

**A LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

El Fiscal, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los arts. 105 y 271 LECrim, por medio del presente escrito se persona ante la Sala y formula querrela criminal por la posible comisión de los delitos de desobediencia, usurpación de atribuciones judiciales (contra la división de poderes), prevaricación y malversación de caudales públicos, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación expone:

I

QUERELLADOS

La acción penal se dirige contra D. Artur Mas i Gavarró, Presidente del Gobierno de la Generalitat, D^a Joana Ortega i Alemany, Vicepresidenta del Gobierno de la Generalitat, y D^a Irene Rigau i Oliver, Consejera de Educación, en razón de las decisiones y actos adoptados en el ejercicio de su cargo que a continuación se exponen, sin perjuicio de que la imputación pueda extenderse a otras autoridades y cargos públicos en función del resultado que pueda arrojar en el futuro la instrucción judicial.

II

COMPETENCIA

Es competente para el conocimiento de la querrela la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de acuerdo con el foro personal instituido para los miembros del Gobierno de la Generalitat en el art. 70 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006 de 19 de julio), bajo la rúbrica *Estatuto personal de los miembros del Gobierno*, cuyo apartado segundo literalmente dice que *corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidir sobre la inculpación, el procesamiento y el enjuiciamiento del*

Presidente o Presidenta de la Generalitat y de los Consejeros. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

III

HECHOS

El día 9 de noviembre de 2014 se celebró en Cataluña, así como en otras ciudades situadas fuera del territorio nacional, una consulta planificada, auspiciada y financiada por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, que convocó a todos los españoles con vecindad administrativa en Cataluña mayores de 16 años de edad, así como a los extranjeros, tanto comunitarios como extracomunitarios, residentes en el territorio de dicha Comunidad Autónoma que cumplieran los requisitos de permanencia previamente establecidos, a pronunciarse mediante voto escrito y secreto sobre si Cataluña debía constituirse en un Estado, y sobre si ese Estado debía ser independiente de España.

La convocatoria se articuló principalmente a través de la página web www.participa2014.cat que ha servido de punto institucional de referencia para fomentar la participación ciudadana en la consulta, recabar la colaboración de quienes desearan tomar parte activa en la organización y desarrollo del evento en calidad de voluntarios, facilitando la inscripción previa en un registro, y para mantener permanentemente informado al público en general sobre los requisitos de la participación en el proceso, puntos de votación, papeleta oficial a utilizar –en formato descargable–, y otras cuestiones relacionadas con el proceso participativo.

Esta convocatoria, denominada proceso de participación, había sido suspendida por el Tribunal Constitucional reunido en Pleno, en virtud de la Providencia de 4 de noviembre de 2014 (BOE núm. 268 de 5 de noviembre de 2014) dictada en el procedimiento constitucional de impugnación nº 6540/2014, actualmente en trámite.

El contenido de la orden de suspensión no dejaba margen alguno a la duda: afectaba con carácter general a toda actuación que contribuyera a impulsar el que se vino en llamar “proceso de participación” señalado para el día 9 de noviembre –y sucesivos- por medio de la citada página web www.participa2014.cat, incluyendo igualmente en el radio de acción de la interdicción judicial las actuaciones que no se hubieran formalizado jurídicamente, precisamente para prevenir actuaciones materiales en fraude de ley o vías de hecho buscadas intencionadamente para impedir su eventual impugnación.

El Gobierno de la Generalitat, personado como parte en dicho proceso y conocedor de sus obligaciones, desplegó sin embargo una conducta incompatible con el contenido de dicha resolución, pues el proceso prosiguió hasta su consumación del día 9 de noviembre de 2014. En los actos de impulso han participado de manera personal y directa los querellados.

Hay razones, además, para estimar que el proceso participativo del 9 de noviembre no fue sino la realización, por otros medios, del designio original de celebrar una consulta de naturaleza materialmente referendaria igualmente suspendida por el TC.

El Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, *de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana*, que fue publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (en adelante DOGC) del día 27 de septiembre de 2014 (núm. 6715).

El mismo día 27 de septiembre se publicó en el DOGC el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, *de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña*, que promovió la celebración de una consulta popular en el ámbito de la Comunidad Autónoma al que se llamó a todo el cuerpo electoral -ampliado a los mayores de dieciséis años y a los ciudadanos extranjeros que cumplan determinados requisitos y tiempo de residencia en la Comunidad Autónoma-

para que se pronuncien sobre si Cataluña debe ser un Estado y, en caso afirmativo, si debe constituirse en un Estado independiente.

El Decreto fijó como fecha de celebración de la consulta el 9 de noviembre de 2014 (art. 1) y la pregunta a responder, en su artículo 3, quedaba redactada en los siguientes términos:

<<Pregunta

En la consulta se formula una primera pregunta y una segunda pregunta sucesiva, en los términos siguientes:

- a) ¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?
 - Sí
 - No

- b) En caso afirmativo:
 - ¿Quiere que sea un Estado independiente?
 - Sí
 - No

Únicamente se puede responder a la pregunta de la letra b) en el caso de haber respondido "Sí" a la pregunta de la letra a).

La consulta se formula en las lenguas oficiales en Cataluña>>.

El Gobierno de la Nación interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3 a 39, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final primera de la Ley 10/2014. El recurso fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 29 de septiembre de 2014 (número de asunto 5829/2014), en la que asimismo se acordó, al amparo del art. 161.2 de la Constitución y del art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados desde el mismo día 29 de septiembre de 2014 para las partes del proceso y desde la publicación de la providencia en el Boletín Oficial del Estado para los terceros. La orden de suspensión se hizo extensiva a "cuantos actos o resoluciones hayan podido dictarse en aplicación de los mismos". La parte dispositiva acordó igualmente "comunicar a los Presidentes del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña la presente providencia" y "publicar la incoación del proceso en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya".

