida cautelar de suspensión prevista en el art. 161.2 CE.

El articulado de la LOTC<sup>19</sup> vigente en el momento de los hechos no establecía nada en concreto sobre la suspensión cautelar del art. 161.2 CE, más allá de prever la suspensión automática del acto impugnado y la obligación de

---

<sup>11</sup> Según el cual resulta imperativo para la admisibilidad de una querrela por desobediencia a una suspensión ordenada por el TC, constatar la previa existencia de una orden expresa acompañada del oportuno requerimiento previo, directo e individualizado, que actúe como presupuesto del juicio de tipicidad.

<sup>12</sup> “En consecuencia, y habida cuenta de que para la comisión de un delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 410 CP es necesario, según doctrina jurisprudencial consolidada, el agotamiento de las vías ejecutivas de la jurisdicción contencioso-administrativa, y en particular que el imputado se oponga "manifiestamente" al cumplimiento de lo acordado tras haber sido "formal y debidamente requerido para ello con el apercibimiento expreso correspondiente" ( art. 112.I de la LJCA ), resulta de todo punto evidente que la conducta denunciada no puede subsumirse en el tipo penal pretendido ...”.

<sup>13</sup> Aunque los concejales de un Ayuntamiento, con anterioridad al pleno mediante el cual se cometen los presuntos delitos, tuvieron conocimiento de la sentencia a través de los medios de comunicación, no consta en modo alguno que se hubiese producido la orden de ejecución de la sentencia dictada.

<sup>14</sup> Inadmisión a trámite de una querrela, pues solo consta la existencia de la sentencia del TSJ, conocida por la Administración, pero no existe un verdadero requerimiento expreso para el cumplimiento de la sentencia.

<sup>15</sup> “[...] la propia sentencia se limitaba a anular y dejar sin efecto ni valor jurídico el decreto objeto de recurso y no ordenaba al Ayuntamiento efectuar diligencia alguna no concurre el primero de los requisitos. Tal vacío en la Sentencia supuso que con posterioridad la Sala fuera indicando al Ayuntamiento la forma de proceder, y a medida que se le iba indicando el Ayuntamiento procedía a efectuar lo que le era ordenado por el Tribunal”.

<sup>16</sup> Que confirma el archivo de una causa contra un Consejero del Gobierno Vasco por no impedir un acto de un partido ilegalizado toda vez que en las resoluciones judiciales que invoca la parte querellante no se contenían un específico y particular requerimiento al Consejero.

<sup>17</sup> Revocando una condena por desobediencia al considerar que el fallo de la sentencia que anulaba la permanencia de dos vocales en la Junta de un Concejo tiene un contenido de declaración meramente anulatoria no conteniendo, en sí mismo, mandato ni apercibimiento alguno.

<sup>18</sup> Inadmisión de una querrela por no constar la imposición al querrellado de la obligación de actuar de una determinada y concreta forma.

<sup>19</sup> Art. 77 LOTC que reenvía, a efectos procedimentales, a los arts. 62 a 67 LOTC.

notificar el auto del Tribunal (que no providencia, tipo de resolución que ha utilizado el TC). En general la LOTC era escueta en relación a la ejecución de las resoluciones del TC. Simplemente se partía de la base de que podría haber, en caso que fuera necesaria, una actividad de tipo ejecutiva ejercida por el propio Tribunal Constitucional (art. 92 LOTC)<sup>20</sup> y se preveía la posibilidad de imponer multas coercitivas (95.4 LOTC). Esta última disposición es reveladora porque exigía **un requerimiento previo** antes de imponer la multa. Nada más se establecía en cuanto al procedimiento a seguir para lograr dar eficacia a la resolución y debía recurrirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>21</sup>. En relación a las medidas cautelares, el art. 738 LEC establece que el Juzgado les dará inmediata eficacia, pudiendo acudir a las disposiciones sobre ejecución forzosa si es necesario. El procedimiento de ejecución forzosa solo se pone en marcha si se constata que se está realizando la conducta proscrita o bien que no se está dando cumplimiento a la conducta esperada. En tal caso, procede instar el despacho de la ejecución, que deberá ir acompañada del requerimiento previsto en el art. 699 LEC<sup>22</sup>. A este respecto, la LEC (arts. 705 a 711) no da una solución única para todos los casos, previéndose medidas de distinta naturaleza, entre ellas el libramiento de testimonio al Ministerio Fiscal a los efectos de que puedan abrirse diligencias penales por la posible comisión de un delito de desobediencia. No obstante, esta última posibilidad (art. 710 LEC) se vincula a **la exigencia de apercibir previamente al ejecutado, fijando un plazo**, de la posibilidad de poder incurrir en la comisión de este delito si persiste en el incumplimiento y ejecutar<sup>23</sup>.

En este mismo orden de cosas, por analogía, se podría haber recurrido a las disposiciones de la LJCA relativas a la eficacia de las medidas cautelares. De hecho esta es la regulación aplicable tras la reforma operada por la LO 15/2015 de 16 de octubre. Pues bien, la conclusión alcanzada sería la misma. Sobre este particular, el art. 134 LJCA establece que “el auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV

---

<sup>20</sup> Art. 92 LOTC “El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución. Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó”.

<sup>21</sup> De conformidad con el art. 80 LOTC, en el momento de los hechos, la LEC era de aplicación, por vía de analogía, a aquellos aspectos no resueltos en por la LOTC, entre ellos, medidas cautelares y ejecución

<sup>22</sup> El art. 699 LEC establece que “cuando el título ejecutivo contuviere condena de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto en el que se despache ejecución se **requerirá al ejecutado** para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo”.

<sup>23</sup> El art. 710 LEC establece que “si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le **requerirá**, a instancia del ejecutante por parte del Secretario Judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con **apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial**”.

del Título IV”, esto es, las disposiciones sobre ejecución forzosa. En este sentido, el art. 112 LJCA prevé expresamente que una vez transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal pueden acordar, entre otras medidas, para lograr la efectividad de sus resoluciones, deducir testimonio de particulares por la posible responsabilidad penal, **“siempre con previo apercibimiento del Secretario Judicial notificado personalmente”**.

En definitiva, en el plano procesal, a pesar de que no existen medidas ejecutivas homogéneas, el denominador común, para plantearse la concurrencia de un delito del art. 410.1 CP en relación a la providencia del TC es también la necesidad de la exigencia de un mandato específico en fase de ejecución, practicando en primer lugar requerimiento que, en su caso, puede ir acompañado de un apercibimiento de poder incurrir en un delito de desobediencia en caso de persistir en el incumplimiento.

3. Así las cosas, la providencia dictada el 4 de noviembre de 2014 era una resolución de trámite y meramente declarativa, como todas las resoluciones de esta clase. De ella no se derivaba una orden específica y personal, un mandato ejecutivo directo, expreso y terminante. Por otra parte, entendemos que la sentencia del TSJCat no consigue establecer la fuerza ejecutiva inmediata de la providencia del TC. En efecto, se trata de una resolución de carácter cautelar que simplemente declara automáticamente el efecto suspensivo *ex art. 161.2 CE*, una simple decisión mecánica, de la que no se desprende todavía una orden expresa, personal y terminante de actuar en un sentido específico. Esta providencia, para derivar en orden concreta y dirigida a un sujeto concreto, hubiese requerido su ejecución (al igual que la que precisaría la propia sentencia condenatoria que recurrimos, si llegara a ser firme) o, cuando menos, una formulación completamente distinta. Por tanto, entendemos que no llegó a concretarse una orden, en el sentido previsto por el CP, según la jurisprudencia tradicional del TS.

El propio TC decidió conscientemente no generar la situación típica del art. 410.1 TC al no atender la petición de requerimiento instada, por la Abogacía del Estado, aun cuando era notorio que el proceso participativo estaba culminando. Tampoco se hizo uso de ninguna medida de ejecución ni de auxilio judicial, a pesar de que la LOTC la posibilitaba. Ni con posterioridad, cuando durante las dos semanas siguientes se continuó desarrollando el proceso de participación ciudadana, no se ofició orden, advertencia o requerimiento alguno.

4. A mayor abundamiento, resulta revelador el contraste existente entre la situación legal y la práctica del propio TC de noviembre de 2014 y las actuales. En efecto, si, como se afirma en la TSJCat, la providencia en cuestión hubiese sido una “resolución ejecutiva por antonomasia” (pág. 27), no se habría modificado la LOTC mediante la LO 15/2015, declarando ahora el carácter

ejecutivo de sus providencias e introduciendo nuevos mecanismos coercitivos para asegurar el cumplimiento. Y, por otra parte, justamente en relación al contencioso catalán, el TC no ha dudado en los últimos tiempos en generar unas órdenes personales en el marco de incidentes de ejecución, acompañadas de requerimientos y apercibimientos<sup>24</sup>.

5. Finalmente, aun cuando se entendiera que existe propiamente una orden en la resolución del TC, no cumpliría el **requisito de la concreción**. El texto de la providencia es genérico y acuerda simplemente la suspensión de actuaciones de la Generalitat relativas al proceso de participación ciudadana sin que existan elementos de motivación que contribuyan a facilitar la concreción de las conductas exigidas.

Por otra parte, consideramos que no es recibo en Derecho penal exigir (STSJCat, pág. 28) que la calculada falta de concreción de la resolución tuviera que ser corregida por nuestro representado recurriendo a la documentación presentada por el demandante. Con todo, ni por esa vía se llega a alcanzar una concreción suficiente, desde una perspectiva penal, del mandato, puesto que siguen siendo confusos el alcance y los efectos de la suspensión. ¿Implicaba simplemente que el obligado no emprendiera nuevas actuaciones? ¿Qué efecto concreto producía la suspensión sobre los actos materiales ya realizados? ¿Se le exigía que, activamente, la Generalitat obligara a terceros, empresas particulares y, singularmente, voluntarios que cesaran en sus actividades? ¿Suponía impedir el acceso a los locales? ¿Retirar los ordenadores ya repartidos? ¿Se estaba obligando a anunciar públicamente que el proceso quedaba prohibido? ¿Las previsiones de los Mossos d'Esquadra y otros dispositivos activados en caso de acontecimiento de estas dimensiones debían ser suspendidos? ¿Hubiera bastado con una modificación de la pregunta principal formulada? ¿Se podía permitir que se desarrollara el proceso participativo y bastaba simplemente con privarle de su carácter oficial? En tal caso, ¿era necesaria una declaración al respecto de la Generalitat, o ya era suficiente la declaración efectuada en la providencia del TC?

Precisamente este último es el efecto que le confirieron a la providencia los representantes del Gobierno español entre el día 5 y 9 de noviembre, al considerar que, tras el pronunciamiento del TC, lo que tendría lugar sería simplemente una mera encuesta, un *happening* o una payasada. Es decir, los propios demandantes consideraban cumplida así la providencia en aquello esencial, sin instar por ello incidente de ejecución alguno. Después cambiaron de parecer ante el éxito de la participación ciudadana.

De hecho, una **prueba de la falta de concreción de la resolución nos la brinda el propio TSJCat**, cuando define qué era aquello a lo que venía

---

<sup>24</sup> Ejemplos *infra* nota 3o; sin entrar a valorar, por no ser pertinente, los déficits de tipicidad que se presentan en estos nuevos casos.

compelido el President de la Generalitat por la providencia del Tribunal Constitucional: “suspender efectivamente el proceso participativo en curso”, se nos dice en la pág. 54, o “anunciar su suspensión por imperativo constitucional”, se afirma en la pág. 78. Pues bien, el propio Tribunal penal fija un alcance de la suspensión erróneo y exorbitado, porque el proceso participativo propiamente dicho no estaba suspendido. En efecto, la STC 138/2015, de 11 de junio, al resolver el fondo del asunto, define qué había sido impugnado y, por ende, cuál había sido el objeto de la suspensión previa en los siguientes términos [negrita añadida]: “conviene subrayar que el objeto de impugnación no es el proceso de participación ciudadana en sí, sino, tal y como se desprende del suplico principal del escrito de impugnación, las actuaciones de la Generalitat de Cataluña que, de cualquier modo, estén vinculadas con la referida convocatoria”<sup>25</sup>. Así pues, el propio TSJCat, que había considerado que la petición de aclaración de tan vaga decisión era un mero ardid, ha acabado siendo víctima de la inconcreción de la providencia.

