

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAUSA ESPECIAL núm.: 20249/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

### **Sentencia núm. 177/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.