El Gobierno de la Nación impugnó asimismo ante el Tribunal Constitucional el Decreto 129/2014 de convocatoria de la consulta por el trámite del Título V de la LOTC. La impugnación fue admitida a trámite mediante providencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2014 (número de asunto 5830/2014). La citada providencia suspendió al amparo del art. 161.2 de la Constitución y 77 LOTC el Decreto impugnado y sus Anexos desde el 29 de septiembre para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros, así como las restantes actuaciones de preparación para la convocatoria de dicha consulta o vinculadas a ella. Se acordó igualmente comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la providencia y publicar la incoación del proceso en el Boletín Oficial del Estado y en el DOGC.

Las dos resoluciones del Tribunal Constitucional fueron publicadas en el Boletín Oficial del Estado del día 30 de septiembre de 2014 (núm. 237).

El Gobierno de la Generalitat perseveró en su empeño de llevar a cabo la consulta en la fecha indicada y con la misma pregunta, a cuyo fin adoptó las decisiones pertinentes para constituir los órganos de la administración electoral previstos en la ley suspensa y mantuvo públicamente la campaña de llamamiento a la participación de la ciudadanía en la consulta programada.

De este modo, el querellado Don Artur Mas i Gavarró nombró mediante Decreto 132/2014, de 2 de octubre, publicado en el DOGC de 3 de octubre de 2014, a los miembros de la Comisión de Control de las Consultas Populares no Referendarias que habían sido previamente designados en el Parlament. A los pocos días uno de los miembros de la citada Comisión presentó su dimisión por entender que el proceso no ofrecía garantías democráticas.

La Comisión de Control se reunió en sesión constitutiva el día 5 de octubre de 2014 y al amparo del art. 16.4 de la suspensa Ley 10/2014 designó a los componentes de las Comisiones de Seguimiento correspondientes a cada una de las Delegaciones Territoriales del Gobierno de la Generalitat.

Estas Comisiones de Seguimiento se componen de cinco miembros designados entre juristas y politólogos de reconocido prestigio: dos a propuesta del Consejo de la Abogacía Catalana, uno a propuesta del Colegio de Politólogos de Cataluña, uno a propuesta del Consejo de Gobiernos Locales y uno a propuesta del Gobierno. En concreto, se nombraron 34 miembros de 7 Comisiones de Seguimiento: del Alto Pirineo y Aran, de Barcelona, de Cataluña Central, de Girona, de Lleida, del Campo de Tarragona y de las Tierras del Ebro.

Las Comisiones de Seguimiento, a diferencia de la Comisión de Control que es un órgano estable con un mandato temporal determinado, son órganos temporales de la administración electoral constituidos *ad hoc* para llevar a término una consulta concreta, en este caso la consulta del 9 N, por lo que su nombramiento quebrantaba el mandato suspensivo del TC.

Según el art. 17.1 de la suspensa Ley 10/2014, sus funciones son:

- Garantizar el buen desarrollo de las fases de la consulta de acuerdo con la normativa, las reglas específicas de la consulta y los criterios interpretativos fijados por la Comisión de Control.
- Efectuar las operaciones de recuento, levantar acta de los resultados que le corresponden e informar de ello a la Comisión de Control.
- Resolver las quejas, consultas o incidencias que se planteen en su ámbito territorial con relación a todo el proceso de la consulta en el plazo de tres días.
- Nombrar a representantes, a propuesta de las asociaciones y organizaciones interesadas, para que estén presentes en los actos de constitución de las mesas de consultas, en la votación y en el recuento provisional y final.

- Las demás que le encomienden la Comisión de Control y la normativa vigente.

El querellado D. Artur Mas i Gavarró, procedió a efectuar al nombramiento de los miembros de las Comisiones de Seguimiento mediante el Decreto 133/2014, de 6 de octubre, que publicó el DOGC del día 7 de octubre de 2014.

Constituidos los órganos superiores de la administración electoral conforme a las previsiones de la Ley 10/2014, el querellado D. Artur Mas i Gavarró declaró en comparecencia pública que “el Govern mantiene el objetivo de celebrar la consulta del 9 de noviembre (...) nos acogeremos a marcos jurídicos preexistentes, que nos atribuyen competencia en materia de participación ciudadana”.

Esta convocatoria se formaliza y difunde en la página web institucional más arriba citada que incorporaba un vídeo que reproducía las declaraciones del President y un anuncio en los siguientes términos: “El día 9 de noviembre de 2014, el Govern de la Generalitat de Catalunya abre un proceso de participación ciudadana en el que convoca a los catalanes y las catalanas y a las personas residentes en Catalunya a que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Catalunya”.

Con esta decisión, de indudable trascendencia jurídico-administrativa, el querellado pone en marcha un “proceso de participación ciudadana” que se va a desarrollar con la estructura de urnas, mesas y papeletas característica de los procesos electorales, y en el que los convocados (ciudadanos catalanes y residentes en la Comunidad) son llamados a expresar su voluntad política sobre el futuro de Catalunya bajo el modelo de las mismas preguntas establecidas en el Decreto de convocatoria de 27 de septiembre pasado.

En esta nueva modalidad no se usarían registros previos de población, sino que quienes acudieran a votar se registrarían el mismo día de la votación presentando su DNI o los documentos oficiales de identificación

específicamente determinados para acreditar su condición administrativa de catalanes o de residentes en Cataluña.

Los órganos de la administración electoral emanados de la Ley 10/2014 – Comisión de Control y Comisiones de Seguimiento- permanecen ahora silentes, al tiempo que se crea un Consejo Nacional de Participación con funciones de garantía del proceso.

En definitiva, el Gobierno de la Generalitat, en cumplimiento de su designio original de celebrar una consulta materialmente referendaria sobre el destino político de Cataluña el 9 de noviembre de 2014, y conforme a las preguntas prefijadas, con el único y exclusivo fin de eludir el control jurisdiccional que hasta entonces se lo había obstaculizado, adoptó una nueva estrategia: la de impulsar el mismo proceso mediante actos jurídicos no formalizados y actos materiales de impulso, estableciendo una vía de comunicación con la ciudadanía por medio de la página web institucional www.participa2014.cat.