Si el texto de la providencia puede provocar todavía estas confusiones *ex post*, resulta claro que su inconcreción *ex ante* no podía colmar las exigencias del art. 410.1 CP. Por ello, no es de extrañar que, unánimemente, los integrantes de la Fiscalía Superior de Catalunya, llegaran a la conclusión correcta:

“En este caso, consideramos que resulta discutible la existencia de una “orden” entendida como “La existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta” (STS 8/2010 de 21 de enero FJ 4º) ...La ausencia de orden concreta, precisa y determinada supone, obviamente, la falta de un destinatario con los mismos atributos. Como acabamos de exponer, la Providencia que venimos analizando, tampoco se dirige a un destinatario concreto.”[...].

6. En conclusión, de la providencia del 4 de noviembre de 2014 no se derivaba directamente una orden de precisa, singular, categórica de actuación dirigida a un destinatario concreto. El TC no quiso dotar de la ejecutividad y concreción necesaria a su resolución, ni en el momento de su emisión ni con posterioridad, evitando así que se generara la situación típica del delito de desobediencia.

### III. Ausencia de negativa abierta, contumaz y reiterada

---

<sup>25</sup> FJ 2º “Además, conviene subrayar que el objeto de impugnación no es el proceso de participación ciudadana en sí, sino, tal y como se desprende del suplico principal del escrito de impugnación, las actuaciones de la Generalitat de Cataluña que, de cualquier modo, estén vinculadas con la referida convocatoria. Así pues, abordaremos la constitucionalidad de las actuaciones impugnadas entendidas como un todo, como un acto imputable al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, el cual, por medio de hechos concretos dentro de una actuación material de sus potestades, viene a expresar una afirmación de competencia que la representación procesal del Gobierno considera que desborda su ámbito propio”.



1. A nuestro entender, la ausencia de los elementos típicos que acabamos de reseñar debería conducir a la estimación del presente motivo. En cualquier caso, tampoco concurre el elemento típico “negativa abierta”. Ya hemos indicado que negarse abiertamente tiene un significado distinto a incumplir<sup>26</sup>. En los términos en los que lo exige esta Excma. Sala, hace falta una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca<sup>27</sup>. Estos elementos adicionales al mero incumplimiento se identifican con la reiteración de la desobediencia, repetición de órdenes, creación de obstáculos, etc.<sup>28</sup>. En definitiva, la acción típica se sintetiza en un comportamiento contumaz frente a lo ordenado, es decir, actuación rebelde reiterada o pasividad persistente a lo largo del tiempo. Solo así el incumplimiento alcanza el contenido de injusto propio del Derecho penal. Por otra parte, puesto que se trata de la concreción de un requisito concerniente a la conducta típica (“negarse abiertamente a obedecer”), constituye un atributo externo de dicha conducta y no debe identificarse con la simple exigencia de la voluntad o dolo de desobedecer.

2. Puesto que es paradigmática la STS 54/2008, permítasenos, a efectos comparativos, recordar ciertos aspectos de ese caso:

Tras la Sentencia de 23 de mayo de 2003, de la Sala Especial del Tribunal Supremo, se remitieron varios oficios a la Mesa del Parlamento Vasco, conteniendo alguno de ellos requerimiento, incluso apercibimiento con expresa mención de posible concurrencia de un ilícito penal si no cumplían el mandato de la Sala. Tras la Sentencia de la Sala de 23 de mayo de 2003 se abrió procedimiento de ejecución, dictándose por el Tribunal sentenciador un primer auto el 24 de abril de 2003, que al parecer fue desatendido por el Presidente del Parlamento Vasco. Ello motivó el pronunciamiento del Tribunal en un segundo auto de 20 de mayo en ejecución de la sentencia y, posteriormente, el 5 de junio, mediante providencia con expreso apercibimiento, se instaba al cumplimiento de lo dispuesto. El Tribunal sentenciador dictó incluso un tercer auto, el 30 de junio, fijando diversas medidas de ejecución con nuevo requerimiento más apercibimiento y advertencia de que la actitud renuente de los condenados podía resultar

---

<sup>26</sup> STS 54/2008, de 8 de abril, FJ. 3º. “.. y es que no todo incumplimiento de una resolución judicial integra el delito de desobediencia”.

<sup>27</sup> Por todas, SSTS 225/1994, de 4 de febrero; 849/94, de 26 de abril; 1203/1997, de 11 de octubre; 263/2001, de 24 de febrero; 485/2002, 14 de junio; 54/2008, de 8 de abril etc.

<sup>28</sup> Por intermedio de esta doctrina, se ha admitido la comisión del delito en casos como los siguientes; alcalde que no obedece hasta pasados siete años de retraso y sorteo tres sentencias (STS 807/2012, de 18 de octubre); Presidente de Diputación que a lo largo de dos años elude tres requerimientos (STS 485/2002); alcalde que, siendo requerido hasta en 5 ocasiones por un tribunal, se niega a cumplir con lo ordenado (STS 1037/2000, de 13 de julio) no atender cinco requerimientos para la remisión de un expediente (STS 1203/1997) o cuatro requerimientos en diez meses, en una situación similar (STS 1765/1993, de 9 de diciembre); cinco resoluciones instando el cumplimiento a lo largo de seis meses (STS de 16 de diciembre de 1990), etc.

subsumible en injusto penal. Finalmente, el 1 de octubre, en ejecución de sentencia, el Tribunal Supremo anuló diversos acuerdos de la Mesa del Parlamento Vasco que consideraba que no obedecían al mandato de ejecución. Aun así, el procedimiento penal por desobediencia no fue instando finalmente ni por el órgano judicial afectado ni por el Ministerio Fiscal, sino por “Manos Limpias”.

3. Como puede apreciarse, nuestro representado no ha podido reiterar un comportamiento contumaz y propio al delito de desobediencia pasiva como el descrito.

De entrada, debe recordarse que el Gobierno central no promovió un incidente de ejecución de la providencia de 29 de septiembre de 2014, sino que instó un nuevo procedimiento, por lo que no estaba en juego una voluntad judicial primigenia o anterior. Recordemos que se ha juzgado la desobediencia de una suspensión de actos vinculados a un proceso de participación ciudadana que, tal como se indica en STC 138/2015, de 11 de junio, no fue invalidado por tratarse de una invasión de la competencia estatal del art. 149.1.32 CE (autorización para convocar un referéndum), sino porque se consideró que la pregunta formulada quedaba fuera de las competencias autonómicas.

Veamos, pues, en qué consistió realmente la desobediencia abierta que se imputa a nuestro defendido en la sentencia impugnada. A pesar de la invocación de múltiples actuaciones, puede observarse que, en realidad, a nuestro patrocinado se le atribuye una única omisión, **no haber anunciado que suspendía el proceso participativo**. Si bien en la pág. 54 de la resolución condenatoria se menciona que además “se dieron las órdenes oportunas para hacerlo efectivo [el proceso participativo]”, **no consta en hechos probados ni en los fundamentos jurídicos un solo acto en este sentido con posterioridad al día 4 de noviembre**. En efecto, si se analiza la descripción de las conductas “observadas” por nuestro representante o por las *Conselleres* Ortega y Rigau, absolutamente todas son omisiones, esto es, la no interrupción de procedimientos, actos y actuaciones dispuestos con anterioridad a la fecha de la providencia del TC. Las actividades posibilitadoras del proceso participativo ya estaban acordadas y en fase de despliegue y, simplemente, se le imputa no detenerlas.

En verdad, las actuaciones son todas omisiones que convergen en **no detener un único proceso complejo preexistente** que ya estaba en vías de culminación; mantener (esto es, no eliminar) la página web que estaba en funcionamiento desde hacía semanas; mantener (no cancelar) la campaña de publicidad que se estaba desarrollando desde principios de noviembre; mantener (no interrumpir) el reparto de la correspondencia que una mercantil se estaba efectuando desde el día 3 de noviembre; permitir que el material que ya había sido fabricado previamente por el CIRE, fuera distribuido por una empresa transportista a los puntos en los que se celebraba el proceso de

participación; permitir que la empresa T-System continuara con la instalación de programas informáticos y el reparto de los ordenadores, adquiridos semanas antes; formalizar el día 4 de noviembre (sin que se haya probada que fuera con posterioridad a la comunicación de la providencia) una póliza de seguros que había sido negociada en fechas anteriores; no interrumpir los preparativos del *call center*, ni clausurar el centro de prensa; permitir que los voluntarios hicieran uso de los edificios públicos para que se desarrollara el proceso participativo; y, finalmente, tolerar que en las delegaciones territoriales de la Generalitat pudiera seguirse con el proceso hasta el 25 de noviembre.

No consta en hechos probados, que se limita a repetir el verbo “mantener”, que ninguna de estas decisiones fuese adoptada después del dictado de la providencia por parte del TC. En ninguna caso se ha acreditado que nuestro representado, ni sus compañeras de Gobierno, impartieran órdenes o instrucciones a partir del día 4. En la sentencia recurrida simplemente se indica que durante cuatro días, el President de la Generalitat, sin haber recibido requerimiento personal alguno, no interrumpió la culminación de un proceso de participación ciudadana, complejo y compuesto de múltiples facetas, puesto en funcionamiento días e incluso semanas antes, al amparo del articulado no impugnado de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

4. Así pues, salvo que se considere que, en los casos de omisión, la conducta típica se consuma repetidamente cada instante en que no se lleva a cabo el comportamiento exigido, para que se dé una pasividad persistente y reiterativa deben aparecer ciertos elementos de cesura (requerimientos, advertencias, conminaciones, o algún otro acontecimiento que renueve el sentido de la omisión) que impliquen una renovación de la actuación. No es nuestro caso. Ante una situación política tensa y confusa, con comportamientos contradictorios por parte de quienes instan la suspensión, calculada ambigüedad por parte del TC y pasividad del Ministerio Fiscal, nuestro representado **simplemente retrasó la adopción de una decisión definitiva** porque consideraba que no estaban claros el alcance y los contornos de la actuación que se le exigía, de manera que, para no lesionar los derechos de participación política de los ciudadanos de Catalunya, dejó que el proceso siguiera su curso, mientras esperaba una respuesta del TC. No parece que esta actuación pueda considerarse una desobediencia contumaz. Es difícil apreciar una negativa pertinaz en el hecho de que la Generalitat decidiera recurrir en súplica la suspensión y solicitara que le fueran aclarados sus términos, sin haber obtenido respuesta alguna cuando la participación ciudadana tuvo lugar. Vista la celeridad meteórica con la que se estaba actuando en ese procedimiento, no era nada descabellado esperar que el TC diese una respuesta inmediata. Cuando resultó evidente que no llegaría dicha respuesta, se optó por no interrumpir la celebración del proceso participativo que nunca había sido impugnado propiamente.

Por consiguiente, nos parece claro que en la sentencia impugnada no aparece descrita una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, inequívoca y contumaz. Y, hasta donde nos alcanza, no hemos detectado en la jurisprudencia anterior a la sentencia impugnada la apreciación de una negativa abierta del art. 410.1 CP en estas condiciones.

5. En realidad, la palpable y reiterada negativa a obedecer que se traduce en una pertinaz postura de pasividad no se llegó a producir porque el delito de desobediencia, para poder alcanzar el nivel de relevancia típica, exige una **actuación proactiva por parte de los poderes públicos**. En efecto, si se llegara a generalizar el planteamiento de fondo de la sentencia impugnada y se identificara el tipo penal directamente con la obligación genérica de cumplir las resoluciones judiciales del art. 118 CE, el art. 410.1 CP se desbordaría y anegaría la Administración de Justicia, generándose miles de desobediencias por falta de cumplimiento inmediato de cualquier resolución judicial. Para evitar esta metástasis penal, el delito de desobediencia ha sido configurado legal y jurisprudencialmente como un elemento más del arsenal puesto a disposición de los tribunales para administrar el cumplimiento de sus decisiones. Así, consagrando los principios constitucionales de fragmentariedad y *ultima ratio* que deben dirigir la acción penal, el delito de desobediencia no entra en liza con la simple emisión de la resolución, sino que se activa a voluntad del Tribunal cuando lo considera necesario mediante una orden expresa, personal y directa, normalmente en forma de requerimiento, que es desatendido. La protección que el delito del art. 410 CP dispensa a las resoluciones emitidas por los jueces y tribunales, exige también, por parte de éstos, un comportamiento activo en la defensa de su función jurisdiccional.