Actuaciones de interés para la causa son las convocatorias oficiosas cursadas vía correo electrónico por autoridades territoriales del Departament d'Ensenyament de la Generalitat, bajo la dirección de la querellada Doña Irene Rigau i Oliver, a directores de Institutos de enseñanza media para la celebración de reuniones en las que se solicitó una colaboración consistente en la cesión de locales de sus centros los días 8 y 9 de noviembre, para la instalación de las mesas electorales y el desarrollo de la convocatoria.

El 22 de octubre de 2014 se insertó en la página web www.participa2014.cat un *banner* específico, “información para los voluntarios de equipamientos”, que remitía al formulario para la solicitud de inscripción como voluntario de equipamiento a los centros docentes.

Se trataba con estas medidas de habilitar espacios físicos y equipos personales para materializar la consulta.

Asimismo, las papeletas usadas en la consulta y en las que recogen literalmente las preguntas de la convocatoria inicial (art. 3 Decreto 129/2014) fueron confeccionadas en la imprenta del Centro de Iniciativas para la Reinserción (CIRE) instalada en el Centro Penitenciario de Ponent. Esta imprenta se encargó de la elaboración de todo el material necesario siguiendo instrucciones del Gobierno autonómico: sobres, papeletas, instrucciones para los componentes de las mesas electorales, hojas de recuento, urnas, etc. Los presos desarrollaron voluntariamente jornadas de doce horas de trabajo tanto el sábado 18 de octubre como el domingo 19 de octubre, urgidos por el Gobierno autonómico. Culminada la tarea, el Gobierno de la Generalitat pasó a disponer de seis millones de papeletas, suficientes para posibilitar la participación de todo el cuerpo electoral de Cataluña en la programada consulta, así como de las urnas necesarias para proveer las mesas electorales previstas.

El 22 de octubre de 2014 se presentó públicamente el dispositivo del proceso de participación. El 23 de octubre el Gobierno de la Generalitat anunció que había habilitado 6.430 mesas en 938 de los 947 municipios catalanes, y que habría 1.255 puntos de votación en todas las comarcas. El 27 de octubre el Gobierno amplió el número de mesas habilitadas a 6.434 en 942 de los 947 municipios catalanes de modo que se establecieron 1.259 puntos de votación en todas las comarcas.

El 30 de octubre de 2014 el Gobierno autonómico exigió, vía correo electrónico, a las emisoras de radio privadas que emiten en Cataluña y a las cadenas privadas de televisión con sede en esa Comunidad la difusión gratuita de los anuncios de la campaña informativa de la consulta. Algunas de estas emisoras se negaron a cumplir el requerimiento ante las legítimas dudas de legalidad que tal pretensión les suscitaba.

El día 31 de octubre de 2014 el Gobierno de la Nación impugnó ante el TC las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria del denominado “proceso de participación ciudadana” contenida en la página web <http://www.participa2014.cat>, y los restantes actos de preparación, realizados o

procedentes, para la celebración de la consulta, así como cualquier otra actuación, aun no formalizada jurídicamente, vinculada a dicha consulta, lo que hizo por la vía del procedimiento de impugnación de disposiciones autonómicas del Título V LOTC, y subsidiariamente como planteamiento de un conflicto positivo de competencia, lo que llevó al dictado de una nueva resolución, la providencia del TC de fecha 4 de noviembre de 2014 (número de asunto 6540/2014) que admitió a trámite el escrito de planteamiento de la impugnación y conflicto y acordó, al amparo del art. 161.2 de la Constitución, la suspensión de los actos impugnados desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros, “así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella”.

Los actos jurídicos y materiales adoptados por el Gobierno de la Generalitat e impulsados por el querellado Don Artur Mas i Gavarró, y los otros querellados, tendentes a lograr a toda costa la celebración de la consulta, se prolongaron después de la providencia de 4 de noviembre.

Tras el 4 de noviembre, la página web www.participa2014.cat en la que se contenía toda la información y las instrucciones precisas para votar, lejos de ser clausurada para dar cumplimiento a la providencia del Tribunal Constitucional, se mantuvo deliberadamente activa para hacer posible el desarrollo del proceso de votación.

El día 5 de noviembre de 2014 el querellado Don Artur Mas i Gavarró hizo unas manifestaciones públicas, recogidas por diversos medios de comunicación, en el desayuno informativo organizado por Forum Europa, que anunciaban su voluntad de desacatar el nuevo mandato del TC:

“Llamo a que todo el mundo participe el 9 de noviembre definiendo su posición personal sabiendo que con su participación defiende a un país entero independientemente de su ideología”.

Ese mismo día, haciendo uso de los servicios de la entidad mercantil Unipost S.A., especializada en envíos masivos de correspondencia, los querellados hicieron llegar una carta con el membrete oficial de la Generalitat de Cataluña a los ciudadanos catalanes exhortándoles a participar en la consulta del 9 N en la que se citaba la anterior página web www.participa2014.cat como fuente de información y punto virtual de referencia para dar a conocer a la ciudadanía la forma y los medios preordenados por el Gobierno autonómico para facilitar su participación en el proceso.

La distribución de las urnas por la geografía catalana, que se había iniciado el día 3 de noviembre de 2014 bajo la coordinación y supervisión del Gobierno autonómico, siguió su curso.

La víspera del 9 de noviembre se franqueó el acceso a un número no determinado de Institutos, Colegios y centros oficiales dependientes de la Generalitat, ubicados dentro y fuera de Cataluña, a los delegados y equipos de voluntarios previamente inscritos en el registro de voluntarios avalado por el Gobierno de la Generalitat, que tomaron posesión de dichos espacios para instalar las mesas electorales, equipos informáticos y demás elementos materiales precisos para la realización de la consulta.

El 9 de noviembre de 2014 a las 9 horas los puntos de votación abrieron sus puertas al público y se dio comienzo a la jornada. El Gobierno de la Generalitat asumió como propio el proceso de participación que se iba desarrollando. El querellado Don Artur Mas i Gavarró, en el momento de depositar su voto, hizo constar ante los medios de comunicación que el responsable de la jornada era él mismo y su gobierno.

Las votaciones se desarrollaron tanto dentro como fuera del territorio español, y conforme a lo previsto en la página web www.participa2014.cat –enlace *on hi puc participar*- se instalaron puntos de votación en las ciudades de Berlín, París, Bruselas, Londres y Nueva York, concretamente en las dependencias oficiales de las delegaciones que el Gobierno de la Generalitat mantiene abiertas en esas capitales. También se instalaron puntos de votación en las

ciudades de Buenos Aires, Tokio, Sídney, Montreal, México D.F., San José (California, USA), Milán, Bogotá, Hong Kong, Sao Paulo, Copenhague y Santiago de Chile, concretamente en las sedes de la Agencia para la Competitividad de la Empresa de la Generalitat de Catalunya (Acció). Asimismo se instalaron puntos de votación en Andorra y Perpiñán.

La asunción por parte del Gobierno de la Generalitat de las tareas propias del proceso de participación suspendido por el TC se evidenció de manera manifiesta en la actividad de la querellada Doña Joana Ortega i Alemany, que el mismo día de la votación, en su calidad de Vicepresidenta del Gobierno de la Generalitat, compareció de manera oficial en varias ocasiones ante los medios de comunicación convocados a tal efecto en el centro de prensa habilitado para la ocasión en el recinto ferial de Montjuic, en el que aparecían claramente visibles el escudo y símbolos oficiales del Gobierno autonómico, para dar cuenta de los datos de participación y de los resultados de un proceso suspendido constitucionalmente. El Gobierno autonómico oficializaba así como propia la asunción del desarrollo de todo el proceso consultivo.

En conclusión, las decisiones y actos, jurídicos y materiales, del Gobierno de la Generalitat más arriba descritos, han producido como efecto material la completa ineficacia de los mandatos de suspensión cautelar contenidos en las providencias dictadas por el TC los días 29 de septiembre y 4 de noviembre de 2014 en los procedimientos constitucionales ya referenciados en todo el ámbito territorial al que extiende su competencia el citado Gobierno.

Por otro lado, en ejecución del plan trazado para llevar a cabo la consulta proyectada, con incumplimiento de forma consciente de la suspensión taxativa y rotunda del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre, las personas contra las que se dirige la acción penal, como miembros del Gobierno de la Generalitat, ordenaron actos que generaron gastos al erario público.

Así, se han producido gastos en informática y telecomunicaciones, en elaboración de material y en difusión institucional.

Igualmente en ejecución de la consulta suspendida se han generado gastos al erario público, al mantener abierta y en funcionamiento la web creada específicamente para informar de la consulta del 9 de noviembre.

Del mismo modo se ha incurrido en gasto de recursos públicos al haberse procedido el día 9 de noviembre a la apertura de institutos y edificios públicos, dependientes del Departamento de Enseñanza de la Generalitat y al haberse procedido a la apertura de delegaciones de la Generalitat en el extranjero, para la realización de la consulta suspendida.

La Generalitat de Cataluña ha incurrido igualmente en gasto de fondos públicos al poner a disposición de la realización de la consulta suspendida funcionarios públicos y al cuerpo de los Mossos d'Esquadra. En relación con el cuerpo de los Mossos d'Esquadra, los funcionarios que libraban el domingo día 9 recibieron cuatro días antes órdenes de sus superiores jerárquicos para que se presentaran el día de la consulta en sus puestos de trabajo.

Igualmente la empresa de mensajería y servicios postales Unipost ha distribuido buzón por buzón la propaganda electoral con la que el Gobierno autonómico pretendía animar a “los catalanes y catalanas” a pronunciarse “sobre el futuro político de nuestro país” el 9-N. Tanto en el sobre como en la papeleta figura como único membrete institucional el de la Generalitat de Catalunya, por lo que cabe inferir que los gastos derivados del “buzoneo” han sido a cargo de la misma.

La cuantificación del dinero público gastado en la preparación y ejecución de la consulta suspendida deberá ser objeto esclarecimiento en el procedimiento judicial. En diversos medios de comunicación se publicó que el presupuesto de la campaña de publicidad institucional rondaba los 9 millones de euros.

En definitiva, las personas contra las que se dirige la acción penal han dispuesto de fondos públicos en cuantía aún indeterminada para consumir la desobediencia a la suspensión, facilitando la logística y todos los medios materiales necesarios para la realización de la consulta, por lo que ha

destinado a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones.

IV CALIFICACIÓN JURÍDICA

Con el carácter provisional que toda calificación verificada en un escrito de querrela posee, cabe afirmar que los hechos pueden ser constitutivos de los siguientes delitos:

1. Los actos realizados por el Gobierno de la Generalitat e impulsados por la iniciativa y actividad personal de los querrelados, muy especialmente los que se suceden tras la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014, responden a una voluntad única y definida de llevar adelante el proceso referendario, por lo que han de ser valorados conjuntamente como componentes de una unidad natural de acción susceptible de ser subsumida en un delito de desobediencia grave cometido por autoridades públicas, previsto y penado en el art. 410 CP.

A este respecto se ha de reseñar que las decisiones adoptadas por el TC en el seno de los procedimientos antes referenciados, al acordar la suspensión cautelar de la Ley autonómica 10/2014, del Decreto de convocatoria de la consulta, y, en una línea congruente con el desarrollo ulterior de los acontecimientos, también de los actos materiales o vías de hecho sucesivamente emprendidos, privaron a las disposiciones impugnadas de toda eficacia jurídica legitimadora de la consulta, al tiempo que atajaron las vías de hecho emprendidas, dirigiendo a las partes procesales y a terceros una orden absoluta, tajante e inequívoca de abstención de todo acto encaminado a su desarrollo ulterior. El incumplimiento de dicha orden, consumado en el curso de la jornada de votación del 9 de noviembre, y en las actuaciones preparatorias del mismo, ha lesionado de manera efectiva otro bien jurídico: la integridad de la jurisdicción del TC y la eficacia de su tutela cautelar del orden constitucional.