En nuestro caso, no existieron advertencias, requerimientos, ni siquiera sucesos susceptibles de provocar un corte que pudiera segmentar la conducta expectante inicial y hubiesen permitido empezar a valorar si se reiteraba la pasividad. Justamente ocurrió lo contrario. Existiendo sobradas oportunidades para generar la situación típica, nada se hizo. Ya hemos mencionado la decisión del TC de no atender las peticiones de requerimiento por parte de la Abogacía del Estado, precisamente para no generar el presupuesto objetivo de un posible delito de desobediencia. No se trata de una simple apreciación de parte, sino que la mayoría de observadores imparciales llegaron a esa misma consideración. Sin ir más lejos, la Junta de Fiscales del TSJCat consideró que era una decisión meditada por el Tribunal emisor de la resolución<sup>29</sup>. Y el propio TC, en casos posteriores, cuando estaba

---

<sup>29</sup> “A mayor abundamiento, la omisión de tal requerimiento, parece responder a una decisión meditada por el Tribunal emisor de la resolución. En el Suplico de la demanda del Abogado del Estado se instaba a la publicación de la resolución en los periódicos oficiales “para su debido e inmediato cumplimiento de acuerdo con el art. 87.1 LOTC..., con las

en juego la voluntad de una decisión judicial ya expresada y comunicada con anterioridad, se ha encargado de efectuar requerimientos personales y, solo tras este trámite y cuando en el marco de un incidente de ejecución ha considerado que se producía un incumplimiento objetivo de sus resoluciones ha deducido testimonio para dilucidar si se ha producido un delito de desobediencia.

Así, por ejemplo en relación a una actuación de la Mesa del Parlamento de Catalunya, había efectuado, cuando menos, dos requerimientos concretos<sup>30</sup> que fueron notificados personalmente a los afectados, para, con posterioridad, deducir testimonio de particulares. Aunque a nuestro juicio, por otras razones que no vienen al caso, tampoco concurre un delito de desobediencia, la diferencia de comportamiento del TC en los diversos casos es más que notoria.

Tampoco se consideró conveniente responder antes del día 9 de noviembre a la petición de aclaración, a pesar de la premura con la que se emitían resoluciones anteriores sobre las iniciativas catalanas, una celeridad insólita en la historia del Tribunal Constitucional. Ese mismo mes de septiembre, el TC se había reunido y resuelto el mismo día en que el Gobierno había presentado su recurso. Sin embargo, ni siquiera se consideró conveniente dar la respuesta dentro del plazo legal, a pesar de que el proceso participativo continuaba abierto los días siguientes al 9 de noviembre<sup>31</sup>. Una respuesta rápida concretando y delimitando la suspensión hubiese generado un escenario, jurídico penalmente hablando completamente distinto y, tal y como manifestó nuestro patrocinado, hubiese sido acatada en el sentido que se pronunciara. La calculada falta de celo del TC en resolver este determinante en la concreción del mandato y en la generación de una posible persistencia en la desobediencia resulta pues decisiva. Por último, siguiendo esta misma

---

responsabilidades a que su infracción pudiera dar lugar”. Pues bien, este último inciso entrecomillado, no fue recogido en el texto de la resolución sin que quepa inferir que en asunto de tanta trascendencia fuese debido a un olvido involuntario”.

30 Así, en relación a la STC 259/2015 de 2 de diciembre y en el ATC 141/2016 de 19 de julio, en el ap. 2 de la parte dispositiva del Auto de 6 de octubre de 2016 se acuerda: “Notificar personalmente el presente Auto a la Presidenta del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa del Parlamento y al Secretario General del Parlamento, así como al Presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, con la advertencia de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes a dar cumplimiento a la Resolución 263/XI y de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar o eludir la nulidad de dicha Resolución, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de incumplimiento de lo ordenado por este Tribunal.” Cfr., también la Providencia de 1 agosto de 2016 (BOE nº 185 de 2 de agosto de 2016).

<sup>31</sup> La solicitud de aclaración efectuada por la representación de la Generalitat de Catalunya fue resuelta el 4 de diciembre de 2014. Aunque se trate de un plazo impropio, es importante destacar que de conformidad con el art. 267.2 LOPJ —cuya aplicación subsidiaria ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional en su auto 397/2004, de 20 de octubre—, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la aclaración solicitada en el plazo de 3 días.

pauta de comportamiento, el TC hizo nuevamente oídos sordos a la Abogacía del Estado cuando esta, con posterioridad, solicitó que, al resolver sobre esta pieza de suspensión, el TC **manifestara expresamente la ilegalidad de las actuaciones materiales y de los actos administrativos dictados por las autoridades de la Generalitat** que habían incumplido la providencia de suspensión (STC 138/2015, de 11 de junio, Antecedente 13). La intencionalidad de la petición, efectuada justo en el momento (28 de enero de 2015) en que se estaba tramitando el recurso a la admisión de la querrela presentada contra nuestro patrocinado a instancias del Fiscal General del Estado es tan clara, como revelador el reiterado silencio del TC.

Asimismo, tampoco se observa esta proactividad en quien instó inicialmente la suspensión del acto participativo y que no mostró luego especial interés en que aquella se cumpliera, pese a ser patente que la Generalitat, a la espera de la aclaración, no interrumpía el proceso. En efecto, la Abogacía del Estado ni eligió el incidente de ejecución como vía de suspensión inicial, ni instó un incidente de la misma naturaleza de la providencia de 4 de noviembre con posterioridad. Ningún esfuerzo impeditivo se llevó a cabo.

El propio comportamiento de los miembros del Ejecutivo entre el 5 y 9 de noviembre resulta revelador. En efecto, destacados miembros del Gobierno del Estado (su Presidente, su Vicepresidenta y su Ministro de Justicia, sin ir más lejos) manifestaron ante los medios de comunicación que el proceso participativo no tenía el menor valor jurídico, era una payasada o (Ministro de Justicia) que el Gobierno no iba a obstaculizar algo que no pasaba de ser efectivamente- algo parecido a una encuesta.

Finalmente, tampoco el Ministerio Fiscal estimó precisa ninguna iniciativa ni en los días previos al 9 de noviembre de 2014, ni ese mismo día. Su pasiva conformidad se mantuvo con posterioridad, sin interferir en absoluto en la continuación de la consulta.

6. En definitiva, no se puede desobedecer, en términos jurídico-penales, a quien no quiere ser obedecido. Por consiguiente, si tenemos en cuenta la inexistencia de reiteración, tanto en la emisión del mandato (si llegó a producirse) como en su desatención, el corto periodo en que se producen los hechos y la absoluta pasividad observada por el TC y otros poderes públicos, no se advierte en los hechos probados la negativa contumaz, tenaz y rebelde propia del delito del art. 410 CP.

#### **IV. Falta de requerimiento**

1. La atipicidad del hecho también puede fundamentarse en la falta de requerimiento personal, hecho que debe de ponerse en contacto con los

epígrafes anteriores. En efecto, no se produjo requerimiento por parte del TC para el cumplimiento de su providencia de 4 de noviembre de 2014, elemento tradicionalmente ha aparecido en la jurisprudencia para que concurra el tipo del art. 410 CP.

En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias en orden a apreciar el delito de desobediencia grave en función de la existencia de requerimiento instado en ejecución, tanto de sentencias, como de medidas cautelares<sup>32</sup>.

El fundamento de dicha exigencia, implícita en la figura delictiva descrita en el art. 410.1 CP, es diversa. Ciertamente, puede servir, para probar el dolo. No desconocemos que, en la STS 177/2017, de 22 de marzo (pág. 48 y s.), se afirma que el requisito del requerimiento personal es únicamente una vía (y no la única) para establecer el conocimiento personal del mandato, por lo que, si dicho conocimiento se prueba por otras vías, sería un requisito superfluo.

2. Sin embargo, creemos no estar equivocados al considerar que este no es el único ni principal fundamento de la exigencia de requerimiento, ni se convierte en una mera formalidad penalmente irrelevante cuando la resolución judicial es conocida por otros medios. Entendemos que, en la tradición jurisprudencial, dicho requerimiento constituye un dato necesario para establecer, cuando no la propia existencia del mandato, al menos la rebeldía contumaz ante el ordenamiento jurídico. En efecto, el requerimiento previo debe ser también considerado presupuesto del delito del art. 410.1 CP porque **actúa como indicador de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo**, esto es, como acto generador de la orden concreta y personal, en sentido penal, o bien como hito temporal a partir del cual se inicia el camino hacia la contumacia. En definitiva, el requerimiento es el instrumento decisivo para que los Tribunales activen al Derecho penal como medio de protección de sus decisiones, señalando claramente la frontera de la posible tipicidad.

3. En definitiva, no se puede desobedecer, jurídico penalmente, lo que no es previamente requerido. Por consiguiente, “no habiéndose dirigido requerimiento alguno a persona concreta o determinada por parte del Tribunal emisor de la Resolución”, utilizando las palabras del propio Fiscal Superior de Catalunya, no se ha cometido un delito de desobediencia.

## V. Conclusión

---

<sup>32</sup> Así, ya la STS 2 de noviembre de 1990, 578/1993, de 16 de marzo, 1322/1995, de 28 de diciembre. Últimamente, ATS de 6 de mayo 2013. Hasta donde se nos alcanza, no hemos advertido supuestos del art. 410 CP (o de sus predecesores) en los que se rechace este elemento.

1. Entendemos que una aplicación de la doctrina tradicional del TS en materia de desobediencia no hubiese permitido apreciar un delito de desobediencia en el presente caso. En efecto, con simple dictado de una providencia como la del TC de 4 de noviembre de 2014 no aparece inmediatamente el presupuesto típico objetivo del delito del art. 410.1 CP, esto es, no existe una **orden** categórica y determinada. Por otra parte, el contenido de la resolución es claramente **indefinido y genérico**, sin precisar su alcance concreto, hasta el punto de haber sido interpretada de manera exorbitada por el propio Tribunal sentenciador.

2. En el comportamiento de nuestro patrocinado no se observa una **negativa abierta**. Sin ninguna clase de requerimiento, no optar por una interpretación maximalista del contenido de la providencia y quedar a la espera de un recurso y una aclaración ante el Tribunal Constitucional no puede ser considerada una desobediencia abierta en el sentido de contumacia, obstinación y persistencia que se viene exigiendo jurisprudencialmente. El propio comportamiento del Tribunal Constitucional, así como de otros poderes públicos, tampoco ha permitido que se generara la situación y la conducta típica propia del delito de desobediencia.

Finalmente, en un caso como el presente, hubiese sido imprescindible un requerimiento personal para la concurrencia del tipo objetivo del art. 410.1 CP.

3. Así las cosas, por todo lo alegado, solicitamos que se estime el presente motivo, se revoque la condena por delito de desobediencia y se acuerde la libre absolución del recurrente.

**CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.-** Con cauce procesal en el art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, alegamos vulneración del art. 24.2 de la CE en cuanto reconoce el derecho a la presunción de inocencia, por haberse inferido indebidamente la existencia de dolo. Entendemos que el motivo también podría admitirse por infracción de ley con base en el número 1º del art. 849 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 410.1 del Código Penal, ya que no se presenta el elemento subjetivo específico de esta figura delictiva.

1. Es doctrina consolidada de esta Excma. Sala que los elementos internos del delito, como el dolo o el efectivo conocimiento de la antijuricidad, no son propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos y, en tanto que juicios de inferencia realizados a partir de datos objetivos probados,



pueden ser revisables en casación<sup>33</sup>. En esta línea, se indica (STS 593/2010, de 8 de junio) que:

“[...] aún cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo, es revisable en casación tanto por vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el artículo 5.4 LOPJ como del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando exprese hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia que pueden ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio en relación con los datos objetivos acreditados”.