Los hechos que son objeto de la querrela integran todos los elementos del delito de desobediencia. En el art. 410.1 del CP se sanciona a las "autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones, u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales".

El examen de la relevancia jurídico-penal de la acción imputada a los querrelados colma todos los requisitos del tipo. Las resoluciones del TC son vinculantes para el Gobierno de la Generalitat precisamente por su carácter de Poder Público, que le convierte en destinatario directo de dichas decisiones, pues conforme a lo dispuesto en el art. 87.1 LOTC "Todos los poderes públicos estarán obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva". La vinculación especial deriva del carácter de intérprete supremo de la Constitución que el TC tiene (art. 1.1 LOTC) y de la especial trascendencia que reviste esta actividad interpretativa.

Las Providencias no eran de naturaleza declarativa pura, pues constituían obligaciones de no hacer específicamente dirigidas a una de las partes de los procesos constitucionales que respondían a una finalidad cautelar evidente: evitar efectos o consecuencias irreversibles –la celebración de la consulta o proceso de participación- antes de que el propio TC se hubiera pronunciado definitivamente en Sentencia sobre el fondo del asunto.

La Providencia del TC de 4 de noviembre de 2014, publicada en el BOE el 5 de noviembre de 2014, acordaba suspender los actos impugnados, que eran, según se recogía en el punto 1 de la citada resolución:

"...las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y

actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aun no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.”

El acuerdo de suspensión afectaba a “los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella” (punto 3 de la Providencia).

Cabe destacar, a este respecto, que la actitud renuente al cumplimiento manifestada por los querellados, comprometía de forma más intensa la eficacia de las resoluciones del TC, pues hubiera resultado virtualmente imposible e inútil impugnar uno a uno todos los actos realizados por los querellados que supusieran el hacer prohibido, máxime cuando se trataba de actos administrativos que los propios querellados materializaron deliberadamente por vías de hecho, de forma verbal, o por actos no documentados, que dificultaban su conocimiento tempestivo a los efectos de su impugnación. Resultaría por lo demás absurdo tener que dirigir una orden o requerimiento a cada una de las diferentes autoridades que materializaban, en contra del mandato de no hacer del TC, la preparación y realización de la consulta.

No es necesario que la negativa a cumplir la resolución sea expresa, pues como señala la STS nº 54/2008, de 8 de abril, una negativa “tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal a quo denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos”.

Conforme a la jurisprudencia, la expresión abiertamente ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (SSTS 263/2001, 24 de febrero, nº 54/2008, de 8 de abril).

Este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible "la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde" (SSTS nº 1203/1997, 11 de octubre, nº 54/2008, de 8 de abril).

Los sucesivos cambios en el formato jurídico de la consulta para tratar de eludir la clara, expresa y terminante suspensión de la misma no son sino "una camuflada retórica al servicio del incumplimiento", no pudiendo admitirse "la existencia de una singular forma de exclusión de la antijuricidad en todos aquellos casos en los que la ejecución de lo resuelto es sustituida, a voluntad del requerido, por un voluntarioso intercambio de argumentos con los que enmascarar la conducta desobediente" (STS nº 54/2008, de 8 de abril).

La concurrencia del delito de desobediencia, tal y como lo describe el art. 410.1 del CP depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones que, para enmascarar su negativa a obedecer, haya ido realizando aquél.

En definitiva, el carácter abierto de la negativa de los querellados a dar cumplimiento a la resolución de suspensión emanada del Tribunal Constitucional es manifiesto.

La concurrencia de un apercibimiento personal no aparece reflejada en el juicio de tipicidad, ni se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el delito de desobediencia del art. 410.1 CP. En la práctica de nuestros tribunales, cuando el destinatario contenido en la resolución judicial es un ente público, y cuando el mandato consiste en un "hacer" se realizan requerimientos para activar la actuación administrativa, como paso previo antes de deducir testimonio para que se incoe un procedimiento penal. Pero es claro que tales requerimientos no forman parte del tipo, sino que simplemente han de ser utilizados como paso previo para acreditar la voluntad rebelde del destinatario del mandato, para deslindar un mero retraso en el cumplimiento de

la verdadera voluntad obstativa. En el presente caso, el mandato contenido en las resoluciones del TC era un mandato de no hacer, que por su propia naturaleza no precisaba de ulteriores requerimientos, pues no era necesario activar actuación administrativa alguna, sino que su propia existencia implicaba la abstención de continuar adoptando decisiones tendentes a la consumación del acto suspendido.

Las SSTS 29 de abril de 1983, 1615/2003, de 1 de diciembre, y 1095/2009, de 6 de noviembre, así como la STC 160/1988, entre otras, no exigen el requerimiento formal para la concurrencia del delito (juicio de tipicidad), sino que ponen el acento en que el juicio de inferencia acerca de la voluntad de incumplir el mandato debe sustentarse en hechos o circunstancias previas, coetáneas o posteriores que no precisan ineludiblemente la existencia de dicho requerimiento.

La STS 1615/2003 argumenta en estos términos: “el razonamiento de la sala de instancia es correcto y acertado al señalar que la falta de la notificación de la sentencia o de un requerimiento expreso, no puede impedir la calificación que de los hechos probados se ha efectuado, por cuanto es evidente que el acusado conocía el mandato expreso...”

En el mismo sentido, la STS 1095/2009, a la alegación defensiva de la parte recurrente de que no había existido delito de desobediencia por ausencia de mandato expreso y debidamente notificado, responde que “frente a esa conclusión de un exagerado rigor formalista, procedente de una lectura no del todo correcta de la doctrina precedente de esta Sala (STS de 10 de diciembre de 2004, entre muchas otras), ha de advertirse que la desobediencia prevista en el art. 556 lo que realmente ha de suponer es una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente, ya que el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada aunque sin llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del delito, tiene, como único fundamento y razón de ser, el pleno aseguramiento del conocimiento, por parte

del desobediente, del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir deliberadamente éste (vid., en este sentido la STS de 1 de diciembre de 2003, por ejemplo).”

En los casos a los que se refieren estos pronunciamientos, además, se trataba del incumplimiento por particulares y de obligaciones consistentes en un hacer, supuestos en los que cabe estimar más complejo efectuar el juicio acerca de la intención que en aquellos otros, como en el que nos ocupa, en el que la voluntad de no acatamiento proviene de una autoridad pública, concedora del art. 87.1 LOTC, y consiste en un no hacer, en abstenerse de celebrar el proceso de participación suspendido por decisión del Tribunal.

Por lo demás, en los hechos que motivan la querrela, el carácter público y notorio del mandato contenido en las resoluciones incumplidas del Tribunal Constitucional acredita por sí *–res ipsa loquitur–* que había llegado a efectivo conocimiento de sus destinatarios. La prueba de que los destinatarios del mismo no han querido cumplirlo deriva del agotamiento del proceso de consulta: se ha llevado a término el acto suspendido. Como declara la STS nº 54/2008, de 8 de abril “el tipo subjetivo del delito de desobediencia, cuando se refiere a la negativa abierta a dar cumplimiento a una resolución judicial, sólo requiere el dolo, sin que sea preciso ningún elemento tendencial añadido”.

Es evidente *–notoria non egent probationem–* que los querrelados conocían que la consulta y el proceso participativo estaban suspendidos por el Tribunal Constitucional. Las declaraciones públicas efectuadas por algunos de ellos disipan cualquier duda al respecto y tal conocimiento colma sobradamente el tipo subjetivo. Pese al conocimiento de que el TC había decretado la suspensión, los querrelados en abierta y franca oposición llevan hasta el final el acto suspendido. Las declaraciones del querrelado Don Artur Mas i Gavarró, reflejadas por los más importantes medios de comunicación el propio día de celebración de la consulta, son al respecto reveladoras: “si la Fiscalía quiere conocer quién es el responsable de abrir los colegios que me miren a mí, el responsable soy yo y mi gobierno”.

No puede alegarse para negar la desobediencia que los querellados o sus asesores llegaron a la conclusión de que lo realizado no incumplía las providencias del Tribunal Constitucional, pues como también tuvo ocasión de declarar la STS nº 54/2008, de 8 de abril “no puede aceptarse que se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento”.

Por lo demás, cualquier duda que pudieran abrigar los querellados acerca de la significación antijurídica de su conducta debió ser necesariamente despejada tras la providencia dictada por el Tribunal Constitucional el 4 de noviembre, cuyo ámbito objetivo claramente abarcaba el denominado “proceso participativo” finalmente celebrado.

Aunque la providencia del TC de 4 de noviembre de 2014 fue objeto de recurso de súplica, ello no es óbice para la consumación de la desobediencia, dado que a tenor de los art. 87.1 LOPJ y 93.2 LOTC las decisiones del TC deben ser acatadas por todos los poderes públicos y la interposición de un recurso de súplica carece de efectos suspensivos.

Lo expuesto respecto del recurso de súplica vale aún más respecto de la aclaración, en la medida en que no es propiamente un medio de impugnación sino un instrumento para la corrección de errores y otros defectos materiales de la resolución, ajenos por completo al claro mandato de suspensión que la providencia contenía y al que en ningún caso podía afectar. El ATC nº 45/1995, de 13 de febrero, es suficientemente elocuente sobre esta cuestión: “el mal llamado en otros tiempos “recurso” de aclaración no es tal por su propia función (...) su tratamiento queda extramuros de nuestra doctrina sobre el ejercicio de los medios de impugnación por la mera razón de no serlo”. La STC nº 27/1994, de 27 de enero, al tratar de la naturaleza del “recurso” de aclaración señala que aún denominado así no es propiamente un recurso.

La negativa al acatamiento de lo acordado se ha materializado en la consumación de la consulta celebrada el pasado 9 de noviembre. Los querellados se han negado abiertamente a dar el debido cumplimiento a una resolución judicial emanada del máximo intérprete de la Constitución, dictada en el cumplimiento de sus funciones y revestida de las formalidades legales. Y en eso consiste precisamente el delito de desobediencia castigado en el art. 410 del CP.

2. Los hechos pueden ser igualmente constitutivos de un delito de obstrucción a la Justicia o usurpación de atribuciones judiciales del art. 508.1 CP. Este precepto se aplica a “la autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente”.

La conducta de los querellados ha colmado las exigencias típicas del mismo. Las providencias del TC de 29 de septiembre de 2014 en su punto 3 acuerdan la suspensión de la Ley de Consultas y del Decreto del Presidente de la Generalitat desde la fecha de interposición del recurso “para las partes del proceso” y desde su publicación en el BOE “para los terceros”. El mandato inherente a estas resoluciones judiciales afecta a las partes, como no puede ser de otra manera, siendo una de ellas el Gobierno de la Generalitat del que forman parte los querellados.

Exactamente lo mismo cabe decir del mandato de suspensión inherente a la providencia del TC de 4 de noviembre de 2014.

El delito de usurpación de funciones judiciales, u obstrucción a la Justicia cometido por Autoridad o funcionario público, del art. 508.1 CP, protege la división de Poderes. Porque lo que está en juego, realmente, es la vigencia de las decisiones del TC en el territorio de Cataluña, contrarrestada sin fundamento legal por un ejercicio desviado de las prerrogativas administrativas y de gobierno de las que se hallan investidos los querellados.