El contenido esencial de la garantía constitucional de la presunción de inocencia implica (STS 352/2011, de 26 de enero) que:

“ha de considerarse si cabe considerar justificada objetivamente la certeza sobre la hipótesis de la acusación”, certeza que se alcanza tras dos comprobaciones: a) “que la sentencia condenatoria no parte del vacío probatorio”, es decir, cuando “las afirmaciones de los medios probatorios, objetivamente, justificarían lógicamente como aceptable la veracidad de la proposición formulada por la acusación” y b) “la inexistencia de alternativas a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. No bastará cualquier objeción a la verdad de la imputación para deslegitimar la condena. Pero no puede decirse que sea razonable la certeza respecto de la imputación si existen motivos racionales que justifiquen dichas objeciones (...) Pero de la misma manera que cabe justificar la condena aún cuando no se acredite una veracidad absolutamente indiscutible de la acusación, tampoco se requiere que se justifique la indudable falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena”.

Por otra parte, hay que poner en relación los estándares derivados de la presunción de inocencia con las particularidades de los requisitos subjetivos del delito de desobediencia. El tipo del art. 410.1 CP únicamente es punible en su modalidad dolosa. Esto implica que son atípicas todas las modalidades imprudentes, incluso la culpa consciente, así como todos los errores de tipo, incluso los errores vencibles. Es más, tal como nos indica la jurisprudencia<sup>34</sup>,

---

<sup>33</sup> Por todas, STS 1126/2010, de 14 de diciembre, en la que se hace referencia a numerosos pronunciamientos al respecto efectuados a la largo de los últimos años.

<sup>34</sup> Por todas, Sentencia 54/2008: “En primer lugar, el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir, de la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal o del superior administrativo. Tal conocimiento de la existencia del deber no es equiparable al conocimiento del significado de su incumplimiento y, por ello, ese dato corresponde al injusto y no al ámbito de la culpabilidad. Y, en segundo lugar, requiere el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado

la estructura legal del precepto, especialmente por el uso del término "abiertamente", **excluye la comisión por dolo eventual** y solo permite castigar el dolo directo, es decir, "con propósito de incumplir".

2. La doctrina que se acaba de indicar avalaría la tesis del presente motivo de casación. En primer lugar porque, a nuestro juicio, puede cuestionarse la racionalidad de los juicios de inferencia que el Tribunal *a quo* efectúa a partir de las circunstancias probadas del caso, de manera que no estaría justificada objetivamente la certeza de la convicción alcanzada. Y, por otra parte, de esos mismos hechos-base, junto a otros indicios que se han ignorado o que se han considerado inferencialmente irrelevantes se deduciría con mayor solidez y razonabilidad una alternativa que desmiente la existencia de dolo. Concretamente, en la STSJCat se invocan los siguientes datos clave:

- a) El acuerdo del Consell de Govern del día 4 de noviembre de 2014, que demostraría la conciencia de que, en tanto no se alzase la suspensión, no podría celebrarse el proceso de participación.
- b) El recurso de súplica y la petición de aclaración formulada por los servicios jurídicos de la Generalitat, que acreditaría también el entendimiento por parte de los miembros del Consell de Govern del contenido y alcance de la disposición.
- c) El previo acatamiento en todos sus extremos de la providencia de 29 de noviembre de 2014, suspendiendo en los mismos términos que el decreto de convocatoria de la consulta no referendaria.
- d) El informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*, que informaría de los efectos automáticos e inexorables de la suspensión acordada en la providencia, así como de la comisión de un delito de desobediencia.

Veamos por qué entendemos que la inferencia del dolo no puede sustentarse sobre estos elementos.

3. El escenario a principios de octubre de 2014 es el siguiente. Tras la impugnación de buena parte del articulado de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, así como del decreto de convocatoria de una consulta popular no referendaria se había cegado nuevamente la oportunidad para dar cauce a la voluntad de una amplísima mayoría de los ciudadanos de Catalunya, que aspira a poder pronunciarse sobre el encaje entre Catalunya y España,

---

actuar opuesto al acatamiento de la orden; sin que se admita la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia o denegación de auxilio". Entre otras, también, las SSTS 31-1-1990, y 24-2-2001.

algo que, según la STC 42/2014, constituye una legítima aspiración política. Así pues, el Govern de la Generalitat desiste de llevar a cabo una consulta popular y opta por abrir un proceso de participación ciudadana que canalice por una vía legítima la frustración política generada en amplias capas de la ciudadanía por la imposibilidad de expresarse democráticamente sobre esta cuestión. La participación de casi 2.350.000 catalanes en el proceso y la actuación de más de 41.000 voluntarios, inscritos antes de la propia presentación del recurso por parte del Gobierno del Estado, corroboran la existencia de tal aspiración democrática (y, probablemente, expliquen la persecución penal emprendida).

Así, al amparo de la Ley 10/2014, del 26 de septiembre, que mantiene íntegro y plenamente vigente su título III, se impulsa un proceso de participación ciudadana. Se trata de una modalidad completamente distinta a la consulta, más informal y sin consecuencias jurídicas más allá de una manifestación de opinión. Si bien el proceso estaba diseñado y estructurado por la Generalitat, su implementación está gestionada por los ciudadanos de manera voluntaria. La singular naturaleza de la vía emprendida, carente del carácter electoral de las consultas y los procesos refrendarios, así como de sus efectos jurídicos la reconoce el propio TC<sup>35</sup>, que además acabará matizando más adelante que el proceso de participación en sí nunca llegó a ser impugnado<sup>36</sup>.

El Gobierno del Estado recurrió nuevamente a la cláusula del art. 163.1 CE e impugnó las actuaciones de la Generalitat. Esta vez intenta impedir, mediante la providencia de 4 de noviembre de 2014, aquello que, en realidad, no pide y no puede suspender a través de su recurso: la participación de los ciudadanos en un acto para expresar libremente su opinión política. Frente a ello, legítimamente, el Gobierno de la Generalitat pretende apurar hasta el último resquicio para intentar que, dentro de la legalidad, el proceso participativo institucional pudiera tener lugar. Así las cosas, de la misma forma que el Gobierno del Estado impulsa una interpretación **maximalista de la suspensión**, considerando que el proceso de participación ciudadana en todas sus manifestaciones imaginables estaba afectado por la impugnación, la Generalidad pretende, **por vías legales, levantar la suspensión o, cuando menos, conseguir que no interfiera indebidamente en el acto de participación de voluntarios y ciudadanos en general.**

Sirva de muestra la postura del Abogado del Estado, en su oposición a la

---

<sup>35</sup> STC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 2, :"[...] bastará señalar que, a diferencia del caso abordado en la STC 32/2015, de 25 de febrero, en el presente supuesto **no existe** un acto formal de convocatoria para la celebración de la consulta, ni un registro de participantes o una lista de las personas llamadas a participar, ni un procedimiento o unas garantías que comporten **«un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral»** [negrita añadida].

<sup>36</sup> STC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 2. Cuestión que ya hemos abordado en nuestro motivo anterior, *supra* pág. 12 y nota 25.

petición de aclaración de la Generalitat<sup>37</sup>. Viene a afirmar que absolutamente todas las manifestaciones del proceso de participación ciudadana estaban afectadas por la providencia de 4 de noviembre de 2014, llegando a mencionar, como actos suspendidos, la constitución de las mesas que denomina indebidamente “electorales” el desarrollo de la “votación” y el “recuento”. Es una muestra más de hasta qué punto tenía sentido plantearse serias dudas sobre el alcance y efectos de la suspensión.

Así, en primer lugar, se intenta que pueda tener lugar el proceso participativo con plena implicación de la Generalitat, con todos los efectos de un proceso participativo institucional. Para ello se interpone un recurso de súplica contra la suspensión. Pero, **dado que se obra en la convicción de que el acto de participación de voluntarios y ciudadanos en general es, en sí mismo, legítimo y no está afectado por la suspensión**, no se interrumpe el proceso que está en manos de los voluntarios ni se adopta, por el momento, ninguna medida irreversible que impidiese la posibilidad de que los actos de participación autogestionados se pudiesen llevar a cabo. Por consiguiente, dado que el proceso ya está casi ultimado, para deslindar claramente qué actuaciones quedan afectadas por la suspensión, se planteará además una petición de aclaración, para el caso de que el recurso de súplica en pro del mantenimiento del proceso de participación institucional en todos sus aspectos no prospere. Todo ello, se realiza con la sólida expectativa de que se obtendría una respuesta inmediata por parte del TC, con la voluntad de acatar la respuesta que finalmente se obtuviera. La expectativa se fundaba tanto en la trascendencia de la cuestión, con millones de ciudadanos personalmente involucrados, como en los antecedentes de ese contencioso: en efecto, el mes de septiembre, el TC se había reunido y resuelto el mismo día en que el Gobierno del Estado había presentado su recurso.

5. Así, respecto a la decisión del Consell de Govern del día 4 noviembre, que el TSJCat considera un acto de reconocimiento de la inexorable suspensión del proceso, debe indicarse que, efectivamente, con la suspensión decretada se imposibilitaba que el proceso de participación de iniciativa institucional tuviera lugar. Por ello se recurre, a la vez que ya no se adoptan nuevas decisiones ni se emprenden nuevas actuaciones, tal como consta en hechos probados<sup>38</sup>. Y de hecho, cumpliendo con la suspensión, no se le otorgará al acto de participación ciudadano ni a sus resultados y propuestas ninguno de los efectos establecidos en el título III de la Ley 10/2014, del 26 de septiembre. **Así pues, ciertamente se recurre “para que pueda celebrarse el proceso participativo institucional”.**

Los detalles de la articulación de la defensa jurídica del proceso fueron una decisión técnica que no correspondió a nuestro representado. En cualquier

---

<sup>37</sup> ATC 292/2014, de 2 de diciembre, Antecedente 6.

<sup>38</sup> Análisis detallado de los hechos probados en este sentido en nuestro motivo anterior, *supra* pág. 15.

caso, la posibilidad de impugnar las providencias de admisión de recursos de inconstitucionalidad o de conflictos positivos de competencia y de la subsiguiente “suspensión automática” es reconocida por el propio ATC 292/2014, de 2 de diciembre, (FD 3). Se planteó un óbice procesal de admisibilidad, al alegar que se trataba de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad<sup>39</sup>. Por otra parte, dada la singularidad, urgencia y trascendencia del caso, con el riesgo de limitación indebida de los derechos de millones de ciudadanos, era legítimo esperar que, admitiendo o rechazando el recurso, el TC manifestara de alguna forma hasta qué punto los actos preparatorios y de ejecución del proceso participativo conducido estrictamente por ciudadanos podía estar estaba afectado por la suspensión.

Pero, además, la providencia de suspensión de 4 de noviembre de 2014 no solo impedía la celebración del proceso de participación de iniciativa institucional sino, dados los términos genéricos e inconcretos en los que está formulada, entraña además el riesgo de interrumpir por completo algo que, ajeno por completo a la disputa competencial entre Administraciones, es dudoso que estuviera afectado por la providencia y que se considera digno de protección. Nos referimos al **propio acto de participación ejecutada por y para la ciudadanía, como expresión de la libertad de expresión, ideológica y de participación política**. Por esa razón, es decir, porque el mandato básico de la providencia no se refería a la suspensión del acto participativo en sí, la Generalitat entendió que no alcanzaba a los actos que ya habían sido realizados y cuyos efectos estaban a disposición de la organización de voluntarios. La suspensión no imponía la reversión de actuaciones, ni interrumpir los actos preparatorios en la esfera de los voluntarios. No implicaba impedir el acceso y uso de recursos, materiales, locales o servicios que estaban a disposición de los voluntarios. Y, puesto que no estaban claros los efectos suspensivos *pro futuro* sobre las últimas actuaciones materiales que, sobre la base de resoluciones y contratos preexistentes, estaban siendo culminadas por terceros para poner los últimos recursos y servicios a disposición de los voluntarios, **se plantea subsidiariamente la petición de aclaración**. Por ese motivo se plantea la petición de aclaración, para conseguir que, respetando la decisión del TC, la suspensión afecte lo menos posible los derechos de millones de personas que anhelaban manifestar su opinión, bien en el marco de un proceso partitivo institucional bien en un acto de auto organización social. En estas condiciones, lo más prudente y proporcional era no interferir ni interrumpir y esperar la respuesta del TC.

En definitiva, del Acuerdo del Consell de Govern del día 4 y el subsiguiente recurso de reforma y petición de aclaración no se infiere en absoluto la conciencia cierta de que la suspensión tenía como efecto directo, definitivo e inexorable impedir la ejecución del acto de participación en sí mismo. Justo lo

---

<sup>39</sup> ATC 292/2014, de 2 de diciembre, Antecedente 3. Por otra parte, tal como se indica en el Informe del *Consell Assessor*, en el caso de procesos participativos parecidos de ámbito local, su impugnación se produjo en el ámbito contencioso administrativo.

contrario, era un intento de armonizar los intereses en conflicto y claro indicio de la falta de voluntad de incumplimiento contumaz.

6. La comparación de los hechos enjuiciados con el estricto cumplimiento de la suspensión de la consulta ordenada por el Tribunal Constitucional los últimos días de septiembre de 2014 es otro de los razonamientos por los que el TSJCat forma la convicción de que se estaba desobedeciendo conscientemente la orden que emanaría de la providencia de 4 de noviembre.

Pero esta inferencia solo sería válida si los dos supuestos fueron idénticos o básicamente similares, cuando justamente es lo contrario. La suspensión del día 29 de septiembre, producto del recurso interpuesto contra la convocatoria de la consulta que, a su vez, era simultáneo al que se interpuso contra la Ley 10/2014 que le daba cobertura, no planteaba problemas respecto a su objeto, alcance y efectos. Su objeto era la consulta oficial dirigida y ejecutada por el Gobierno de la Generalitat, que estaba en un estado incipiente y que quedaba sin cobertura legal ni decreto de convocatoria. Por el contrario, ya hemos indicado que el proceso de participación ciudadana es de una naturaleza muy diferente. No solo por sus efectos jurídicos. También su dispositivo organizativo y su ejecución autogestionada eran absolutamente singulares. Así, el día de 4 de noviembre el diseño y organización institucional del proceso ya estaba ultimado, todos los contratos cerrados y en su mayoría ejecutados; el material elaborado y en gran parte distribuido; los puntos de participación anunciados; la organización de voluntarios en pleno funcionamiento, con casi 42.000 voluntarios, inscritos, formados, encuadrados y coordinados, habiendo asumido las correspondientes tareas, que no se limitaban en absoluto a gestionar los puntos de participación y que, en muchos casos, ya estaban en plena ejecución. En un momento tan tardío, el acto de participación ciudadana en manos de los voluntarios podía llevarse a cabo unilateralmente, cuando menos en condiciones precarias. Así pues, en este contexto tan complejo y atípico, el mandato claro de 29 de septiembre de 2014, deviene el día 4 de noviembre impreciso, con los graves problemas de delimitación del objeto, alcance y efectos que ya hemos señalado repetidamente. Por consiguiente, no puede trazarse un paralelismo en detrimento de la presunción de inocencia de los acusados. Al contrario, los hechos previos relativos a la suspensión de la consulta no referendaria del mes de septiembre son, más bien, un antecedente de una actuación atenta a los mandatos del TC.

7. Finalmente, ya hemos demostrado *supra*<sup>40</sup> que en el Informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional* de 24 de julio de 2013 lo único que realmente se dictaminó fue que era improbable la comisión de un delito de desobediencia. Así pues, dicho Informe constituye un **indicio favorable a la ausencia del tipo subjetivo** del delito del art. 410.1 CP. De haberse estimado el primero de nuestros motivos, creemos que la cuestión queda zanjada.

---

<sup>40</sup> Motivo Primero, punto 3, pág. 4.

En cualquier caso, ya vimos que el TSJCat entiende que el informe advertía sobre la ineludible ejecutividad imperativa de la providencia y sus efectos, lo que impediría cualquier atisbo de error. Sin embargo, en realidad el informe, que en buena parte ni siquiera es jurídico, simplemente esboza una multitud de alternativas y escenarios, sin efectuar un análisis profundo y, por supuesto, sin llegar a plantear concretamente lo que acabó produciendo, un proceso de participación institucional que finaliza en una jornada de activismo ciudadano. Obviamente, en el Informe no se analiza ni una sola de las características del caso que nos ocupa: un proceso participativo institucional sin los efectos jurídicos de una consulta, sin impugnación de su base legal y sin que se ordene que se desconvoque; en un contexto complejo con actuaciones de la Administración y ciudadanos voluntarios profundamente interconectadas; con problemas para definir el objeto de la impugnación y su alcance concreto, singularmente en relación a los actos realizados por los voluntarios; con discrepancias sobre la naturaleza del acto de participación ciudadana que finalmente tuvo lugar el día 9 de noviembre de 2014. En esa tesitura, de la lectura de un par de líneas, que prácticamente reproducen un artículo de la CE, resulta irrazonable deducir el claro conocimiento del objeto, alcance y efectos de la providencia. A nuestro juicio, y dicho sea respetuosamente y en estrictos términos de defensa, por esta vía no se puede reforzar la convicción acerca del dolo y la conciencia de lo injusto de nuestro defendido, por lo que nos encontramos ante una inferencia que se aleja de los cánones de la racionalidad.

8. **En conclusión**, para establecer la responsabilidad del nuestro defendido, el Tribunal de instancia ha inferido el dolo típico de indicios incriminatorios, que debidamente analizados, no son tales. En efecto, los hechos probados invocados son indiciariamente neutros, cuando no apuntan en dirección absolutoria. Ello acontece en algún caso de manera manifiesta, como ocurre con el Informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*. En realidad, tales hechos se ajustan con mayor plausibilidad a la hipótesis fáctica de la defensa, en el sentido de que se obró en todo momento con la intención de respetar el contenido básico de la providencia del Tribunal Constitucional, si bien evitando que a su vez, se afectara indebidamente un legítimo acto expresión de la opinión política de la ciudadanía catalana.

Así las cosas, por todo lo alegado, entendemos que se ha vulnerado la garantía a la presunción de inocencia de nuestro defendido, Molt Honorable Sr. Artur Mas i Gavarró, y le ha sido indebidamente aplicado el art. 410.1 CP. Por consiguiente solicitamos a esta Excm. Sala que, estimando el presente motivo, revoque la condena por delito de desobediencia y acuerde la libre absolución del recurrente.

**QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.-** Con carácter subsidiario, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciarnos infracción de ley por inaplicación indebida del art. 14.1 CP, que regula el error de tipo, o del art. 14.3 CP, que regula el error de prohibición

1. Puesto que, en definitiva, el error de tipo no es sino un supuesto de ausencia de dolo, el presente motivo encuentra parte de su apoyo en los argumentos esgrimidos con anterioridad, cuando combatíamos la inferencia de dicho elemento subjetivo. Por tanto, aquí procede únicamente hacer especial énfasis en aquellos aspectos que no solo permiten descartar el dolo, sino que acreditan positivamente la creencia de no desobedecer abiertamente providencia del Tribunal Constitucional.

También como acotación preliminar, debe hacerse énfasis en que, como indicábamos en el motivo anterior, en el art. 410.1 CP solo se prevén conductas dolosas, por lo que el error de tipo, vencible o invencible, excluye en todo caso la punibilidad. Y, además, la jurisprudencia ha venido considerando que esta figura delictiva solo es punible en caso de dolo directo, quedando excluido del tipo el dolo eventual.

2. El recurrente no actuó representándose con el grado de certeza exigible el haz de deberes provenientes de la resolución judicial en unos términos que permitiera la apreciación del correspondiente dolo típico. En efecto, el President Artur Mas y las dos Conselleres también procesadas actuaron con el firme convencimiento de que, si de la providencia adoptada por el TC se desprendía alguna obligación directa, esta no consistía en un deber de impedir el acto participativo popular y ciudadana que finalmente se llevó a cabo. Representándose el deber existente en los términos indicados, de ninguna manera se puede hablar de propósito de incumplir. Sin conciencia cierta del deber no puede haber dolo en su omisión.

Esta creencia firme de que no se incumplía con el deber que genuinamente brotaba de la providencia del TC no solo se obtuvo través de un proceso de reflexión autónomo, sino que fue el producto de una serie de elementos que constan en hechos probados.

3. En primer lugar el error se basa en las siguientes **fuentes de información fiables y solventes**

- a) El asesoramiento recibido de los servicios jurídico e, incluso, de un jurista de extraordinario prestigio, el catedrático de Derecho constitucional Carles Viver, durante once años, magistrado del Tribunal constitucional, tres de ellos en calidad de vicepresidente.



En la sentencia impugnada se cuestiona la credibilidad del testigo (pág. 6o) por dos razones que, a nuestro juicio no son de recibo. En primer lugar, porque “la aportación de este testigo no puede merecer mayor consideración que la viabilidad de su opinión sobre la oportunidad y necesidad de aclarar la providencia. Pues bien, dejando otras consideraciones al margen, el hecho de que su consejo no fuera exitoso no impide apreciar que, efectivamente, se asesoró en un determinado sentido. En segundo lugar, se esgrimió la supuesta contradicción entre el consejo ofrecido por el Sr. Viver y el contenido del Informe del *Consell Assessor*. Sin embargo, en motivos anteriores ya hemos demostrado que de dicho documento no se podía extraer conclusión alguna acerca del objeto, alcance y efecto de la suspensión en el caso concreto. Así, pues, no habiendo contradicción alguna entre el Informe y el posterior asesoramiento del Sr. Viver, no existen razones que debiliten la credibilidad de su testimonio.

- b) El Informe del *Consell Assessor per a la Transició Nacional*, “La consulta sobre el futuro político de Catalunya 3, que en sus conclusiones” se afirma (pág. 175)<sup>4</sup>:

“No obstante, el análisis de los diferentes tipos penales pone de manifiesto que difícilmente pueden considerarse como tales los actos relativos a la consulta, si bien no puede descartarse que se pudiera llegar a forzar la interpretación de los correspondientes preceptos para incluir en estos las actuaciones que la Generalitat pudiera impulsar”.

La importancia y sentido auténtico de este documento, que fue utilizado por la sentencia del TSJCat para descartar por completo cualquier posibilidad de error, ya ha sido puesta de relieve en nuestro primer motivo de casación. Nos remitimos, pues, a nuestras alegaciones al respecto.

- c) La convicción alcanzada por nuestro representado se ajustaba a la comprensión habitual de cuál es la doctrina jurisprudencial sobre el delito de desobediencia. Nos remitimos pues a las consideraciones expuestas en el nuestro motivo de casación anterior relativo a la indebida aplicación del art. 410.1 CP y los problemas de tipicidad que generaba una medida cautelar como la que nos ocupa.

4. Por otra parte, se constata la presencia de **elementos concomitantes** que abonaban la existencia de una representación errónea acerca de los elementos

---

<sup>4</sup> Traducción al castellano, págs. 184-185.

típicos de la actuación y que, en su momento, vinieron a reforzar la convicción que se había alcanzado sobre la falta de incumplimiento del mandato.

- a) El propio del recurso de súplica y la petición de aclaración. Aunque su presentación carecía de efectos suspensivos, demuestra que los procesados se mantenían en la idea de que no se estaba en una situación de incumplimiento y negativo abierta en términos penales.
- b) La parquedad inicial y, después, el silencio del TC, la inacción de Gobierno Central y de la propia Fiscalía así como de los órganos judiciales, que incluso denegaron, con el apoyo de los fiscales correspondientes, la adopción de medidas cautelares al respecto, demandadas por varios particulares. Elementos todos ellos ampliamente tratados en motivos precedentes del presente recurso.

5. A todo lo anterior se añade que, como ya se ha explicado ampliamente en nuestro motivo segundo, el día 14 de noviembre, esto es, con el proceso participativo en marcha, **la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya** consideró que los hechos eran atípicos. La opinión de los fiscales es trascendente por dos motivos:

- a) Primeramente, porque su informe, conocido de inmediato, confirmaba la creencia del recurrente de estar obrando de manera totalmente lícita al tratarse de una opinión jurídica especialmente cualificada.
- b) En segundo lugar, porque nos ofrece un claro **baremo de la invencibilidad del error** producido. En efecto, gracias al informe se dispone de **un inigualable punto de referencia**: saber realmente cómo estaban valorando los hechos, *in situ* y coetáneamente, nueve juristas competentes e imparciales, sometidos al principio de legalidad y la defensa del interés público. Puesto que, al fin y al cabo, el informe de Fiscalía versaba sobre la aptitud de la resolución para integrar el tipo penal de desobediencia, de inmediato surge la pregunta. ¿Por qué nuestro representado obraba dolosamente cuando la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en pleno se encontraba en error?

6. En definitiva, el President Artur Mas valoró personalmente dos opciones contrapuestas en cuanto al contenido del deber a cumplir y, después de reflexiones y consultas, llegó a una conclusión definitiva con pleno convencimiento de su corrección (o, cuando menos, consideró que el sentido concreto que le daba al contenido del deber era la probabilidad preponderante). Por tanto, de los hechos probados no solo no se debe inferir, de acuerdo con las exigencias de la presunción de inocencia la existencia de dolo, sino que existen numerosos elementos indiciarios sobre los que construir un error de tipo invencible.

7. A nuestro juicio, el tema debe resolverse en sede de tipo subjetivo de injusto. No se produjo una “comprensión suficiente del sentido materialmente auténtico del tipo”, parafraseando la mejor doctrina, de manera que se impidió la formación del dolo típico del delito de desobediencia. En ninguna caso de llegó a generar “ una voluntad consciente y una disposición anímica inequívoca de contravención”, utilizando las palabras del TSJCat.

Ahora bien, aunque se trasladara la cuestión al campo del error de prohibición, la conclusión sería la misma. No se debió inferir la existencia de conciencia del injusto de los recurrentes. Por el contrario, existen sólidos fundamentos indiciarios que permiten afirmar la existencia de una firme creencia de estar obrando lícitamente, es decir, un error de prohibición invencible, cumpliendo con todos los requisitos canónicos que exige el respecto la doctrina científica y jurisprudencial: reflexión, consulta a fuentes de información fiables y elementos periféricos indiciarios que confirman al sujeto la conclusión alcanzada.

8. Así las cosas, por todo lo alegado, y sin perjuicio de lo esgrimido en otros motivos, entendemos que se debió aplicar a nuestro representado las previsiones relativas al error de tipo invencible del art. 14.1 CP o, cuando menos, las del error de prohibición invencible establecidas en el art. 14.3 CP. Por consiguiente solicitamos a esta Excma. Sala que, estimando el presente motivo, revoque la condena por delito de desobediencia y acuerde la libre absolución del recurrente.

**SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciarnos infracción de ley por inaplicación indebida del art. 20.5 CP, bien como causa de justificación, bien como causa de exculpación.**

1. Sin perjuicio de las causas de atipicidad invocadas en los anteriores motivos de recurso, consideramos adicionalmente que la Sentencia impugnada debería haber **aplicado la eximente prevista en el art. 20.5 CP, bien como causa de justificación, bien como causa de exculpación.** En efecto, aún en el caso, rechazado por esta parte, de considerarse que se realizó el tipo de injusto del delito de desobediencia, debería haberse tenido en cuenta que concurrían los presupuestos que permiten aplicar la mencionada eximente.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que una aplicación ciega y automática de la providencia de 4 de noviembre de 2014, generaba un estado de peligro para legítimos intereses de gran parte de la ciudadanía catalana, así como riesgo para el orden público e, incluso, la integridad de personas y bienes que se hubiese generado en caso de una retirada por completo de la

Generalitat del proceso y el desarrollo caótico y precario de la jornada del 9 de noviembre. Se trata de una situación a la que el estado de necesidad justificante está vocacionalmente llamado a ser aplicado.

En segundo lugar, y subsidiariamente, podría haberse advertido la presencia de un caso encuadrable en la tipología denominada “dudas indisipables”, dentro de los casos de inexigibilidad. Consiste en la exclusión de la responsabilidad penal, a pesar de la realización de un tipo delictivo, cuando se presentan situaciones de incertidumbre subjetiva que acarrear serios perjuicios, sin tener seguridad alguna de que el ordenamiento jurídico efectivamente impone tal sacrificio.

2. Hablando en clave de justificación jurídico-penal, el conflicto que se planteaba no era de tipo competencial, entre las atribuciones entre el Estado y la Generalitat, sino de otra clase. Los males inminentes que inevitablemente se iban a producir con una aplicación ciega y maximalista de la suspensión que impidiera toda manifestación del proceso participativo eran los siguientes:

- a) Una grave perturbación de los derechos de los participantes que no estaban afectados por la providencia. Nos referimos no solo a la masa de voluntarios que iban a autogestionar el proceso sino, muy especialmente, a la posibilidad de expresar su opinión (aunque fuera en un proceso de participación despojado del carácter institucional) de, cuando menos, los 2.350.000 ciudadanos que se aproximaron a los puntos de participación para responder a la pregunta y exponer sus ideas y propuestas. Tales actuaciones, en el marco de la fiesta cívica del día 9 de noviembre, no solo eran lícitas sino que constituían el legítimo ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, de manifestación o el derecho de participación política, que no se debían impedir sino, por contra se debía garantizar que se desarrollaran en unas condiciones de la máxima libertad, igualdad y seguridad posibles.
- b) Los riesgos que implicaba que, en la recta final, descarrilara el acto y tuviera lugar caóticamente. Hay que tener en cuenta que la necesidad de manifestar la opinión sobre el encaje entre Catalunya y España es una aspiración de una parte muy mayoritaria de la ciudadanía catalana. Además, el proceso, en esos momentos estaba prácticamente en manos de los voluntarios, una vez diseñado y organizado el dispositivo operativo por parte del Generalitat, tenía inercia propia para desarrollarse con plena autonomía, ni que fuera en condiciones precarias. Así las cosas, llegados a las puertas de la consulta sin respuesta alguna que facilitara un desbroce de la situación, el sentido común y de la proporcionalidad, para evitar problemas de orden público, aconsejaban que se permitiera el desarrollo la jornada. La misma sensatez y prudencia que

observaron todos los Jueces y Fiscales que, ni en las vísperas, ni el día 9 de noviembre no impidieron (e, incluso desestimaron algunas iniciativas particulares) el desarrollo del proceso cívico-popular, sin que a nadie se le haya ocurrido perseguirles como cómplices por omisión en la desobediencia evidente y flagrante que, al parecer de la sentencia impugnada, se estaría cometiendo.

Por consiguiente, los intereses que estaban en juego son claros: **el mal causado**, en forma de posible delito de desobediencia, permitiendo que el proceso llegara a finalizar, y **el mal inminente** que se evitaba, consistente en un daño cierto para la ciudadanía y riesgos para la seguridad. Para nosotros, no existen dudas. Justamente el estado de necesidad es una clausula de cierre del ordenamiento jurídico que opera como respuesta racional a conflictos como el que aquí se planteaba, evitando el imperio ilimitado del *fiat iustitia, et pereat mundus*. En definitiva, era procedente la apreciación de esta causa de justificación como eximente plena.

3. En cualquier caso, subsidiariamente, el Derecho penal nos ofrece otro posible tratamiento al conflicto, esta vez en sede de culpabilidad.

El President Mas actuó convencido de que su comportamiento se ajustaba al contenido de la providencia del TC, después de haberse asesorado como es debido, por lo que no se dio el dolo típico ni conciencia de la antijuricidad. Sin embargo, incluso aunque se rechazara este planteamiento, en último extremo, se presentaría un supuesto de lo que la doctrina denomina “dudas indisipables o irresolubles”, que implica la exclusión de la culpabilidad. En efecto, para los casos en los que el respeto a un posible mandato penal conlleva someter al autor o a terceros a una limitación importante de su libertad, que puede ir acompañada de graves perjuicios, sin poder alcanzar, a cambio, la seguridad plena de que el ordenamiento le exige efectivamente ese sacrificio se propone que les sea aplicable algún tipo de exclusión de la responsabilidad, aunque no concorra exactamente un error, psicológicamente hablando. Se trataría de supuestos en los que, por diferentes motivos, el sujeto no está en condiciones de aclarar definitivamente las serias dudas existentes sobre la antijuricidad del hecho. La doctrina es relativamente novedosa<sup>42</sup> y, si no estamos equivocados, no existe todavía jurisprudencia específica al respecto, por lo que tal vez sea se nos admita una breve digresión al respecto.

Las “dudas irresolubles” se ubican en una zona intermedia entre el error de prohibición y las situaciones de inexigibilidad. Si la comisión u omisión de una conducta, respecto a la que no se llega a ninguna conclusión sobre su licitud con un grado suficiente de certeza, supone una afectación muy

---

<sup>42</sup> Sobre esta tipología, en nuestro país, coinciden plenamente los principales monografistas sobre el error de prohibición (David Felip, Adán Nieto o Inés Olaizola).

importante de intereses relevantes, el conflicto se dirime en el ámbito de la no exigibilidad teniendo en cuenta una combinación singular que facilita la exculpación. Por un lado, se produce un debilitamiento de la aportación motivacional proveniente de la norma penal, ya que se tienen dudas razonables respecto al ámbito de aplicación del mandato que supuestamente se debe cumplir y se afronta, además, la perspectiva que pueda ser un sacrificio inútil, ya que el comportamiento alternativo podría finalmente, ser también lícito. Por otro, aumenta la presión situacional en sentido contrario a la norma que ejercen las consecuencias negativas de un eventual cumplimiento. La conjunción de estos dos factores explicaría que, a pesar de que el hecho sea considerado un injusto penal, la exigencia, bajo amenaza de pena, de comportarse conforme a un mandato sea menos estricta y, por tanto, sea admisible la exculpación. La asociación entre la anómala presión situacional, proveniente de los perjuicios concomitantes si se cumple el mandato, y la disminución de la aportación motivacional de la norma, causada por el estado de dudas, hace admisible la exculpación.

Así las cosas, en el presente caso, la situación jurídica era susceptible de aclararse objetivamente con posterioridad, pero el recurrente debía actuar en un sentido u otro en un breve plazo de tiempo, encontrándose con información, por así decirlo, transitoriamente incompleta. Como ya hemos indicado *supra*, a nuestro juicio se trata de un caso de falta de dolo o de conciencia del injusto. Pero, a efectos puramente dialécticos y en términos de defensa, aunque se descartara esta calificación y se considerara que se había actuado con “conocimiento eventual de la antijuridicidad”, no puede ignorarse que el cumplimiento de este mandato respecto al cual existían, cuando menos, serias dudas, podía acarrear consecuencias perniciosas: con certeza en relación a la afectación de los derechos de participación, libertad de expresión de los ciudadanos y, con probabilidad, por lo que se refiere a los peligros para la seguridad pública. El recurrente se encontraba pues, ante una inevitable disyuntiva, sin convencimiento de que la suspensión era la alternativa correcta. Así las cosas, se ponderaron las opciones y se eligió la que no implicaba daños a la libertad de voluntarios y ciudadanía deseosos de expresar su opinión, y minimizaba riesgos para el orden público y la paz social, aunque, *ex post*, según la sentencia que impugnamos, se considere que nuestro representado se habría equivocado. Por lo tanto, subsidiariamente, en aplicación del principio regulativo cobijado en el art. 20.5 CP, como causa de exculpación por inexigibilidad, entendemos que sería procedente exonerar de responsabilidad al Sr. Artur Mas.

8. Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de lo esgrimido en anteriores motivos, entendemos que se debieron aplicar a nuestro representado las previsiones relativas al art. 20.5 CP. Por consiguiente solicitamos a esta Excm. Sala que, estimando el presente motivo, revoque la condena por delito de desobediencia y acuerde la libre absolución del recurrente.

**SÉPTIMO MOTIVO DE CASACIÓN.- Por infracción de ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 42 del Código Penal.**

1. En el fallo de la sentencia objeto del presente recurso se impone a nuestro representado una pena, por tiempo de dos años, de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico o estatal, así como para el ejercicio de funciones de gobierno, tanto en el ámbito autonómico como estatal. La extensión de la pena se justifica en párrafo último del F.D. 5º de la sentencia del TSJCat en los siguientes términos:

“El alcance de la pena de inhabilitación especial se fijará en acogimiento de los términos propuestos por las acusaciones, esto es, con proyección de efectos sobre el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito local, autonómico o estatal, así como para el ejercicio de funciones de gobierno tanto en el ámbito autonómico como en el del Estado, **pues en el ejercicio de ese mismo tipo de responsabilidades públicas electivas** se sirvieron todos ellos para la comisión del delito que aquí se les reprocha” [negrita añadida].

Entendemos que este pronunciamiento no es conforme con el art. 42 CP, cuando este estipula que la pena de inhabilitación especial “produce, además, la incapacidad para obtener el mismo [empleo o cargo] u otros análogos, durante el tiempo de la condena”. Dicho precepto, ciertamente perturbador, no es una habilitación *ex lege* de la analogía contra reo en materia penal para ampliar indebidamente los efectos de la pena y exige una interpretación respetuosa con el principio de legalidad. Por eso mismo, en la jurisprudencia se ha exigido una relación directa, una analogía funcional, entre el cargo que se ostenta y objeto de privación con otros futuribles cargos u ocupaciones.

2. Consideramos que el TSJCat no ha respetado estos condicionantes. En primer lugar, porque **el criterio que se dice utilizar como premisa en realidad no permite sostener la conclusión alcanzada**. En efecto, el punto de anclaje para delimitar el alcance de la pena de inhabilitación es el cargo que se estaba desempeñando en el momento de la comisión de los hechos y, más concretamente, las funciones que, según la sentencia condenatoria, habrían sido objeto de pretendido abuso. En el pasaje ya citado se habla simplemente de “ejercicio de responsabilidades públicas electivas”. Sin embargo, en el conjunto de la sentencia queda claro que nuestro representado ha sido juzgado en su condición de Presidente de la Generalitat y en relación al desempeño de las funciones de gobierno inherentes a ella. Ninguna de las actuaciones objeto de la sentencia estaban relacionadas con las atribuciones o funciones propias de un parlamentario u otro puesto electo. Así pues, si el

cargo público sobre el que construir la relación de analogía es exclusivamente el de Jefe del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, a nuestro juicio el art. 42 CP no permite transmutar la pena inhabilitación especial en una supresión genérica del derecho fundamental al sufragio pasivo. En efecto, el art. 42 CP exige una *identidad de razón*, en términos de argumentación analógica, entre el cargo detentado y los cargos sobre los que se proyecta la condena. Más concretamente, para determinar el alcance a la incapacitación establecida en dicho precepto del CP habrá que estarse a la similitud de las funciones y atribuciones de los distintos cargos y empleos que entran en liza en la comparación, en relación al delito cometido, en términos de prevención especial. Y, de acuerdo con estos parámetros, no se observa relación de semejanza directa entre las funciones ejecutivas y administrativas del máximo rector del Poder Ejecutivo de Catalunya, y las funciones encomendadas a un miembro electo integrante del Poder Legislativo en el Parlamento de Catalunya, el Parlamento Europeo o las Cortes Generales. Por supuesto, en la sentencia no se explica en qué consiste esta relación directa, ni qué funciones o cometidos de los distintos se consideran iguales. Y si el criterio implícito es que, desde un cargo electo es posible cometer también un delito de desobediencia del art. 410 CP, la inhabilitación especial quedaría prácticamente equiparada a la inhabilitación absoluta, por cuanto desde cualquier cargo u puesto público es posible cometer un delito de este tipo.

En segundo lugar, en nuestra opinión la decisión del TSJCat es también incorrecta **porque el criterio, no explicitado, que justificaría realmente la decisión adoptada no se ajusta a las exigencias del art. 42 CP.** En efecto, factor común a las tareas de gobierno y las legislativas es que ambas clases de cargos implican el *desempeño de actividades políticas*. Pero eso ya no solo no es una relación demasiado genérica, sino que además implica una confusión de las razones legitimadoras de la analogía del art. 42 CP. El parámetro de semejanza ya no respondería a la similitud de las funciones de los cargos en relación con un riesgo penal de abusos similares sino al riesgo de identidad de fines políticos en el ejercicio de los diversos cargos. En efecto, ya no son las funciones de los distintos cargos relacionadas con el delito concreto cometido el punto conexión para delimitar la extensión de la inhabilitación, sino el riesgo de que en el desempeño en los diversos puestos se persiguieren en el futuro idénticos fines políticos e ideológicos. Esta mezcla de planos explica que los fines preventivos de la pena acaban siendo substituidos por la **inocuidad política** de nuestro representado mediante una interdicción genérica a cargos de elección democrática directa. Ello no solo implica una vulneración de los términos del art. 42 CP y, consiguientemente, del principio de legalidad de las penas, sino una limitación no prevista por el legislador penal de los derechos de participación política y libertad ideológica. En definitiva, admitir como ajustado a la ley penal el alcance que se ha dado a la pena inhabilitación especial no es coherente con la afirmación inicial que se efectúa en la sentencia impugnada según la cual a nuestro representado no se le estaría condenando por poner unas urnas y hacer posible que los



ciudadanos catalanes intervinieran en un proceso participativo sino por una desobediencia a una orden del Tribunal constitucional.

3. Ciertamente, el **legislador electoral español** puede considerar conveniente que ciertas condenas constituyan causas de inelegibilidad, por razones que respondan específicamente a los fines del derecho electoral, tales como el **merecimiento del cargo o la confianza de los electores en su desempeño**. No obstante, esta es una cuestión ajena a la jurisdicción penal y, por ende, al presente motivo, centrado en cuál es el contenido de la pena preestablecida por la ley. Así pues, teniendo en cuenta la clase de funciones involucradas en el presente caso, entendemos que el **legislador penal español** no ha preestablecido en el art. 410.1 CP, en relación con el art. 42 CP, la inhabilitación genérica del derecho de sufragio pasivo. Por consiguiente, no corresponde al juez penal ampliar el ámbito afectado por la inhabilitación especial hasta el extremo de impedir la concurrencia como candidato a los procesos electorales.

Esta parte es plenamente consciente de que este Alto Tribunal, en algunas decisiones recientes, ha considerado que las razones institucionales que acabamos de mencionar pueden ser las razones que inspiran la determinación de la extensión de la pena de inhabilitación en caso de cargos públicos políticos (así, SSTS 259/2015, de 30 de abril y 436/2016, de 23 de mayo, en consonancia con la STC 151/1999). Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica, con otros antecedentes que rechazan las inhabilitaciones genéricas para todo cargo electo (por todas, STS 738/1997, con ulteriores referencias) incluso en la propia doctrina del TC, como se encargó de resaltar el insigne penalista y magistrado del TC Tomás S. Vives Antón en su voto particular a la sentencia del TC antes referida [negrita añadida]:

**“No resulta prima facie admisible decir que todos los cargos públicos electivos sean análogos, como exige el precepto penal aplicado. Y esa primera impresión se refuerza con la lectura de nuestra jurisprudencia, a saber, exactamente, con las Sentencias que la mayoría cita. En efecto, en la STC 80/1987 consideramos análogo a los cargos de Alcalde y Concejal el de Consejero del Cabildo; pero no el de Diputado al Parlamento de Canarias; e igualmente, en la STC 154/1993 dijimos que los cargos de Alcalde y Procurador a las Cortes de Castilla y León no son análogos en virtud de su distinto ámbito territorial y la evidente diferencia de funciones. La afirmación contraria, que realiza la Sentencia de la que disiento, no solo reduce materialmente el ámbito del derecho reconocido al recurrente en el art. 23.2 C.E., sino que lo desconoce también formalmente, pues la previsibilidad de las medidas restrictivas de un derecho fundamental constituye una de las primeras exigencias dimanante del mismo (STC 49/1999, fundamento jurídico 5º). Por todo ello hubiera resultado procedente, en mi opinión, el otorgamiento del amparo”.**

Por tanto, creemos que es pertinente someter nuevamente la cuestión al juicio de esta Excm. Sala. Es necesario distinguir las razones en clave de analogía funcional que, de acuerdo con el principio de *lex certa*, modulan el alcance de la pena de inhabilitación especial de otras limitaciones al derecho de participación política que, desde la perspectiva de las funciones y necesidades de los órganos de participación, puedan imponerse a través del Derecho electoral.

4. Así, pues, por todo lo expuesto, en nuestra opinión no es ajustado a la ley la mención “todo el ejercicio de cargos públicos electivos ya sean de ámbito local, autonómico o estatal” que se efectúa en el fallo de la sentencia impugnada. Se solicita pues la estimación del recurso y el dictado de una nueva sentencia en la que suprima la mención indicada.

#### **OCTAVO MOTIVO DE CASACIÓN - Por infracción de ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 50.5 del Código Penal.**

1. En el fallo de la sentencia objeto del presente recurso se impone a nuestro representado una pena de multa de doce meses con una cuota diaria de 100 euros, lo que implica un monto total de 36.000 €. El importe de la cuota se justifica en el penúltimo párrafo del F.D. 5º de la sentencia del TSJCat en los siguientes términos:

“Las penas económicas, así fijadas ya en el marco temporal, en el económico deberán establecerse en los valores reclamados por las acusaciones, en este caso para estar a la de menor relieve cuantitativo, como resulta ser la petición de las acusaciones populares, de cien euros por cada una de las cuotas a imponer, **puesto que ninguna impugnación de contrario se ha desplegado en el juicio frente a ella y que, atendiendo a la formación y cualificación profesional de todos ellos, estimamos de imposición justa, a riesgo de hacer perder a la pena su eficacia preventiva**” [negrita añadida].

Entendemos que este pronunciamiento no es conforme a los parámetros para la fijación del valor de la cuota diaria establecidos legalmente en el ap. 5 del art. 50.5 CP :

5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

2. Nuestra reclamación se sustenta, primeramente, en que con uno de los criterios empleados, el hecho de que no se hubiese desplegado en el juicio ninguna impugnación por parte de la defensa en contra de la petición de las acusaciones populares, se está imponiendo la carga de la prueba de la situación económica a la propia parte acusada y se utiliza su silencio como criterio para validar una mera petición de la acusación que simplemente ha sido formulada, sin fundamentarla en elemento alguno. En nuestra opinión, se esta manera se **vulnera la presunción de inocencia y el derecho a no declarar y a guardar silencio**. En efecto, se debe fijar la cuota, cuando menos, de acuerdo con aquellos hechos y datos incontrovertidos que consten en la causa y no mediante un supuesto asentimiento tácito de las defensas frente a la simple invocación de una cantidad, sin motivación alguna, por parte de la acusación.

3. En segundo lugar, entendemos que la razón aducida para considerar “justa” la fijación de la cuota, esto es, que una cuota inferior implicaría hacer perder a la pena su **eficacia preventiva**, es un criterio contrario a la clara previsión estipulada en el art. 5o.5 CP consistente en que la cuota se establece teniendo en cuenta **exclusivamente la situación económica** del reo. En efecto, el sistema de días-multa o multa por cuotas adoptado por el CP implica obligatoriamente que el proceso de determinación de la pena se estructure en dos fases, sucesivas y completamente independientes una de otra. En la primera fase, se establece el número de cuotas de acuerdo con la gravedad del hecho, culpabilidad del sujeto y el resto de elementos penológicamente relevantes, exactamente igual como acontecería en la concreción de la extensión de cualquier otra clase de pena. En cambio, en la segunda fase, la determinación de la cuantía de la cuota se efectúa utilizando un criterio rector que ya no tiene nada que ver con el merecimiento de pena o la satisfacción de necesidades preventivas de sanción, sino *exclusivamente*, tal como enfatiza la Ley, con la situación económica. Por tanto, la supuesta necesidad preventiva de la pena que se invoca en la resolución objeto del presente recurso no sería un criterio admisible para suplir, substituir o complementar la operación de fijación del valor de la cuota de la pena de multa. De hecho, si extrapolásemos este criterio de necesidad preventiva y lo aplicáramos a cualquier error, omisión o irregularidad cometido por un tribunal, quedaría reducido a la nada el sistema de garantías construidas en torno del Derecho penal.

4. Por último, consideramos que no se ha respetado lo preceptuado en el último inciso del art. 5o.5 CP. No se ha realizado durante la prolongada instrucción ningún esfuerzo para indagar el más ínfimo dato acerca de la situación patrimonial y el nivel de ingresos del Molt Hble. Sr. Artur Mas, así como tampoco de las Hbles. Sras. Joana Ortega e Irene Rigau. Tampoco durante la semana de juicio oral se ha producido actividad probatoria alguna al respecto. Así las cosas, no se alcanza a comprender por qué la absoluta inactividad, si no desidia, en el cumplimiento de los exigencias legales en la obtención de la información económica acaba siendo recompensada con una

fijación de una cuota por el **respetable importe de 3.000 € mensuales**, que no es precisamente una cantidad que se mueve en la “zona baja”. Todo ello, efectuado sin contar con el mas remoto indicio de la patrimonial personal de nuestro patrocinado ni ninguna base mínimamente concreta de su nivel de ingresos y demás circunstancias personales

La supuesta individualización de la cuota, que casualmente ha arrojado un resultado idéntica en todos los casos, dice haberse efectuado de acuerdo con su “formación y cualificación profesional”. Estos parámetros, genéricamente, casi nada nos dicen sobre la situación económica real de una persona y, en el caso presente, ni siquiera llegan a singularizarse y concretarse en modo alguno. El tribunal *a quo* opera con una simple presunción genérica de una cierta solvencia económica que no permite explicar mínimamente porque la cuota se fija precisamente en la considerable suma de 100 € diarios, esto es, cincuenta veces la cuota mínima, y no, por ejemplo, en 25, 50, 75 € ó, incluso 200 € diarios. Una base estimativa tan evanescente que admite tamaña imprecisión no parece que pueda superar el estándar de interdicción de arbitrariedad en la determinación de la pena exigible en un Estado de Derecho. Creemos que no tiene mucho sentido un sistema que admita embutir trabajosamente en un corsé garantista los presupuestos de la imposición de la pena para, acto seguido, dejar el *quantum* de la pena al albur.

5. Ciertamente, la jurisprudencia del TS<sup>43</sup> ha establecido que la investigación patrimonial no tiene que ser exhaustiva; además, cuando se trata de cuotas no considerables, se ha mostrado muy flexible tanto en relación a la necesidad de motivación como sobre la calidad de los indicios de capacidad económica. En cambio, parece que el TC<sup>44</sup> o el propio TS en otras resoluciones<sup>45</sup> ha sido algo más exigente al respecto. No obstante, en el presente caso, el relevante valor objetivo de la cuota, el uso de criterios improcedentes y la carencia de una base mínimamente determinada sobre la que efectuar motivadamente una estimación de la situación económica, cuando, atendida la naturaleza y circunstancias del procedimiento, ello era perfectamente factible, deberían conducir, a nuestro juicio, en caso de mantenerse una resolución condenatoria, a la casación de la sentencia en este punto. Y, para evitar un dilaciones injustas no atribuibles a esta parte, y dado que esta Excm. Sala dispone de la misma ausencia de datos y elementos de juicio que en su momento el TSJCat, solicitamos que se dicte una nueva resolución en la que, atendidas las circunstancias, se imponga la cuota en una cuantía que no precise de fundamentación alguna.

---

<sup>43</sup> Por todas, STS 419/2016, de 18 de mayo.

<sup>44</sup> SSTC 108/2001, de 23 de abril, 170/2004, de 18 de octubre y 108/2005, de 9 de mayo.

<sup>45</sup> Así, STS 1152/1998 de 3 octubre.

**NOVENO MOTIVO DE CASACIÓN.-** Con cauce procesal en el art. 852 de la LECrim, puesto en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, alegamos vulneración de los arts. 16, 20 y 23 CE

1. Aunque respetando el orden de la lógico de la sistemática casacional, los motivos por infracción de precepto constitucional deben plantearse en primer lugar, creemos que en el presente caso, su carácter es básicamente residual, en el sentido de que puede quedar sin contenido o muy matizado de apreciarse alguno de los motivos anteriores, por lo que, tal vez indebidamente, lo hemos ubicado en último lugar.

De entrada, confiamos en que habrá quedado ya sin objeto el presente motivo por la estimación de algunos de los anteriores. Sin embargo, si esta Excm. Sala considera que los remedios ordinarios del Derecho y la dogmática penal no pueden ofrecer una solución técnica en sentido absolutoria al presente caso y que, desde tal perspectiva, la condena resulta obligada, creemos que siguen persistiendo razones para anular la sentencia impugnada. En efecto, la condena produce una afectación de derechos fundamentales, tanto de los recurrentes como de un número muy significativo de ciudadanos, lo suficientemente grave como para incurrir en vicio de inconstitucionalidad. Nos referimos a los derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), de expresión (art. 20.1 CE) y a la participación en asuntos públicos y acceso a cargos públicos (art. 23 CE).

Antes de entrar en la afectación en concreto, es preciso una breve reflexión acerca del valor y sentido de los elementos que entran en liza, a los efectos de realizar las correspondiente ponderaciones. Se trata de consideraciones que ya han vertebrado la mayoría de los motivos precedentes.

2. De entrada parece ignorarse que en este asunto existe **un primer y gran aspecto valioso**. En efecto, para los 2.350.000 catalanes que se involucraron en el proceso, sus actos de preparación ejecución y participación en el mismo no solo eran lícitos, sino que constituían un legítimo y masivo ejercicio de derechos fundamentales como los de libertad ideológica, de expresión, de manifestación o el derecho de participación directa en asuntos públicos. Y, además de por su valor individual (que, por adición, alcanza cotas impresionantes), desde la dimensión institucional de tales derechos fundamentales existía un interés objetivo en que fueran efectivamente ejercidos por los ciudadanos.

En cambio el Tribunal *a quo* solo presta atención a **un aspecto disvalioso** presente en el comportamiento de nuestro patrocinado en tanto que lesión del bien jurídico del delito del desobediencia, esto es, el cumplimiento de las

resoluciones judiciales. Sin embargo, ya hemos visto que, en cualquier caso, el interés vulnerado se encarna esta vez en una resolución de mínimo contenido jurisdiccional, sin intervención efectiva de TC y forzada por el Gobierno del Estado, en el marco de un pulso político con la Generalitat de Catalunya. Pero no se repara en que, sin perjuicio de lo anterior, existe un **segundo aspecto valioso en el comportamiento de los procesados**. En efecto, las conductas del President Mas y de las Conselleres Ortega y Rigau, aunque sean consideradas penalmente ilícitas por el TSJCat, se desenvuelven claramente en el ámbito material del desempeño de un cargo público político y se orientan a posibilitar (y, en otros momentos no impedir) el ejercicio de derechos fundamentales básicos por parte de los ciudadanos en condiciones de libertad, igualdad y seguridad.

3. Así las cosas, la afectación de los mencionados derechos fundamentales mediante la imposición de una condena se produce por tres vías distintas.

En primer lugar existe un sacrificio desmesurado del derecho a la participación en asuntos públicos y al acceso a cargos públicos de nuestro representado, fruto de la desproporción de la pena impuesta en relación la gravedad del hecho<sup>46</sup>. La vulneración sería producto, por un lado, de desvalorar excesivamente la conducta típica, a pesar de las características de la resolución y su contexto de emisión; y, por otro parte, de desdeñar por completo el valor de salvaguarda de intereses legítimos indicado anteriormente que poseía la conducta enjuiciada. El resultado final es la imposición de una pena excesiva, tanto por lo que se refiere a los efectos y amplitud de la inhabilitación especial y como por el valor de la multa.

A ello debe unírsele la abusiva causa de inelegibilidad que impone la legislación electoral aunque la sentencia condenatoria no sea firme, lo que, salvo que pueda repercutirse con posterioridad a la pena, supone una forma encubierta de castigo adicional por el mero hecho de hacer uso del derecho al recurso.

En segundo lugar, implica otra vuelta de tuerca en la restricción de los derechos de participación directa en los asuntos públicos y la libertad ideológica y de expresión de millones de ciudadanos que observan como se les impide la posibilidad de expresarse de manera políticamente relevante. Tras haberse abortado hasta cinco vías distintas para conseguirlo, esta vez se impide penalmente que se faciliten las condiciones necesarias para que los derechos individuales se hagan efectivos.

Y, en tercer lugar, porque la doctrina sobre el delito de desobediencia que destila la STSJCat, singularmente en relación a las resoluciones del Tribunal

---

<sup>46</sup> Ciertamente esta afectación pudo haber quedado eliminado mediante la apreciación de nuestros motivos relativos a la falta tipicidad y al estado de necesidad o ser mitigados de estimarse los motivos en materia de penas.

Constitucional, genera un contorno muy impreciso de los límites objetivos de aplicación del delito. Bajo esta luz, la amenaza de sanción penal proyecta una larga sombra más allá del núcleo del tipo, generado zonas grises en las que se **desalienta el ejercicio legítimo del derecho de participación y de acceso y desempeño de cargos públicos**, tanto a quienes se dedican habitualmente a la política, como a numerosos funcionarios y la ciudadanía en general.

Así pues, a nuestro juicio, la suma de todos estos factores, alcanza la masa crítica necesaria para considerar que la aplicación de la pena en el presente caso ocasiona un sacrificio desproporcionada de derechos fundamentales que invalidan la condena impuesta.

4. Como epílogo debemos recordar que en la sentencia impugnada se afirmaba que el President y dos de las Conselleres no fueron juzgados por haber colocado unas urnas. Tal vez ello sea verdad, aunque somos escépticos al respecto, tal como hemos intentado demostrar a lo largo de todos los motivos de este recurso. En cualquier caso, lo que, a nuestro juicio, resulta tan o más preocupante es que en la sentencia impugnada no se otorgase ningún valor a “colocar una urnas”, ni a que decenas de miles de voluntarios se sacrificaran altruistamente en la organización de un proceso de participación o a que 2.350.000 ciudadanos lograran manifestar, en una ejemplar diada cívica, solidaria y pacífica, sus opiniones, ideas y propuestas sobre el futuro de su país.

En consecuencia, de no haber prosperado los motivos anteriores, se solicita a esta Excma. Sala que, estimando las presentes alegaciones, se acuerde la anulación de la sentencia impugnada y proceda al dictado de un fallo absolutorio.

En virtud de todo lo expuesto,

**SUPLICO A LA SALA:** que teniendo por presentado este escrito junto con sus copias, designa, certificación de la Sentencia y cédula de emplazamiento tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación en nombre de mi representado, Molt Hble Sr. Artur Mas i Gavarró, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el día 13 de marzo de 2017 y, tras su correspondiente tramitación, case y anule la mencionada Sentencia, reemplazándola por otra más ajustada a Derecho en los términos interesados en el cuerpo del presente escrito.

**OTROSÍ PRIMERO DIGO:** con el objeto de asegurar la imparcialidad objetiva de los juzgadores, se abstengan de conocer el presente recurso los Excmos. Sres. Magistrados que formaron en su día la Sala que dictó la sentencia núm. 177/2017, así como el Excmo. Sr. Magistrado instructor de la referida causa, puesto que esta versó, al menos en parte, sobre los mismos hechos que los que tiene por objeto el presente procedimiento.

Por lo que **SUPLICO A LA SALA** que tenga por efectuada la anterior petición y resuelva de conformidad.

**OTROSÍ DIGO, SEGUNDO,** que a los efectos previstos en el art. 44.I.c) de la LOTC esta parte invoca formalmente vulneración de los artículos. 14, 16, 20, 23, 24.1 y 2 y 25.1 CE.

Por lo que **SUPLICO A LA SALA** que tenga por efectuada la anterior petición a los efectos legales oportunos.

Es Justicia que respetuosamente pido en Madrid, a veintiocho de abril de 2017



**JAVIER MELERO**  
ICAB 17794