La STS nº 312/2006, de 14 de marzo, en relación con este precepto establece que el mero hecho de impedir por unas horas la vigencia de una resolución judicial consuma el delito, aunque el autor no alcance su propósito final. También dice que es algo periférico e irrelevante que no conste documentado en actuaciones el acto de notificación personal del auto judicial, una vez que por medio de juicios de inferencia (prueba indiciaria) se alcanzó la certeza de que el autor conocía la resolución judicial; es una cuestión de prueba del dolo, que se puede alcanzar sin necesidad de constancia documental de los actos de comunicación procesal.

La STS de 1 de febrero de 1990 (Rec. 2841/1987) en relación con el precedente art. 378.2 CP 73, establece que el delito de usurpación de atribuciones sanciona conductas que atentan a los fundamentos mismos de un Estado Social y Democrático de Derecho, en cuanto cuestionan la división de poderes del Estado, y que una resolución judicial puede ser impugnada, pero nunca atacada por las vías de hecho.

En definitiva, los hechos relatados en el apartado III de esta querrela son susceptibles de ser subsumidos en esta figura penal toda vez que han impulsado y determinado la celebración de un procedimiento de consulta o participación ciudadana, que el TC había suspendido, mediante decisiones y actos que han obstruido la vigencia de los mandatos del TC en una parte sustancial del territorio nacional.

3.- Los hechos pueden ser asimismo constitutivos de un delito de prevaricación administrativa continuada del art. 404 CP en relación con el art. 74.1 CP.

Para auspiciar el proceso de participación el Gobierno de la Generalitat llevó a cabo una continuada actividad administrativa destinada a dar soporte material y personal al proceso de participación suspendido. En concreto, entre otros muchos actos, los querrelados acordaron contratar los servicios de la entidad mercantil Unipost S.A., para hacer llegar una carta con el membrete oficial de la Generalitat de Cataluña a los ciudadanos catalanes exhortándoles a participar en la consulta del 9 N.

Además, los querellados adoptaron verbalmente disposiciones a fin de que se procediera a la apertura de locales tanto en centros públicos de enseñanza como en sedes de la Generalitat en el extranjero.

Del mismo modo los querellados adoptaron verbalmente disposiciones a fin de que los Mossos d'Esquadra que libraban el día 9 de noviembre acudieran a sus puestos de trabajo.

Igualmente los querellados acordaron mantener abierta la página web en la que se contenía toda la información para votar, y desde la que era posible descargar la papeleta de la consulta.

Conforme señala la STS nº 941/2009, de 29 de septiembre, el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional suspendiendo el proceso consultivo dejan expuesta la ausencia de cobertura legal y, en consecuencia, la intrínseca arbitrariedad de la conducta desarrollada por los querellados cuando mediante un ejercicio desviado de las funciones públicas que ostentan, adoptaron decisiones y tomaron medidas que fueron causa eficiente de la celebración de una consulta que se hallaba suspendida por decisión vinculante del máximo órgano de garantías constitucionales.

Las actuaciones analizadas lesionan claramente el "bien jurídico" protegido por el delito de prevaricación, que no es sino el "recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución" lo que "obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación

administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican” (STS 443/2008, de 1 de julio).

En ese sentido la STS de 5 de abril de 2000 con cita de otra anterior 1526/99, de 2 de noviembre, señala que “....se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su libertad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular....”.

Asimismo, la STS 1015/2002, de 31 de mayo, recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

La STS 755/2007, de 25 de septiembre, al objeto de marcar la diferencia entre la mera ilegalidad y la prevaricación señala “Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el *ejercicio arbitrario del poder*, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad

consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS nº 226/2006, de 19 de febrero.

Pues bien, las decisiones adoptadas a partir del día 4 de noviembre de 2014 confirman la persistencia de una voluntad de sobreponer la propia visión partidista de la realidad sobre el deber de ejercer sus atribuciones administrativas de manera objetiva y conforme a Derecho. Hallándose jurídicamente suspendido el proceso de participación, los querellados adoptan decisiones, escritas o no, y perseveran en vías de hecho, que les sitúan extramuros del ordenamiento jurídico, y que sólo aspiran a hacer prevalecer su voluntad sobre el contenido de las decisiones que al respecto había adoptado el Tribunal Constitucional.

La STS nº 627/2006, de 8 de junio, ahonda en esta idea, al señalar que la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución al actuar con desviación de poder.

Igualmente ha considerado la jurisprudencia que a efectos del delito de prevaricación “por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno” (STS nº 787/2013, de 23 de octubre)

Las múltiples decisiones adoptadas, sin perjuicio de que procuraban una consulta enmarcada en el plano político o de connotaciones políticas, no pueden ser reputadas como actos políticos a los efectos de quedar fuera del ámbito del delito de prevaricación administrativa. Se trata de decisiones sobre la jornada de funcionarios públicos, apertura y mantenimiento o no cierre de página web, apertura de locales públicos o contratación de servicios, como se ha expuesto *supra*. No es por ello aplicable el criterio sentado por los Autos del TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2013 y de 24 de marzo de 2014 que

estimaron que la declaración de soberanía y derecho a decidir aprobada por el Parlament de Catalunya y la creación del Consejo Asesor Catalán para la transición nacional eran actos meramente políticos ajenos al delito de prevaricación. Las decisiones analizadas en dichos autos fueron fruto de una voluntad expresada y enmarcada en la actividad parlamentaria, hallándose además el derecho de voto de los diputados amparado en la inviolabilidad (art. 57 del Estatuto de Autonomía de Catalunya), y no guardan parangón alguno con los actos objeto de esta querrela a los que se ha hecho referencia. No cabe equiparar la declaración de soberanía con actos ejecutivos como la contratación del buzoneo, la apertura de locales, el mantenimiento de la página web o decisiones sobre el régimen laboral de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La calificación de tales actos como políticos ensancharía de un modo intolerable los espacios de las Administraciones Públicas exentos de un completo control. En todo caso, y a diferencia de los supuestos de hecho que ahora nos ocupan, ni la declaración de soberanía ni la creación del Consejo citado se produjeron violentando una decisión previa de suspensión adoptada por el Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia (SSTS 17 de septiembre de 1990 y 10 de noviembre de 1989) mantiene una posición considerablemente restrictiva en cuanto a la admisión del principio de discrecionalidad política como excluyente de la prevaricación, al señalar que las “connotaciones políticas” de una determinada decisión no excusan, en la medida en que ésta se halla sujeta al Derecho administrativo, la imprescindible observancia de los principios del ordenamiento jurídico.

4. Finalmente, los hechos serían constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 433 del Código Penal.

El delito se ha cometido pues se ha incurrido en gasto público para llevar a cabo actuaciones delictivas en tanto radicalmente opuestas a las resoluciones del Tribunal Constitucional, y por consiguiente, ontológicamente ajenas a la función pública.

Parece claro que no puede sin más tildarse de malversación el gasto público efectuado para la realización de actuaciones administrativas posteriormente invalidadas por la jurisdicción contencioso-administrativa por no ser conformes a Derecho. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, se han realizado gastos para llevar a cabo un acto no ya contrario a Derecho, sino constitutivo de delito en tanto vulnerador de la suspensión del proceso acordada por el Tribunal Constitucional. Habiéndose preordenado el acto a la consumación de un acto delictivo, cabe afirmar que esos fondos han sido deliberadamente y *ab initio* destinados a un fin radicalmente ajeno a la función pública.

Como señala la STS nº 986/2005, de 21 de julio, el delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del ciudadano en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen.

La jurisprudencia del TS viene señalando que esta figura jurídico-penal no constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos, por lo que no es imprescindible para que se considere perpetrado que conste ni la lesión patrimonial que del mismo se haya podido derivar, ni que el ánimo tendencial del autor sea precisamente el lucro como aprovechamiento personal o de un tercero de los bienes distraídos de su finalidad pública. Se ha considerado asimismo que el bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los caudales del Estado junto a la propia fidelidad al servicio de las funciones de quienes de ellos disponen, razón por la cual la conducta típica nuclear de "sustraer" o "consentir en la sustracción" son equivalentes a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes de su destino o desviándolos del mismo, no exigiéndose -aunque normalmente lo acompañe- un ánimo de lucro (STS 318/2000, de 25 de febrero y las en ella citadas, 27 de marzo de 1.987, 9 de febrero de 1.992, 27 de mayo de 1.993, 24 de febrero de 1.995 , entre otras).

Para la STS nº 986/2005, de 21 de julio, “la conducta típica ha de ser realizada “con ánimo de lucro”, elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el CP de 1995 , pues no aparecía en el paralelo 394 del Código anterior , requisito que ha de ser interpretado conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala para otros delitos patrimoniales (hurtos, robos, apropiaciones indebidas, estafas), en sentido amplio como “animus lucri faciendi gratia”, es decir, considerándolo como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, es decir, que se actúe con propósito de obtener beneficio para si mismo o para un tercero, siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo, por cuando las finalidades últimas que pretendía con su acción son ajenas en este supuesto al derecho penal (móvil).

En definitiva, el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino en todo caso la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos (SSTS de 1 de diciembre de 2005, 1605/2004 y de 14 de febrero de 2005 841/2004).

V

DILIGENCIAS A PRACTICAR

Con el fin de esclarecer los hechos objeto de la presente querella y la participación de los querellados en los mismos, el Ministerio Fiscal interesa la práctica de las siguientes diligencias de instrucción:

1º.- Que se reciba declaración en calidad de imputados a los querellados.

2º.- Que se aporten a la causa copia de las resoluciones adoptadas en cualquiera de los departamentos de la Generalitat dirigidos por los querellados, y a sus resultas, por cualesquiera otros departamentos de dicho Gobierno

autonómico, con posterioridad a las providencias de suspensión cautelar dictadas por el Tribunal Constitucional, por las que se hubiere dado un impulso efectivo a la preparación y ejecución de la consulta suspendida.

3º.- Que se oficie a la unidad correspondiente de la Policía Judicial para que obtenga y traslade a soporte informático, que habrá de unirse a las actuaciones, copia íntegra del contenido de la página web www.participa2014.cat e informe complementario de la fecha de su creación, tiempo de su vigencia, servidor en el que se encuentra alojada y entidad o persona responsable de su creación y mantenimiento.

4º.- Que se requiera a la entidad mercantil Unipost S.A. la aportación de copia de la documentación contractual y financiera que haya servido de soporte de los servicios prestados por esa empresa en la distribución de la propaganda institucional de la consulta del 9 N, así como de la procedencia de los datos personales empleados para posibilitar dicha distribución.

5º.- Que se requiera a la entidad mercantil Unipost S.A. para que remita un ejemplar de los contenidos remitidos por encargo de la Generalitat los días anteriores a la consulta.

6ª.- Que se recabe del Departament de la Presidència del Gobierno autonómico la documentación relacionada con el encargo de confección de urnas, papeletas y cartelería empleados en la jornada del 9 N, y con la distribución de dicho material hasta los puntos de votación.

7º.- Que se requiera de la Alta Inspección de Educación en la Delegación del Gobierno en Cataluña cuanta información se haya podido recabar acerca de las actuaciones del Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Cataluña sobre comunicaciones y reuniones con directores de centros de enseñanza radicados en dicha Comunidad para la cesión de locales a efectos de la celebración de la jornada de votación del 9 N.

8º.- Cualesquiera otras diligencias que se deriven de las anteriores y sean conducentes al buen fin de la investigación.

En atención a lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA: que tenga por presentado el presente escrito y por interpuesta querrela criminal contra los querrelados arriba relacionados, la admita a trámite y en consecuencia proceda a incoar Diligencias Previas, debiendo designarse Magistrado instructor de entre los componentes de la misma.

En Barcelona, a 21 de noviembre de 2014.

EL FISCAL SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA