

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18373 *Pleno. Sentencia 170/2021, de 7 de octubre de 2021. Recurso de amparo 1463-2019. Promovido por don Artur Mas i Gavarró frente a las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que le condenaron por un delito de desobediencia. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión, de reunión y participación política, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal: negativa a dar debido cumplimiento a la providencia de este Tribunal acordando la suspensión de las actuaciones controvertidas en la impugnación de disposiciones autonómicas tramitada con el número 6540-2014.*

ECLI:ES:TC:2021:170

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1463-2019 promovido por don Artur Mas i Gavarró frente a la sentencia de 23 de enero de 2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de marzo de 2017 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha formulado alegaciones doña Joana Ortega Alemany. Ha sido ponente el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este tribunal el 7 de marzo de 2019, don Artur Mas i Gavarró, representado por el procurador de los tribunales don Ignacio Argós Linares y bajo la dirección del letrado don Javier Melero Merino, interpuso recurso de amparo frente a las resoluciones arriba mencionadas.

2. Los hechos relevantes para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda, son los siguientes:

a) En el procedimiento abreviado núm. 1-2016 seguido en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra el demandante de amparo, así como contra doña Joana Ortega i Alemany y doña Irene Rigau i Oliver, el Ministerio Fiscal y varias acusaciones populares, unificadas bajo una misma representación procesal, formularon acusación contra los tres investigados, dictándose el 13 de octubre

de 2016 auto de apertura de juicio oral por delitos de desobediencia y prevaricación administrativa.

En el juicio oral celebrado en el mes de febrero de 2017, tras la práctica de la prueba, el fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art. 410.1 del Código penal (en adelante, CP) y un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP en relación de concurso medial del artículo 77.1 y 2 CP, en tanto que la acusación popular acusó por los mismos delitos, si bien en relación de concurso real o, alternativamente, de concurso medial. Las defensas de los acusados solicitaron su libre absolución.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó la sentencia 5/2017, de 13 de marzo, en la que se declaró probado, en síntesis, que el demandante de amparo, en su condición de presidente de la Generalitat de Cataluña, efectuó una comparecencia institucional ante los medios de comunicación el día 14 de octubre de 2014 en la que anunció la celebración de un proceso de participación ciudadana para el día 9 de noviembre siguiente y que simultáneamente, en una página web institucional que había sido creada y registrada el día 10 de octubre anterior, denominada www.participa2014.cat, se reflejó el mismo anuncio en el que se llamaba a los catalanes y las catalanas y a las personas residentes en Cataluña a manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña. Bajo la iniciativa y dirección del demandante de amparo actuaron doña Joana Ortega i Alemany, en su condición de titular del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales de la Generalitat, y doña Irene Rigau i Oliver, en su condición de titular del Departamento de Enseñanza de la Generalitat.

El 31 de octubre de 2014 el Gobierno de España presentó ante el Tribunal Constitucional una impugnación de disposiciones autonómicas y, subsidiariamente, un conflicto positivo de competencia contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a dicha convocatoria, que dio lugar al dictado de la providencia de este tribunal de 4 de noviembre de 2014, en la que en virtud de la invocación por el Gobierno del artículo 161.2 de la Constitución se acordó la suspensión de las actuaciones impugnadas, así como de las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella, por un plazo máximo de cinco meses, desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición de la impugnación, para las partes en el proceso, y desde el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» –que se produjo el día siguiente– para los terceros. La providencia fue comunicada el mismo día a los servicios jurídicos de la Generalitat de Cataluña por correo electrónico acompañada de una carta del presidente del Tribunal Constitucional dirigida al demandante de amparo.

El Consell de Govern, presidido por el demandante, se reunió la tarde del mismo día, analizó la providencia y acordó recurrirla en súplica y subsidiariamente formular alegaciones en defensa de la constitucionalidad de las actuaciones impugnadas. El demandante, conocedor de que tales iniciativas no afectaban a la eficacia del proveído, se abstuvo de dictar una resolución o de efectuar anuncio alguno de suspensión del proceso participativo, y de común acuerdo con las dos coacusadas, obrando cada cual en el ámbito de sus respectivas responsabilidades institucionales, desarrollaron las actividades preparatorias que permitieron la celebración de la consulta en el día señalado y en días sucesivos hasta el 25 de noviembre de 2014 (mantenimiento de la página web y de la campaña de publicidad institucional, reparto masivo de correspondencia oficial, distribución del material, urnas, papeletas y sobres, así como ordenadores a los puntos de votación, elaboración e instalación de los programas informáticos y apoyo técnico necesarios para la gestión del proceso, contratación de un suplemento de póliza de accidentes para cubrir a los voluntarios e instalación de un centro de prensa para anunciar oficialmente los resultados, entre otras).

La sentencia declaró que estos hechos eran constitutivos de un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público previsto y penado en el artículo 410.1 CP, del que el demandante de amparo fue autor en los términos del artículo 28, inciso primero, del Código penal, en tanto que las coacusadas fueron

cooperadoras necesarias en los términos del artículo 28, inciso segundo, letra b) CP, a la par que absolvía a los tres acusados del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, por no apreciar la existencia de una antijuridicidad material que se proyectase más allá del incumplimiento del mandato judicial suspensivo emanado del artículo 161.2 de la Constitución.

Como consecuencia de ello se impuso al demandante la pena de multa de doce meses con una cuota diaria de cien euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y la pena 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 del Estado por tiempo de dos años, en tanto que a doña Joana Ortega i Alemany se impuso la pena de multa por tiempo de diez meses con la misma cuota y la pena de inhabilitación especial para los mismos cargos y funciones públicos por tiempo de un año y nueve meses, y se imponía a doña Irene Rigau i Oliver la pena de multa por tiempo de ocho meses con la misma cuota y la pena de inhabilitación especial para los mismos cargos y funciones públicos por tiempo de un año y seis meses.

b) Los tres condenados interpusieron sendos recursos de casación que fueron acumulados bajo el núm. 1018-2017. El demandante invocó en el motivo tercero de su recurso infracción de ley [art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim)] por indebida aplicación del art. 410.1 CP, en el motivo cuarto infracción de precepto constitucional [arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial (LOPJ) y 852 LECrim] por vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse inferido indebidamente la existencia de dolo, así como infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por aplicación indebida del art. 410.1 CP, en su motivo noveno infracción de preceptos constitucionales (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim) por vulneración de sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), a la libertad de expresión (art. 20 CE) y a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE). Mediante escrito de 9 de junio de 2017 se adhirió a los recursos de casación de las otras dos partes.

El recurso de casación del demandante fue desestimado en sentencia de 23 de enero de 2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, no obstante, le redujo la duración de la pena de inhabilitación especial a un año y un mes como consecuencia de la estimación de los motivos de infracción de ley en la determinación de la pena que fueron esgrimidos en sus respectivos recursos de casación por las otras dos condenadas en la causa (fundamento jurídico 10), decisión que la sala hizo extensiva al demandante por hallarse en situación similar y por haberse adherido a dichos recursos.

3. La demanda de amparo se funda en los siguientes motivos:

a) Vulneración del derecho a la legalidad penal garantizado en el artículo 25.1 CE por incurrir las resoluciones judiciales impugnadas en una aplicación extensiva en perjuicio de reo del delito de desobediencia del artículo 410.1 CP.

La demanda de amparo cuestiona en primer lugar que la providencia de este tribunal de 4 de noviembre de 2014 fuera una genuina resolución judicial susceptible de integrar el tipo penal del art. 410.1 CP. Aunque reconoce que este tribunal ya se ha pronunciado, afirma que persisten algunas objeciones que no han sido desvirtuadas y que serían relevantes al menos en lo que concierne a la aplicación del citado tipo penal; en concreto, que la Constitución diferencia claramente el poder judicial (título VI) y el Tribunal Constitucional (título IX), pues el Tribunal Constitucional no se integra en el poder judicial ni material ni formalmente, sus miembros no están sometidos al Consejo General del Poder Judicial, y tienen un régimen de incompatibilidades distinto, punto en el que cita el ATC 180/2013, de 17 de septiembre. Considera por ello que, con carácter general, aplicar el art. 410.1 CP a las decisiones de este tribunal constituye una interpretación extensiva del término «resolución judicial» vulneradora del principio de legalidad penal, y que ello es más cierto de manera particular cuando se aplica a una

providencia que este tribunal estaba obligado a dictar de forma automática por imperativo del art. 161.2 CE, a petición del Gobierno y sin una motivación.

El demandante afirma que la providencia de 4 de noviembre de 2014 no reunía las cualidades de ejecutividad y concreción necesarias para que su supuesta desobediencia pudiera integrar el tipo penal objetivo del art. 410.1 CP, que las resoluciones judiciales impugnadas se han apartado de la jurisprudencia precedente del Tribunal Supremo que exigía una orden precisa, singular, concreta y categórica dirigida al obligado, e incluso que el Tribunal Supremo ha optado por modificar su jurisprudencia para aplicarla retroactivamente a este caso, lo que representa una infracción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incorpora al principio de legalidad penal del art. 7.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) las interpretaciones jurisprudenciales de la ley (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia* y 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*).

Sostiene el demandante que nuestra providencia era una resolución meramente declarativa, de trámite, cautelar, mecánica, que se limitaba a declarar automáticamente un efecto suspensivo establecido en el art. 161.2 CE, y que resultaba por lo demás confusa como consecuencia de la actuación impropia del Gobierno de la Nación, que en lugar de instar la ejecución de las providencias que el Tribunal Constitucional había dictado el 29 de septiembre de 2014 en suspensión de la convocatoria de la consulta popular no referendaria que se había convocado por el decreto de la Presidencia de la Generalitat 129/2014, que era la vía natural de impugnación, optó por impugnar los actos materiales del proceso de participación ciudadana que se desarrollaba en virtud de artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014 de consultas populares no referendarias que no habían sido objeto de recurso de inconstitucionalidad y que no estaban suspendidos. Considera que este tribunal no generó la situación típica del delito de desobediencia funcional, porque no formuló requerimiento alguno al demandante de amparo de actuar de una determinada manera. La providencia carecía asimismo de un contenido concreto, pues se limitaba a acordar de una manera genérica la suspensión de las actividades de la Generalitat relativas al proceso de participación ciudadana, por lo que las sentencias impugnadas han otorgado un alcance exorbitante a dicha providencia, que no suspendía el proceso de participación ciudadana en sí.

Denuncia asimismo que aun en el caso de que se admitiera que existió una orden implícita, su conducta no constituiría una negativa abierta, contumaz y reiterada, pues se limitó a no detener un proceso complejo que ya estaba en marcha y no consta que generara una sola orden, acto o instrucción destinados a hacer efectivo el proceso de participación una vez que le fue comunicada la providencia; también aduce, que no se reiteró el mandato y que los propios poderes públicos mantuvieron una actitud pasiva.

El demandante argumenta igualmente que no fue expresamente requerido para verificar ningún tipo de comportamiento, que el proceso de participación tenía vida propia y se desarrollaba autónomamente por particulares voluntarios y contratistas, y que desde que le fue comunicada la providencia no realizó ningún acto que le implicara en el mismo, por lo que es manifiestamente erróneo calificar su conducta de negativa abierta al cumplimiento de la decisión de este tribunal.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE por basarse la condena en juicios de inferencia excesivamente abiertos en lo relativo al conocimiento que tenía el demandante del contenido y alcance exacto de la providencia y a la existencia de su parte de una voluntad abierta de incumplimiento.

El demandante alega que las resoluciones judiciales impugnadas han inferido de forma no racional el dolo desobediente y afirma que tenía razones fundadas para creer que lo que este tribunal había suspendido eran los actos institucionales de impulso del proceso de participación ciudadana, pero no el proceso de participación ciudadana en sí mismo considerado, que se desarrollaba de forma autogestionaria por ciudadanos voluntarios y empresas contratistas en virtud de decisiones y actos anteriores a su pronunciamiento; la decisión del Consell de Govern de recurrir en súplica la providencia

tenía la finalidad de que se permitiese la participación institucional en el proceso ya en marcha y la solicitud subsidiaria de aclaración pedía que se concretase si la suspensión abarcaba los actos futuros; el informe del Consell Assessor per a la Transició Nacional analizaba de manera general ciertas hipótesis, en un momento en el que ni siquiera se preveía la celebración de un proceso de participación ciudadana como este, y en ningún momento decía que la celebración de una consulta constituyera delito de desobediencia; las providencias de este tribunal de 29 de septiembre de 2014 se referían a unas disposiciones legales y a un decreto de convocatoria concretos, por lo que no suscitaban duda alguna de su contenido y alcance, a diferencia de la providencia de 4 de noviembre de 2014. En definitiva, elementos fácticos como el cumplimiento de la providencia de 29 de septiembre de 2014, los acuerdos adoptados por el Consell de Govern y el informe del Consell Assessor, no pueden ser razonablemente considerados indicios de signo incriminatorio en orden a inferir la existencia en el ánimo del demandante de un dolo de desobedecer. Reprueba asimismo que el Tribunal Supremo infiera el dolo del contenido imperativo de la providencia, lo que considera constituye una petición de principio.

c) Vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE en relación con el derecho a la participación en asuntos públicos del artículo 23.1 CE, la libertad ideológica del artículo 16 CE, la libertad de expresión del artículo 20 CE y el derecho de reunión y manifestación del artículo 21 CE.

Sostiene el demandante que al castigar como delito de desobediencia del art. 410.1 CP el hecho de que permitiera que se llevara a cabo la jornada de participación ciudadana del día 9 de noviembre de 2014 se ha infringido su derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE en relación con el derecho fundamental a la participación política del art. 23.1 CE, así como los derechos de centenares de miles de ciudadanos de Cataluña a opinar sobre el futuro de su comunidad política, con la consiguiente afectación de sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), de expresión (art. 20 CE) y de reunión (art. 21 CE); considera que la condena habría invadido el terreno propio de estos derechos fundamentales o, al menos, habría supuesto un sacrificio innecesario y desproporcionado de los mismos; ofrece su perspectiva de que el proceso de participación fue un acto de movilización ciudadana generadora de opinión sobre cuestiones relevantes que debería ser enmarcado en el art. 23.1 CE, y a tal efecto solicita de este tribunal una interpretación expansiva que amplíe la cobertura del precepto más allá de los límites definidos por la democracia representativa y determinados tipos de democracia directa. El día 9 de noviembre de 2014 se habría producido un acto muy cercano al ejercicio del derecho de participación política, ubicado en su zona de limitación o sombra, de modo que su punición puede implicar una disuasión del ejercicio del derecho e implicar una restricción desproporcionada del mismo. En último término, afirma, no se habrían ponderado en las resoluciones judiciales los derechos fundamentales involucrados, al utilizar el mandato judicial y su desobediencia como criterio de delimitación negativa de los mismos sin admitir la colisión entre el deber dimanante del tipo penal y los derechos en liza y la posibilidad de aplicación de una eximente –cita las de estado de necesidad y ejercicio legítimo de un derecho–.

4. Por providencia de 27 de enero de 2020 la Sección Tercera de este tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]]». En la misma providencia se acordó comunicar la admisión a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin que hubiera lugar a solicitar las actuaciones del rollo de casación toda vez que las mismas ya habían sido solicitadas en el recurso de amparo núm. 1421-2019. Se acordó también, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, se emplazase a quienes hubieran sido parte en el

procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que si lo deseasen pudieran comparecer en el presente recurso de amparo, sin que fuera precisa la remisión de certificación de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 1-2016 toda vez que la misma había sido igualmente solicitada en el recurso de amparo núm. 1421-2019.

5. Cumplimentados los emplazamientos requeridos, el procurador de los tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro por escrito registrado de entrada el 24 de febrero de 2020 compareció ante el Tribunal y solicitó la personación en el procedimiento en nombre y representación de doña Joana Ortega i Alemany.

6. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sección Tercera de este tribunal de 1 de julio de 2020 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al procurador don Aníbal Bordallo Huidobro en dicha representación y se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo común de veinte días a efectos de presentar las alegaciones que considerasen pertinentes conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

7. La representación procesal de doña Joana Ortega i Alemany evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado de entrada el 28 de julio de 2020, en el que manifestaba su adhesión a los argumentos expuestos en la demanda de amparo de don Artur Mas i Gavarró.

8. La representación procesal del demandante evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este tribunal el 4 de septiembre de 2020, en el que se remitía a los argumentos de la demanda de amparo, interesando su estimación.

9. El fiscal ante el Tribunal Constitucional registró el 17 de septiembre de 2020 escrito de alegaciones en el que suscitó dos óbices procesales e interesó la desestimación del recurso de amparo. El fiscal, tras exponer con cierto detalle los antecedentes de hecho, se adentra en el análisis de los tres motivos de amparo en los términos que a continuación se van a reseñar de forma sintética.

a) En el primero de ellos, relativo a la vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE, el fiscal discierne en el desarrollo argumental de la demanda tres aspectos, vertientes o submotivos superpuestos a los que procede dar respuesta por separado. Se trata de los siguientes:

(i) La providencia de este tribunal de 4 de noviembre de 2014 no era una genuina resolución judicial, porque no emanaba de un órgano integrado en el poder judicial, y consecuentemente no era susceptible de integrar el tipo penal del artículo 410.1 CP, que sanciona la desobediencia a una resolución judicial. El fiscal, en primer lugar, opone a este motivo el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa del artículo 50.1 a) LOTC en relación con el art 44.1 a) LOTC, fundándolo en que si bien es cierto que en el acto de juicio oral se debatió la naturaleza jurisdiccional de este tribunal y de la providencia dictada, el demandante no reprodujo dicho fundamento en el recurso de casación que interpuso contra la sentencia que le condenó, lo que supondría que estaría planteando *per saltum* la cuestión en vía de amparo constitucional.

No obstante, el dictamen del fiscal se detiene en el examen del fondo del problema planteado, para negar todo fundamento al alegato de ausencia de naturaleza jurisdiccional de la resolución incumplida –y del órgano que la dicta– adhiriéndose al extenso argumentario desplegado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el fundamento jurídico primero de su sentencia, con cita de las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre (FJ 9), y 215/2016, de 15 de diciembre (FJ 6). Añade que nuestro modelo de jurisdicción constitucional concentrada justifica que nuestra Carta Magna haya consagrado un título propio, el IX, a este tribunal, y que la excepción que representa del principio de exclusividad jurisdiccional del artículo 117.3 CE –de la que participa el Tribunal de

Cuentas— deriva del conocimiento de auténticos procesos en materia constitucional, con capacidad para dictar resoluciones que ponen fin a los mismos, con efecto de cosa juzgada, carácter vinculante para todos los poderes públicos y facultades de ejecución de lo resuelto. No se ha producido, por lo tanto, una interpretación extensiva del tipo penal, pues la providencia era una resolución judicial cuya naturaleza no se desvirtúa por el hecho de que se limite a disponer un efecto concreto previsto por el legislador para el caso de invocación por el Gobierno de la Nación del artículo 161.2 CE.

(ii) La providencia de este tribunal no era directamente ejecutiva, porque era una resolución de mero trámite y no se dirigió requerimiento personal al demandante, y no contenía un mandato concreto. El fiscal rechaza estos argumentos adhiriéndose a lo razonado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el fundamento de derecho primero de su sentencia, en el sentido de que la resolución era indudablemente ejecutiva, pues tenía su fundamento directo en un precepto constitucional, el artículo 161.2 CE, del que emana un mandato inequívoco e inobjetable de suspensión de las disposiciones y resoluciones impugnadas, y que el mandato que encerraba tenía un contenido preciso y determinado, toda vez que vedaba las actuaciones concretas que aparecían enumeradas en el escrito de impugnación de la abogacía del Estado, que fue comunicado al Govern de la Generalitat juntamente con el contenido de la providencia. El mandato imponía a sus destinatarios un deber inexcusable de acatamiento y sujeción sin necesidad de requerimiento o advertencia personal de tipo alguno; exigencia que no aparece en el artículo 410.1 CP para la aparición del delito.

El fiscal rechaza el reproche vertido en la demanda de amparo de falta de claridad en la actuación del Gobierno de la Nación por haber optado por impugnar directamente las actuaciones dirigidas a la celebración del proceso de participación ciudadana —en lugar de instar la ejecución de las providencias dictadas por el Tribunal Constitucional el 29 de septiembre de 2014 que suspendían varios preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, sometida a recurso de inconstitucionalidad, así como el decreto de 27 de septiembre de 2014 de la presidencia de la Generalitat de convocatoria de una consulta popular no referendaria, impugnado por el Gobierno de la Nación, que contenía las mismas preguntas sobre el futuro político de Cataluña y fijaba su fecha igualmente para el 9 de noviembre de 2014—, pues dicha opción estaba justificada por la ausencia de todo acto formal de convocatoria del proceso de participación ciudadana; ausencia que respondería a un propósito deliberado de dificultar su impugnación. No hubo, pues, incertidumbre alguna, pues se dispuso la suspensión de todas las actuaciones dirigidas a permitir el desarrollo del proceso participativo que habría de celebrarse el día 9 de noviembre de 2014; suspensión que implicaría la suspensión del mismo proceso participativo.

El fiscal seguidamente hace una detallada exposición de la evolución histórica de los procedimientos de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional desde su redacción original hasta la resultante de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, y concluye que las resoluciones del Tribunal Constitucional son y han sido siempre ejecutivas, tanto en vía ordinaria como en vía de ejecución forzosa, sin que del perfeccionamiento de la regulación pueda extraerse consecuencia alguna favorable al recurrente. La providencia tenía un contenido concreto, previsible y ejecutivo conforme al tenor del artículo 87 LOTC vigente en aquellas fechas, y el Tribunal Constitucional adoptó las medidas necesarias para que el poder público obligado a su cumplimiento la conociera, pues fue remitida a la Generalitat de Cataluña en los términos descritos en el relato fáctico de la sentencia.

Añade el fiscal que no existe la más mínima evidencia de que las sentencias impugnadas cambiaran en perjuicio de reo la doctrina jurisprudencial tradicional relativa al delito de desobediencia a resoluciones judiciales, por lo que no puede entrarse a considerar en modo alguno la denunciada aplicación retroactiva de disposiciones desfavorables por su manifiesta falta de concurrencia.

(iii) Subsunción errónea de los hechos en el delito del artículo 410.1 CP porque no existió negativa abierta de parte del recurrente al cumplimiento de la providencia de este tribunal. El fiscal rechaza este planteamiento adhiriéndose de nuevo a los fundamentos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo considera incompatible con las evidencias recabadas en el acto de juicio oral, en el que se constató que no solo los acusados no hicieron nada para suspender el proceso participativo, sino que dispusieron y dieron las órdenes oportunas, también a partir del día 4 de noviembre de 2014, orientadas a poner a disposición del proceso participativo materiales, equipos técnicos y equipamientos públicos sin los cuales el proceso participativo no habría podido desarrollarse, manteniendo hasta el agotamiento toda la actividad propagandística y de aseguramiento del buen fin de la jornada de votación, detallando en el relato de hechos probados en qué consistieron estas actuaciones. Por su parte, el Tribunal Supremo en la sentencia de casación afirma que en la situación del demandante, por su posición institucional y por su implicación en la activación y llevanza a término del proceso participativo, hacer caso omiso de la decisión del Tribunal Constitucional suponía su abierto desacato, destacando que quien pone en marcha un proceso que continúa bajo su dominio es el principal llamado a detenerlo en caso de que se dé tal orden, añadiendo que en realidad el demandante no hizo nada que pudiese interferir en el buen fin de dicho proceso y que procuró ganar tiempo mediante la solicitud de una innecesaria aclaración de la decisión judicial, lo que ya representaba de por sí una toma de decisión de dejar sin cumplimiento el mandato judicial. El fiscal dictamina que desde el parámetro de la razonabilidad de la subsunción de los hechos en la norma a partir de la motivación judicial resultó acertado concluir que el demandante incurrió en negativa abierta al cumplimiento de la decisión judicial.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. La demanda sostiene que el juicio de inferencia del dolo desobediente partió de indicios inconcluyentes. El fiscal rechaza este argumento y se adhiere a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que considera indicios de signo claramente incriminatorio los siguientes: i) La providencia de 29 de septiembre de 2014 dictada por este tribunal igualmente en aplicación del artículo 161.2 CE, por la que se suspendía la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña que había sido convocada con anterioridad, y cuyo contenido era idéntico al de la providencia de 4 de noviembre de 2014, fue debidamente cumplida por los mismos acusados que no cuestionaron su imperatividad; ii) la decisión del Consell de Govern celebrado el día 4 de noviembre de 2014 de interponer recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre de 2014 y subsidiariamente solicitar su aclaración, revelaba que los acusados eran conscientes de que el proceso participativo no podría celebrarse en la fecha fijada, si el Tribunal Constitucional no alzaba la suspensión antes; y iii) el informe elaborado el 24 de julio de 2013 por el Consell Assessor per a la Transició Nacional, órgano dependiente de la Generalitat de Cataluña, advertía que la eventual suspensión de una convocatoria de consulta popular por la jurisdicción constitucional o contencioso-administrativa impediría su celebración, e incluso de la posible comisión de un delito de desobediencia en el caso de que se llevase a cabo la consulta impugnada. Considera el fiscal que el razonamiento judicial, enriquecido con la consideración verificada por el Tribunal Supremo de que el dolo exigible no consiste en este caso en querer cometer un delito de desobediencia, sino en querer incumplir un mandato judicial, satisface el canon constitucional de validación de la inferencia del dolo y de los elementos subjetivos del tipo penal establecido como salvaguarda del derecho fundamental a la presunción de inocencia, conforme a doctrina sintetizada en la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5, de la que hace cita. El juicio de inferencia de la voluntad de incumplimiento del mandato judicial parte, por lo demás, de un hecho sólido: la propia literalidad de la providencia de 4 de noviembre de 2014, que no deja dudas sobre su contenido y alcance. Concluye el fiscal que existe una argumentación lógica, razonable y debida y extensamente motivada en las dos resoluciones judiciales impugnadas, que justifica cómo ha sido extraído el elemento subjetivo típico de un conjunto de datos objetivos.

c) Vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE en relación con el derecho de participación política del artículo 23.1 CE, el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE, la libertad de expresión del artículo 20.1 CE y el derecho de reunión y manifestación del artículo 21 CE. Inicialmente el fiscal opone a este motivo el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa del artículo 44.1 a) LOTC en relación con el artículo 50.1 a) LOTC, alegando que tras limitarse la defensa del demandante en el juicio oral a justificar su conducta en virtud de la concurrencia de un supuesto conflicto de deberes, entre el deber que como presidente de la Generalitat tenía de dar cumplimiento a una resolución del Parlamento de Cataluña que le había encomendado la celebración de una consulta popular sobre el destino político de Cataluña, y el deber de dar cumplimiento a la providencia del Tribunal Constitucional que imponía la suspensión de ese mismo proceso de consulta, la vulneración de tales derechos fundamentales se introdujo por primera vez en el recurso de casación contra la sentencia condenatoria, motivo noveno, por lo que, sostiene el fiscal, el demandante tenía que haber promovido incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conseguir el agotamiento de la vía judicial previa.

Seguidamente examina el fondo del motivo y declara, en primer lugar, que la demanda pretende ampliar el ámbito de protección del derecho fundamental a la participación política del artículo 23.1 CE para abarcar el proceso de participación ciudadana convocado por el demandante y justificar de este modo su conducta; pretensión que considera rechazable toda vez que la STC 138/2015, de 11 de junio, ha declarado inconstitucionales las actuaciones de la Generalitat de Cataluña conducentes a su celebración por falta de competencia y por versar sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional. Aduce que resulta de todo punto imposible pensar que un proceso promovido, desarrollado y celebrado sin competencia pueda ser, a pesar de todo, merecedor de algún tipo de subsunción en el ámbito protector del artículo 23.1 CE, especialmente si se considera que la Constitución debe ser considerada como un todo. Rechaza igualmente que la condena pueda ejercer un efecto disuasorio o de restricción desproporcionada del ejercicio de tal derecho, pues la inconstitucionalidad declarada del proceso de participación impide pensar en la existencia de una zona de limitación o de sombra del derecho fundamental que lo hiciera merecedor de protección en el ámbito del artículo 23.1 CE y estima más difícil de imaginar aún que pudiera suponer una restricción desproporcionada del ámbito de garantía del artículo 23.1 CE, pues ello privaría de eficacia a la STC 138/2015. Concluye señalando que las SSTC 42/2014, de 25 de marzo y 259/2015, de 2 de diciembre, que resolvieron sendas impugnaciones de disposiciones autonómicas dirigidas contra resoluciones del Parlamento de Cataluña, se han pronunciado en el sentido de rechazar la existencia de un supuesto derecho a decidir fuera de los procedimientos constitucionales.

El fiscal considera inaplicable la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7 CP, al existir una evidente y palmaria desconexión entre la ejecución del hecho típico y el derecho fundamental a la participación política del artículo 23.1 CE invocado por el demandante como justificativo de su conducta. Desestima que la respuesta penal haya sido desproporcionada como consecuencia de una situación de incertidumbre o indeterminación generada por el propio Estado, pues, como había señalado anteriormente, la incertidumbre fue buscada por el propio demandante de amparo al promover el proceso participativo sin un acto formal de convocatoria con el fin de dificultar su impugnación, y desestima igualmente que la respuesta penal tenga un efecto disuasorio del legítimo ejercicio de los derechos invocados –participación política, libertad ideológica, de expresión, derecho de reunión– porque, siguiendo el argumento del Tribunal Supremo en su sentencia de casación, dicho efecto solo ha de ser tomado en consideración en los casos de límites borrosos, como sucede con la libertad de expresión, en los que hay que tolerar ciertos excesos para no frenar manifestaciones correctas y saludables de ese derecho de primerísimo rango, no teniendo virtualidad alguna, en cambio, cuando la frontera entre lo que es ejercicio legítimo de un derecho

(votación legal) y lo que no lo es (consulta suspendida por la autoridad jurisdiccional constitucional) es clara y nítida.

10. Por providencia de 16 de septiembre de 2021, el Pleno de este tribunal acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

11. Por providencia de 5 de octubre de 2021 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente sentencia el día 7 del mes y año indicado.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

El presente recurso se interpone contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 13 de marzo de 2017 que condenó al demandante por delito de desobediencia a la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de cien euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y a la pena 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 del Estado por tiempo de dos años, y contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 23 de enero de 2019 que estimó parcialmente los recursos de casación interpuestos por dos de las condenadas en la misma causa, a los que se adhirió el demandante, con el único efecto de reducir la duración de la pena de inhabilitación especial a un año y un mes.

Como se ha expuesto en el antecedente tercero de esta resolución, en la demanda de amparo el recurrente invoca como vulnerados el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y los derechos a la participación en asuntos públicos (art. 23.1 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE), a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y el derecho de reunión (art. 21 CE).

El fiscal ante el Tribunal Constitucional ha opuesto óbices de admisibilidad a dos de las quejas y ha interesado la desestimación íntegra del recurso de amparo.

2. Óbices procesales.

Antes de proceder al examen del fondo de los motivos de amparo es preciso dar contestación a sendos óbices procesales opuestos por el fiscal contra los motivos primero y tercero.

a) El fiscal considera que el motivo primero, en el que el demandante denuncia la vulneración del derecho a la legalidad penal garantizado en el art. 25.1 CE, incurre parcialmente en causa de inadmisibilidad, por incumplimiento del presupuesto procesal de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], en lo que se refiere a la alegación sustancial de falta de jurisdiccionalidad de nuestra providencia de 4 de noviembre de 2014, porque el demandante no verificó en su recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña alegato alguno en tal sentido, lo que sí hace en la demanda de amparo; considera que se ha introducido este concreto enfoque de la cuestión *per saltum* y sin respetar la naturaleza subsidiaria del amparo constitucional.

La lectura del escrito de interposición del recurso de casación del demandante de amparo contra la sentencia condenatoria permite comprobar que, en efecto, ni en el motivo de infracción de ley por aplicación indebida del art. 410.1 CP –motivo tercero– ni en ningún otro, cuestiona abiertamente la jurisdiccionalidad de nuestra resolución, aunque sí haga alusión a este punto de debate, resuelto en la sentencia de primera instancia, e incluso anuncie genéricamente su disposición a adherirse a las alegaciones que las otras partes puedan hacer sobre el mismo.

En cualquier caso, el argumento de la falta de idoneidad de la decisión incumplida para integrar uno de los elementos normativos del tipo objetivo del delito de desobediencia –que se trate de una resolución judicial– se perfila nítidamente en los recursos de casación interpuestos por las otras dos partes pasivas del proceso: en el recurso de doña Joana Ortega Alemany, porque lo incorpora a sus motivos tercero – infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la legalidad penal (arts. 25.1 CE y 7 CEDH)– y cuarto –infracción de ley por indebida aplicación del art. 410.1 CP–; y en el recurso de doña Irene Rigau Oliver, porque aparece en sus motivos segundo –vulneración del derecho a la legalidad penal (arts. 25.1 CE y 7 CEDH)– y quinto –infracción de ley por indebida aplicación del art. 410.1 CP–. De este modo ambos recursos reintrodujeron en el debate casacional la cuestión de la existencia de una genuina resolución judicial, dirimida en sentido positivo en la sentencia de primera instancia, lográndose una acabada respuesta en el fundamento de derecho noveno de la sentencia del Tribunal Supremo, que en este punto reproduce las extensas consideraciones que dedicó al asunto la STS 177/2017, de 22 de marzo, dictada con motivo de la condena de otro miembro del Govern de la Generalitat por los mismos hechos.

Es conocido que este tribunal ha optado por efectuar una interpretación flexible del principio de subsidiariedad del amparo constitucional establecido en el art. 53.2 CE, al que sirven las exigencias procesales de invocación temprana y agotamiento de la vía judicial previa, en aquellos casos en que los órganos judiciales han tenido la oportunidad efectiva de pronunciarse sobre la lesión constitucional invocada en el recurso de amparo, aunque sea con motivo de recursos o vías impugnatorias utilizadas en el procedimiento antecedente por partes procesales distintas de quien lo interpone: lo hemos establecido tanto en recursos de casación (SSTC 133/2014, de 22 de julio, FJ 2; 39/2004, de 22 de marzo, FJ 2 a); 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y 156/2007, de 2 de julio, FJ 5) como en incidentes de nulidad de actuaciones (STC 1/2020, de 14 de enero, FJ 3). Esta postura concreta, por lo demás, la doctrina general que proclama que la subsidiariedad del amparo en la tutela de los derechos constitucionales, en cuanto principio fundamentador de las causas de inadmisión de los arts. 44.1 a) y c) LOTC, queda garantizada cuando, al margen de consideraciones formales y ponderando este interés con el derecho de acceso al recurso de amparo, los órganos judiciales han contado con la posibilidad cierta de pronunciarse y, en definitiva, de restablecer la vulneración aducida (por todas, SSTC 136/2002, de 3 de junio, FJ 2; 93/2003, de 19 de mayo, FJ 2, o 133/2003, de 30 de junio, FJ 2).

A la vista de esta doctrina, que pone el énfasis en que los órganos de la jurisdicción ordinaria hayan tenido la oportunidad real de conocer y reparar la vulneración del derecho fundamental en el seno del proceso con independencia de quién lo impetere, no es asumible el óbice procesal planteado por el fiscal en su escrito, toda vez que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 dedicó una parte sustancial de uno de sus fundamentos de derecho a rebatir los argumentos articulados en los recursos de casación que se dirigían a negar la idoneidad de la providencia de este tribunal de 4 de noviembre de 2014 para colmar las exigencias del art. 410.1 CP precisamente por no ser una genuina resolución judicial. Ningún obstáculo existe, por lo tanto, para que procedamos a examinar el fondo del presente motivo de amparo desde esta concreta perspectiva.

b) El fiscal aduce, asimismo, que se ha incumplido el presupuesto procesal de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], en lo que se refiere al tercer motivo de amparo en el que se invoca la vulneración de los derechos fundamentales a la participación en los asuntos públicos, a la libertad ideológica y de expresión y de reunión al no haberse promovido incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, lo que a su entender era exigible porque la vulneración de estos derechos fundamentales no formó parte del debate en la primera instancia y se introdujo por primera vez en el recurso de casación.

Como recordamos en la STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 4, el incidente de nulidad de actuaciones constituye un instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ), de modo que su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación reseñado, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario (STC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3).

En el caso de que la ley conceda recurso, ordinario o extraordinario, frente a la resolución que la parte estime lesiva de su derecho, es este recurso el que deberá ser interpuesto por el interesado, sin que, tras el agotamiento de la cadena de recursos que legalmente quepan frente a la decisión de aquel, sea ya necesario que el recurrente reitere la queja a través de un incidente de nulidad que, por referirse a una vulneración ya denunciada con anterioridad en el procedimiento, deviene manifiestamente improcedente a tenor del propio art. 241 LOPJ.

Por otra parte, el ATC 293/2014, de 10 de diciembre, FJ 3, establece que «la determinación en cada caso del remedio legalmente posible y, por tanto, exigible a los efectos del debido agotamiento de la vía judicial previa dependerá de la concreta vulneración que el recurrente denuncie en amparo y a qué resolución atribuya su causación». A estos efectos debe recordarse que corresponde estrictamente a la demanda la fijación del objeto procesal del recurso de amparo, tanto en cuanto a la individualización del acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, como respecto de la razón para pedirla o *causa petendi* (SSTC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1; 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 224/2007, de 22 de octubre, FJ 2).

La presente demanda de amparo atribuye la vulneración de los derechos fundamentales arriba citados a la sentencia que condenó al demandante como autor de un delito de desobediencia; sentencia contra la que interpuso recurso de casación en cuyo motivo noveno articuló por la vía de la infracción de preceptos constitucionales (arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ) la vulneración en la sentencia recurrida precisamente de tales derechos, lo que a los efectos del procedimiento constitucional de amparo supuso una invocación tempestiva de la lesión constitucional y el uso del recurso legalmente procedente para hacerla valer y obtener su reparación de los órganos de la jurisdicción ordinaria. Por tales motivos, el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de casación hubiera resultado, de haberse promovido, superfluo, pues no hubiera cumplido su función de preservar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE) y hubiera podido representar incluso una prolongación artificial de la vía judicial previa que hubiera arriesgado una posible declaración de extemporaneidad de la ulterior demanda de amparo constitucional al no tener efecto suspensivo del cómputo del plazo de caducidad del art. 44.2 LOTC. No le era exigible al demandante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones y consecuentemente no concurre el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, por lo que también procederemos a examinar el fondo del motivo.

3. Sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal; doctrina aplicable.

El demandante denuncia que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) desde dos perspectivas: (i) porque se ha efectuado una interpretación extensiva del art. 410.1 CP en lo que se refiere a la existencia de un genuino mandato judicial ejecutivo y vinculante; y (ii) porque se ha verificado una subsunción errónea de los hechos en dicho tipo penal al apreciarse en el demandante una voluntad abierta de incumplimiento sin que hubiera precedido un requerimiento previo.

Como recuerda, no obstante, el fiscal en su escrito de alegaciones, el canon constitucional de enjuiciamiento de la aplicación judicial o administrativa de una norma penal o sancionadora integra un doble control cuyo objeto es tanto el análisis de la

interpretación de la norma, para evitar su aplicación exorbitante a supuestos no pretendidos por el legislador, como de la razonabilidad del proceso de subsunción de los hechos en la misma.

La STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, fijó los parámetros de este control a partir de la proscripción de su aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, que es aquella que «carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente» constituyendo la finalidad del control constitucional «evitar que las resoluciones judiciales impid[a]n a los ciudadanos “programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (STC 133/1987, fundamento jurídico 5), y, en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento, por la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados así como de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos». Este criterio no se circunscribe a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irracionalidad exigida por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino que «una resolución condenatoria que no adolezca de estos defectos puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano [...] y constituir una manifestación de la ruptura del monopolio legislativo –y administrativo, con la subordinación y limitación que le es propia– de determinación de las conductas ilícitas».

La racionalidad de la aplicación judicial de la norma debe ser pues examinada «desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990 y 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Solo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido en otras ocasiones como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras –determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (SSTC 69/1989, 214/1989, 116/1993, 26/1994, 306/1994, 184/1995)–. Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. A fin de aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas».

Hemos de recordar, por lo demás, que no es función de este tribunal proporcionar a los órganos de la jurisdicción ordinaria la interpretación correcta de la norma penal, ni terciar en el debate sobre las exigencias aplicativas de un determinado tipo penal cuando en la comunidad jurídica coexisten opiniones autorizadas de signo diverso o incluso opuesto, pues como recordamos en el ATC 446/2007, de 10 de diciembre, FJ 3, «[n]uestra doctrina en esta materia parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio,

FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3)».

La función de este tribunal se ha de limitar, por lo tanto, a expulsar aquellas interpretaciones de la norma penal que resulten manifiestamente extravagantes de los criterios aceptados en dicha comunidad (criterio metodológico) o incompatibles con los valores constitucionales (criterio axiológico).

4. Sobre la naturaleza judicial de la decisión.

El fiscal niega todo fundamento al alegato verificado en la demanda de amparo de que la providencia de este tribunal de 4 de noviembre de 2014 no fuera una genuina resolución judicial susceptible de integrar el tipo penal del art. 410.1 CP, adhiriéndose al extenso argumentario desplegado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el fundamento de derecho primero de su sentencia, al que añade argumentos adicionales que le llevan a concluir que considerar la providencia de este tribunal una genuina resolución judicial no constituye una interpretación extensiva constitucionalmente proscrita de este elemento normativo del tipo penal. En efecto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su fundamento jurídico 1.1, afirma la naturaleza judicial de la providencia de 4 de noviembre de 2014 proporcionando varios argumentos en relación con la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional:

(i) Señala, en primer lugar, que aunque se trate de un tribunal no integrado en el poder judicial, el Tribunal Constitucional es sin duda uno de esos órganos constitucionales con inequívocas potestades jurisdiccionales a los que se refiere el art. 3.1 LOPJ, que ejerce su jurisdicción constitucional de forma independiente y sometido solo a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 161 CE y art. 1 LOTC) y sus miembros son inamovibles en el ejercicio de su mandato (art. 159.5 CE). Afirma que sin perjuicio de sus evidentes peculiaridades, derivadas de la importancia de sus funciones (art. 161 CE) y de la singular extracción de sus integrantes (art. 159 CE), la denominación de sus miembros (art. 5 LOTC), su composición orgánica (art. 6 LOTC) y la clase y forma de sus resoluciones (art. 86 LOTC) son las propias de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

(ii) A continuación argumenta que en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, días y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados, los procedimientos ante el Tribunal Constitucional se rigen supletoriamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de enjuiciamiento civil, y desde la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, en materia de ejecución de resoluciones, por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 80 LOTC).

Argumenta adicionalmente que no puede aceptarse que el Tribunal Constitucional haya declarado que su régimen de incompatibilidades, recusaciones y abstenciones sea diferente del establecido para los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino únicamente que en ellos no podrán ser tenidas en cuenta aquellas situaciones y causas que pretendan cuestionar su estatuto personal (art. 159 CE).

Concluye diciendo que «la negación del carácter judicial del Tribunal Constitucional supondría, de hecho, el desconocimiento de la condición normativa misma de la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española, que el Tribunal Constitucional está llamado a interpretar y aplicar. Frente a un modelo constitucional, superado con creces, que estaría a la absoluta soberanía de las Cámaras Legislativas, nuestro modelo se dota de un sistema de justicia constitucional confiado en exclusiva al Tribunal Constitucional, que desarrolla una función de auténtico enjuiciamiento, ya sea con ocasión de demandas en amparo de derechos fundamentales, ya sea como mecanismo de control constitucional de la producción normativa del legislador, ya sea como árbitro de los conflictos competenciales. En suma, solo la ignorancia del carácter

rigurosamente normativo del texto constitucional, sancionado indefectiblemente en su art. 9.1, entre otros, permitiría la pretendida negación del carácter judicial del Tribunal Constitucional y de sus resoluciones». No abriga por ello ninguna duda de «la atribución al Tribunal Constitucional de auténtica jurisdicción constitucional, por tanto de que sus resoluciones, dictadas en el ejercicio de esa jurisdicción, deben ser tratadas como resoluciones judiciales a los efectos de la tipificación penal que aquí se propone».

Este argumentario es asumido explícitamente por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, que en su fundamento jurídico noveno, que a su vez reproduce consideraciones de la sentencia de la misma sala 177/2017, se pronuncia igualmente en el sentido de que no cabe abrigar dudas sobre que el Tribunal Constitucional es un verdadero órgano jurisdiccional llamado a asegurar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos, naturaleza que no se resiente por su específico ámbito competencial (arts. 161 CE y 2 LOTC) que hace explicable que «le corresponda juzgar con arreglo a criterios y razones jurídicas verdaderas controversias políticas» por lo que «el poder jurisdiccional es, pues, atributo y carácter esencial del Tribunal Constitucional, de ahí que le sea atribuida como poder decisorio en materia de garantías constitucionales (art. 164 CE) y sus sentencias tengan valor de cosa juzgada, sean firmes y produzcan efectos frente a todos (cfr. SSTC 113/1995, 6 de julio, y 150/1985, 5 de noviembre)».

La calificación como resolución judicial a los efectos del art. 410.1 CP de la providencia dictada por este tribunal no es, pues, fruto de una interpretación irracional o arbitraria del régimen jurídico aplicable a este tribunal y a sus resoluciones. Aunque el Tribunal Constitucional no está integrado en el poder judicial a que se refiere el art. 117 CE, lo cierto es que, dadas las formas que pueden revestir sus resoluciones (providencias, autos y sentencias), el régimen jurídico que determina su adopción (art. 86 LOTC) y los efectos que producen, estas deben ser objetivamente consideradas de naturaleza judicial. Se trata por lo demás de una interpretación que concuerda con la doctrina fijada en las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, FFJJ 8, 9, 10, y 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 6, que se pronunciaron sobre sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

Estos precedentes no alteran en modo alguno las bases constitucionales vigentes en el momento de la comisión de los hechos enjuiciados, pues expresan el modelo de justicia constitucional implantado en nuestro país conforme a una interpretación conjunta de la Constitución y de los principios que proyecta sobre tal modelo (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 3), en función de unos rasgos de normatividad y supremacía impresos por el constituyente *ab origine*.

Este tribunal, por lo demás, tampoco ha sido parco en resoluciones que advierten de la inequívoca naturaleza jurisdiccional de las diversas funciones que tiene encomendadas, de las que son representativas la STC 150/1985, de 5 de noviembre, sobre el valor de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad, la STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6, que integra a este tribunal, en conjunción con los tribunales ordinarios, en el doble mecanismo jurisdiccional escalonado de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos dispuesto en el art. 53.2 CE, e incluso el ATC 86/2011, de 9 de junio, en el que afirmamos que este tribunal reúne los requisitos exigidos por el artículo 267 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en que es un «órgano jurisdiccional» en el sentido de dicho precepto, para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se ha de desestimar por ello la alegación vertida en la demanda de amparo de que los órganos de la jurisdicción penal se han servido de una normatividad posterior a los hechos para integrar el tipo penal, refiriéndose a las SSTC 185/2016 y 215/2016, toda vez que estos precedentes son congruentes con una línea doctrinal que ya estaba consolidada con anterioridad, y, en su esencia última, con la decisión fundacional del

constituyente de otorgarle una jurisdicción única, propia y exclusiva. Con todo ello, se cumplen las exigencias de previsibilidad que comporta el principio de taxatividad en materia penal.

El análisis de la aplicación de la norma penal requerido en este recurso de amparo habrá de descender por tal razón de lo abstracto –la naturaleza judicial de la resolución, que queda al margen de toda discusión– a lo concreto –las particulares condiciones y atributos de la resolución cuyo supuesto incumplimiento desencadenó la reacción penal–.

5. Sobre la ejecutividad y alcance del mandato.

El demandante afirma que nuestra providencia de 4 de noviembre de 2014 no reunía las cualidades de ejecutividad y concreción necesarias para que su supuesta desobediencia pudiera integrar el tipo objetivo del art. 410.1 CP. Es oportuno recordar el tenor literal del precepto, que dice: «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, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Dada la diversidad de enfoques que se utilizan en la demanda para impugnar su aplicación, trataremos por separado las alegaciones relativas a la naturaleza de la decisión objeto de desobediencia, que cuestionan su ejecutividad y concreción, censurando la interpretación judicial del elemento normativo «resolución judicial», de las que se refieren a la incorrecta apreciación de la existencia de una desobediencia abierta, censurando así el proceso de subsunción jurídica de los hechos en el tipo subjetivo del delito.

a) Sobre la ejecutividad de la providencia.

La consideración de que la providencia que dictó este tribunal el 4 de noviembre de 2014 incorporaba una orden ejecutiva, alcanzada en las resoluciones judiciales objeto de impugnación en el presente recurso de amparo, lejos de ser el producto de una interpretación extravagante de nuestro ordenamiento jurídico, expresa correctamente la conclusión a la que razonablemente cabe llegar partiendo de la singularidad que el art. 161.2 CE imprime en el esquema de control de las disposiciones y resoluciones autonómicas, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional plasma en tres procedimientos constitucionales concretos: los recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas (art. 30), los conflictos de competencia positivos instados por el Gobierno (art. 64.2) y el procedimiento específico de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas del título V (art. 77), que es el procedimiento en cuyo seno se dicta la providencia debatida.

Dictada conforme al inciso segundo del art. 77 LOTC, que dice que «[l]a formulación de la impugnación comunicada por el tribunal producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el tribunal resuelva ratificarla o levantarla en plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia», la providencia de 4 de noviembre de 2014 concretó el efecto suspensivo de duración limitada predeterminado en la Constitución en un formato en el que es inmediatamente reconocible un mandato vinculante dirigido a evitar que las actuaciones impugnadas –las narradas en el escrito de la representación procesal del órgano impugnante– agotasen sus efectos antes de que este tribunal se pronunciase sobre su adecuación a la Constitución.

Nuestra providencia no constituye en razón de su tipología una resolución de valor declarativo, como se afirma en la demanda, pues no exterioriza ningún juicio sobre el fundamento de la concreta pretensión impugnatoria deducida ante este tribunal, sino un mandato puro de suspensión de actividades en tanto se dirime dicho fundamento;

mandato perfecto y acabado, directamente exigible, no precisado del complemento de una nueva resolución de este tribunal, ni de la previa interposición y resolución de un incidente de ejecución, ni mucho menos del auxilio de otro tribunal, exigencias en las que insiste la demanda, pero que quedan fuera del contexto normativo aplicable.

En el desarrollo argumental del motivo de amparo nos encontramos con que al mismo tiempo que se niega a nuestra providencia el atributo de la ejecutividad, se apunta la consideración de que su característica adopción *ex lege* serviría de argumento añadido para sostener su supuesta inidoneidad para integrar el correspondiente elemento normativo del tipo penal recogido en el art. 410.1 CP; objeción a la que sale al paso la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al recordar que una resolución judicial no se desnaturaliza por el mayor o menor grado de discrecionalidad que la ley otorgue al órgano judicial que deba dictarla.

Es necesario, en cualquier caso, profundizar en este aspecto desde una perspectiva constitucional. Ya hemos dicho que la automaticidad de la adopción de esta medida en modo alguno arroja dudas sobre su ejecutividad, más bien la confirma a la luz de sus presupuestos aplicativos. Se trata en cualquier caso de un rasgo original del propio art. 161.2 CE, que otorga al Consejo de Ministros una prerrogativa procesal, excepcional y exclusiva, en defensa del interés general (STC 79/2017, 22 de junio, FJ 17) que es fruto de una ponderación anticipada de los intereses en juego verificada en su momento por el propio constituyente.

La innegable impronta que la invocación gubernamental de este precepto constitucional imprime en los procedimientos constitucionales en los que la puede hacer valer no desvirtúa la naturaleza jurisdiccional de la consecuente decisión de este tribunal, ni le descarga de sus potestades decisorias al exigírsele, antes del agotamiento del plazo inicial, una decisión de renovar o levantar el mandato de forma motivada, a solicitud de cualquiera de las partes, en un incidente de genuina naturaleza cautelar dirigido a «asegurar el objeto litigioso, evitando la producción de daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación» en el que será necesario «ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión» (ATC 35/2018, de 21 de marzo, FJ 3).

Se da la circunstancia de que este tribunal acordó por providencia de 20 de enero de 2015 dar traslado a las partes en el procedimiento constitucional de impugnación para que expusieran en el plazo de cinco días lo que consideraran conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión; traslado que la Abogacía del Estado evacuó el 28 de enero de 2015 y la representación procesal de la Generalitat de Cataluña el día 30 de enero de 2015, estando conformes ambas partes en el punto de que, tras la celebración de la consulta el día 9 de noviembre de 2014, las actuaciones habían agotado sus efectos y el incidente había perdido su objeto, expresión manifiesta de la frustración definitiva del mandato suspensivo emitido por este tribunal.

No puede tildarse, por lo tanto, de ilógica, irracional o arbitraria la conclusión alcanzada por los tribunales del orden penal en el momento de examinar los elementos normativos del tipo penal de que nuestra providencia de 4 de noviembre de 2014 constituía una resolución judicial ejecutiva, o, al decir del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, una resolución «ejecutiva por antonomasia».

b) Sobre el contenido y alcance de la providencia.

La demanda de amparo niega la relevancia de nuestra providencia como sustrato de una imputación penal desde otra perspectiva: en su concreta formulación no tenía un sentido claro para quienes fueron sus destinatarios.

Llegados a este punto, consideramos que la alegación de falta de claridad en el contenido y alcance de la providencia, como argumento asociado a la supuesta inconcurrencia de un elemento objetivo del delito desde la perspectiva del art. 25.1 CE, solo puede ser abordada desde parámetros igualmente objetivos; lo que exige partir

tanto de la función, ya explicada, que dicha resolución tenía en el proceso constitucional en el que se había pronunciado, como de su propia literalidad, que ha de constituir forzosamente un elemento necesario del razonamiento.

En lo relativo a su función, ya hemos señalado que su única finalidad radicaba en preservar el éxito del procedimiento constitucional evitando la consumación de los efectos de las actuaciones cuya constitucionalidad se hallaba *sub iudice*.

En lo atinente a su contenido, se trataba asimismo de una resolución caracterizada por su completitud en tanto que además del mandato inherente a su función, contemplaba un destinatario –el Gobierno de la Generalitat, parte del proceso–, un objeto –las actuaciones impugnadas, relacionadas en el escrito inicial de impugnación del que se dio traslado al demandante– y un tiempo –inmediato por las apremiantes circunstancias en que se dictó, a escasos días de la fecha fijada para la celebración de la consulta–.

En atención a ello, las sentencias impugnadas en el presente recurso de amparo tampoco han incurrido en calificación exorbitante o sorpresiva al reconocer estas características en la resolución de este tribunal.

6. Sobre la errónea subsunción jurídica de los hechos en el art. 410.1 CP por inexistencia de requerimiento personal.

El demandante denuncia la existencia de un error patente de subsunción jurídica porque no fue expresamente requerido por este tribunal para verificar ningún tipo de comportamiento, y aduce que el proceso de participación tenía vida propia y se desarrollaba autónomamente por particulares voluntarios y contratistas, y que desde que le fue comunicada la providencia no realizó ningún acto que le implicara en el mismo, por lo que no hubo de su parte una negativa abierta al cumplimiento de la decisión de este tribunal.

En el marco del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, que es derecho que vertebra este motivo de amparo, el juicio de adecuación de la subsunción jurídica no puede apartarse del relato de hechos probados de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se trata de un relato inmodificable conforme al art. 44.1 b) LOTC, que en el presente caso hace una circunstanciada relación de acciones y omisiones desarrolladas con posterioridad a la comunicación de la providencia de 4 de noviembre de 2014, tanto por el demandante de amparo como por las otras dos acusadas en la causa, que fueron determinantes de la celebración de la consulta en la fecha prevista. El enjuiciamiento constitucional de la corrección de la inferencia de que la conducta enjuiciada respondía a una voluntad inequívoca de neutralizar el mandato judicial debe residenciarse, por ello, en la esfera del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, que es el invocado en el segundo motivo de amparo y que se tratará al examinar su fundamento.

Sí debe ser analizada, en cambio, desde la perspectiva del art. 25.1 CE, la alegación de que en ausencia de requerimiento personal la aplicación del art. 410.1 CP excedió los límites del tipo. El *factum* de la sentencia indica que la providencia fue comunicada por correo electrónico el mismo día de su pronunciamiento al demandante de amparo a través de los servicios jurídicos de la Generalitat, junto con una carta del entonces presidente de este tribunal dirigida al demandante; no menciona que se practicase requerimiento personal ni apercibimiento alguno al demandante con posterioridad a esta comunicación.

Enjuiciar el ajuste constitucional de la interpretación y aplicación de una norma penal exige, en primer lugar, estar a su propio tenor literal, y es constatable por la mera lectura del precepto que el delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público del art. 410.1 CP no incluye en su descripción típica que se haya dirigido a la autoridad o funcionario público concernido por el mandato judicial un requerimiento previo de cumplimiento o un apercibimiento de las consecuencias que se seguirían de este incumplimiento.

En ausencia de previsión legal expresa, determinar su exigibilidad es tarea que compete en exclusiva a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su calidad de órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123.1 CE), dándose la circunstancia de que en el fundamento de derecho séptimo de su sentencia de 23 de enero de 2019 se pronuncia claramente en sentido contrario a tal tesis.

El demandante sostiene que este posicionamiento representa una quiebra en una línea jurisprudencial constante que habría exigido dicho requerimiento, y que de este giro jurisprudencial solo existiría un antecedente, la sentencia de 22 de marzo de 2017, en el que la misma sala condenó en única instancia a don Francesc Homs i Molins por estos mismos hechos.

El planteamiento del motivo de amparo exige así examinar los concretos razonamientos empleados en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia de 23 de enero de 2019, donde se dice que la especialísima posición del demandante y de las otras dos condenadas, como presidente y miembros del Gobierno de la Generalitat, hace que no les sean aplicables las conclusiones adoptadas en otros casos en los que se juzgaba a particulares, pues no les podía pasar desapercibido que la providencia era una decisión pública, comunicada directamente, en la que el Tribunal Constitucional pretendía inequívocamente que se interrumpiera el proceso participativo que estaba en marcha antes de que llegara a su término en pocos días.

El Tribunal Supremo afirma que en su argumento no anida ningún *overruling* jurisprudencial, pues si bien es entendible que en aquellas ocasiones en que el delito de desobediencia se imputa a un particular [cfr. arts. 556, 348.4 c) y 616 *quater* CP] el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular, en los casos en que el mandato se dirige a una autoridad o funcionario público (art. 410.1 CP) la exigencia de notificación personal ha de ser necesariamente modulada, pues lo decisivo en ese caso es que la autoridad o funcionario al que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe. Cita precedentes en los que la sala no consideró exigible el requisito del requerimiento previo para estimar cometido el delito de desobediencia (SSTS 1615/2003, de 1 de diciembre y 1095/2009, de 6 de noviembre) de los que afirma «se refieren además a particulares. El criterio que enuncian cobra más sentido aún cuando pensamos en autoridades públicas en las que ha de presumirse el conocimiento del deber de acatamiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional (art. 87 LOTC). Cuentan además con medios para un asesoramiento específico». Más adelante explica que la previa advertencia de incurrir en delito de desobediencia de no comportarse de determinada manera «representa solo una fórmula para preconstituir la prueba del dolo, y, en su caso, para dotar de mayor eficacia conminatoria al mandato. Pero el dolo, o el conocimiento de la orden, si concurren y están probados, han de dar lugar a la condena por el delito de desobediencia, aunque no existiese un requerimiento personal».

La doctrina de los precedentes citados es inequívoca. De la STS 1095/2009, fundamento de derecho 1 A), extraemos, a título meramente ejemplificativo, este párrafo: «Pero 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 artículo 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 este (*vid.*, en este sentido, la STS de 1 de diciembre de 2003, por ejemplo)».

A la luz de estos precedentes hemos de convenir en que la sentencia del Tribunal Supremo objeto de impugnación en el presente recurso de amparo concuerda con ellos

en el aspecto de que el requerimiento previo no es un requisito típico del delito de desobediencia, ni una condición objetiva de punibilidad, sino un medio de acreditar el dolo cuya relevancia se atenúa cuando se atribuye a autoridades o funcionarios públicos. Este criterio era previsible en la fecha en que ocurrieron los hechos.

El motivo ha de ser, por ello, desestimado.

7. Sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, prueba del dolo.

En el segundo motivo de amparo, el demandante denuncia que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque las resoluciones judiciales impugnadas han inferido de forma no racional el dolo desobediente, tomando en consideración indicios inconcluyentes, como el hecho de que se hubiera dado cumplimiento previamente a la providencia de este tribunal de 29 de septiembre de 2014, la decisión del Consell de Govern de recurrir en súplica y de instar la aclaración de la providencia de 4 de noviembre de 2014 y el informe del Consell Assessor per a la Transició Nacional que se limitaba a analizar de manera general ciertas hipótesis y que en ningún momento decía que la celebración de una consulta pudiera constituir un delito de desobediencia.

Como sintéticamente establece la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5, la concurrencia del dolo debe ser examinada desde los parámetros del derecho a la presunción de inocencia, y como elemento subjetivo del delito ha de quedar suficientemente probado «si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria [...] En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4, y 8/2006, de 16 de enero, FJ 2). Más concretamente, nuestro control de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5)»; en cualquier caso, «el juicio que compete realizar a este tribunal es un mero control externo sobre la concreta motivación empleada por la resolución impugnada, limitándose a “la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo” (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3). Por ello hemos reiterado que “entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos” (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13, y 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5)».

Aplicada esta doctrina al presente caso, observamos que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dedica el apartado número tres de su fundamento de derecho primero al examen de la concurrencia del dolo desobediente, y concluye que el demandante y las otras dos acusadas obraron con conocimiento del mandato judicial y con intención de incumplirlo a partir de estos elementos: (i) tomaron conocimiento de la providencia el mismo día de su pronunciamiento y formaron parte del Consell de Govern que se reunió esa misma tarde y acordó interponer el recurso de súplica, lo que revelaba conciencia de que el proceso de participación ciudadana no podría celebrarse, si este tribunal no alzaba la suspensión; (ii) la providencia de 4 de noviembre de 2014 era clara tanto en su contenido como en su carácter vinculante, los destinatarios eran autoridades públicas, disponían del asesoramiento jurídico de equipos técnicos, de modo que «la claridad del mandato contenido en una resolución judicial no puede hacerse depender de

la mejor o peor voluntad de entenderlo que pueda admitir el destinatario compelido a su cumplimiento»; (iii) la solicitud de aclaración dirigida por el Consell de Govern a este tribunal fue declarada inadmisibile en el ATC 292/2014, de 2 de diciembre, porque discutía los términos de la suspensión para solicitar un nuevo pronunciamiento sobre el alcance de la suspensión acordada; (iv) un informe previo del Consell Assessor per a la Transició Nacional dependiente de la Generalitat de Catalunya, conocido por el demandante, advertía que la vía de impugnación del art. 161.2 CE comportaría la suspensión automática de la actuación autonómica e incluso de la posibilidad de que se imputase un delito de desobediencia, en el caso en que mediase una resolución cautelar adoptada en un proceso contencioso-administrativo o constitucional que instase a no celebrar una consulta cuya convocatoria no hubiese sido impugnada.

Complementariamente, en el apartado uno del fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, donde se verifica el juicio de autoría respecto del demandante, se destaca que ante idéntico escenario, la providencia de este tribunal de 29 de septiembre de 2014, redactada en coincidentes términos a los contenidos en la providencia de 4 de noviembre de 2014, providencia aquella que suspendía el Decreto del presidente de la Generalitat de Catalunya 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de una consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, el demandante la acató y suspendió las actuaciones vinculadas a la misma, sin necesidad de requerimiento alguno ni de advertencia previa.

La sentencia del Tribunal Supremo apela por su parte en su fundamento de derecho cuarto a la claridad del mandato, frente al que se esgrimía como argumento defensivo una suerte de «ignorancia fingida» que la sala no admite pues «quedaba meridianamente claro qué actuaciones no venían consentidas por el Tribunal Constitucional por ser abiertamente vulneradoras de la orden de suspensión, se interprete ésta como se interprete y se le dé el alcance que se le quiera dar»; en su fundamento de derecho quinto apunta que «por su posición institucional y por su implicación en la activación y llevanza a término de ese proceso, hacer caso omiso a la decisión constitucional suponía su abierto desacato».

Asimismo, en el fundamento de derecho décimo de la sentencia del Tribunal Supremo se da respuesta directa a la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia señalando que, aun a riesgo de parecer repetitivos, el dolo exigible no consiste en querer cometer un delito de desobediencia, sino en querer incumplir un mandato judicial, y que «este dolo fluye con naturalidad de la secuencia de episodios concatenados que recoge el *factum*. La inferencia que hace el tribunal sobre este punto es tan lógica como racional», que lo que resulta incompatible con los hechos es no apreciar una voluntad de no respetar lo que disponía la providencia emanada del Tribunal Constitucional y notificada por carta personal al presidente de la Generalitat, lo que se tenía que interpretar «como algo más que una simple deferencia institucional». Considera que son elementos en los que fundar esa inferencia los términos literales de la propia providencia, que reproduce, la ausencia de efecto suspensivo del recurso de súplica y de la solicitud de aclaración, que en el recurso de súplica se solicitaba que se dejara sin efecto la providencia para que pudiera celebrarse el proceso participativo, lo que revelaba que eran conscientes de que la providencia lo impedía si no eraalzada por el propio Tribunal Constitucional; que el recurso de aclaración solo se refería a si la suspensión alcanzaba a las actuaciones aun no formalizadas jurídicamente el día 31 de octubre de 2014; que la providencia de 29 de septiembre de 2014, que decía lo mismo que la de 4 de noviembre de 2014, fue cumplida en sus propios términos sin instarse aclaración alguna, siendo llamativo el cambio de actitud en relación con la segunda; y que el informe del Consell Assessor aludía a la posibilidad de incurrir en responsabilidades penales. Añadía que la invocación de los derechos de los ciudadanos no permite sustituir esta inferencia por otra porque «[l]os derechos fundamentales han de ejercitarse en la forma y por los cauces establecidos en la Constitución y en las leyes».

Las sentencias impugnadas partieron, pues, de datos debidamente acreditados que les llevaron a concluir que el demandante y las otras dos acusadas tenían cabal

conocimiento del mandato judicial y de su deber de cumplirlo. Esta inferencia no presenta ninguna quiebra lógica y se puede afirmar con fundamento que el razonamiento que ha conducido a la conclusión de la existencia de intencionalidad o dolo aparece debidamente argumentado y exteriorizado en las resoluciones impugnadas.

La demanda parece reprobador con especial intensidad que los tribunales hayan tomado como elemento de convicción el tenor literal de la providencia, argumento que este tribunal no puede hacer suyo, pues no es posible que el enjuiciamiento de un caso como este pueda prescindir del contenido de la resolución cuyo incumplimiento es fundamento de la imputación y objeto del debate, constituyendo la alegación del demandante manifestación más bien de su discrepancia con la interpretación judicial que se da al mismo; esto es, con la valoración judicial de tan relevante medio de prueba, que una constatación de su ineficacia probatoria.

El motivo segundo de la demanda de amparo, relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, deber ser, por las razones expuestas, desestimado.

8. Sobre la vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos, y de los derechos a la libertad ideológica y de expresión, y de reunión.

Denuncia el recurrente en el tercer motivo de amparo que las sentencias impugnadas al castigar como delito de desobediencia del art. 410.1 CP el hecho de que permitiera que se llevara a cabo la jornada de participación ciudadana del día 9 de noviembre de 2014 han infringido su derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE en relación con el derecho fundamental a la participación política del art. 23.1 CE, así como los derechos de centenares de miles de ciudadanos de Cataluña a opinar sobre el futuro de su comunidad política, con la consiguiente afectación de sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), de expresión (art. 20 CE) y de reunión (art. 21 CE).

El demandante de amparo invocó la vulneración de estos derechos fundamentales en el motivo noveno del recurso de casación que interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que articuló por la vía de la infracción de preceptos constitucionales (arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ). La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de enero de 2019, desestimó el motivo casacional en su fundamento de derecho décimo quinto en el que argumenta, en síntesis, que no existe un derecho a participar en un proceso de votación cuya inconstitucionalidad ha sido proclamada por quien es intérprete y garante de los derechos fundamentales; refiriéndose a la STC 138/2015, que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites y cauces, y que cuando el conflicto entre derechos se genera como consecuencia de una iniciativa política que desborda el marco constitucional es el propio Tribunal Constitucional el que ha de resolver la legitimidad de esa iniciativa como órgano a quien incumbe la defensa de las libertades y derechos fundamentales, y a quien se atribuye con carácter exclusivo la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas (art. 161.2 CE). Afirma igualmente que cuando las fronteras entre lo que es ejercicio legítimo de un derecho (votación legal) y lo que no lo es (consulta suspendida por la jurisdicción constitucional) son claras y nítidas no se desencadena el efecto desaliento (*deterrent effect*), pues «no hay ningún peligro a evitar al desalentar formas claramente ilegítimas y contrarias al orden legal de supuesta participación política».

Este tribunal ha establecido que la legitimidad constitucional de la intervención penal en los casos en que la aplicación de un tipo entra en colisión con derechos fundamentales no viene determinada por los límites del ejercicio del derecho, sino por la delimitación de su contenido, de modo que cuando una conducta constituya, inequívocamente, un acto ajustado al ejercicio regular del derecho fundamental, respondiendo por su contenido, finalidad o medios empleados a las posibilidades de actuación o resistencia que el derecho otorga, no resultará constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma

fuera conforme a su tenor literal (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Cuando el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, pero se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional, este tribunal ha dicho que la gravedad que representa la sanción penal podría suponer una vulneración del derecho al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8). Esta doctrina ha conducido a declarar que no debe hacerse un uso desproporcionado de las normas penales ante ciertos excesos en el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información (STC 110/2000, de 5 de mayo), sindical (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8 y las allí citadas sobre el «efecto desaliento») y de huelga (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

La STC 104/2011, FJ 6, declaró que «no cabe incluir entre los supuestos penalmente sancionables aquellos que sean ejercicio regular del derecho fundamental de que se trate, y que tampoco puede el juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el supuesto de que no constituya un ejercicio plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del mismo. Por tanto, la sanción penal solo será constitucionalmente posible cuando estemos frente a un ‘aparente ejercicio’ del derecho fundamental, y siempre que, además, la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible».

A la luz de esta doctrina, existe un uso desproporcionado del derecho penal, y por lo tanto ilegítimo desde una perspectiva constitucional, cuando se sanciona una conducta merecedora de ser encuadrada en el ámbito objetivo de aplicación del derecho fundamental invocado; esto es, cuando la conducta presente una conexión clara e incontestable con el derecho, aunque se haya incurrido en exceso en su ejercicio, pero no cuando represente una forma desfigurada o desnaturalizada del mismo inidentificable con su contenido objetivo.

La demanda de amparo hace un esfuerzo argumental por establecer un vínculo – alguna clase de vínculo– entre la conducta enjuiciada y el derecho fundamental a la participación en asuntos públicos garantizado en el art. 23.1 CE, que pasa por solicitar de este tribunal una revisión de su doctrina sobre el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho. Este esfuerzo, sin embargo, resulta baldío, porque en el proceso de participación ciudadana culminado el día 9 de noviembre de 2014 –y en fechas sucesivas– concurrieron vicios de inconstitucionalidad de orden competencial y material –tenía por objeto una materia ajena a la competencia autonómica, afectante a decisiones fundacionales del constituyente e irreductible por tal motivo a una consulta popular de estas características– determinantes de su absoluta inidoneidad para servir de cauce al ejercicio de tal derecho; argumento en el que se apoya la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para negar su apreciación como sustento de una posible justificación o exención penal de la conducta.

Esos vicios fueron declarados en la STC 138/2015, de 11 de junio, en cuyo FJ 4 dijimos que «cada una de las dos preguntas sobre las que se convocó y versó la consulta –«¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?» «¿Quiere que este Estado sea independiente?»– «plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional», y de que «con ella[s] se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos» (SSTC 103/2008, FJ 4, y 31/2015, FJ 6)» (FJ 4).

También se afirmaba, en relación con los arts. 1.2, 2 y 168 CE, invocados por el abogado del Estado, que «las preguntas sobre las que versa el llamado “proceso de

participación ciudadana” presuponen un reconocimiento indirecto a la Comunidad de Cataluña de unas atribuciones que resultan contrarias a dichos preceptos constitucionales, tal y como examinamos en detalle en la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3, donde advertíamos con cita de la STC 31/2010, FJ 11, que “los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como 'la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento' (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10)».

Seguía la siguiente consideración: «Hemos afirmado recientemente en la STC 31/2015 (FJ 6) que “el parecer de la ciudadanía sobre tales cuestiones ha de encauzarse a través de los procedimientos constitucionales de reforma”, dado que, como hemos reiterado en varias ocasiones, cabe acudir a cuantas vías sean compatibles con el texto constitucional, ya que “[e]l planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4)” [STC 42/2014, FJ 4 c)]».

Ello condujo a «declarar que las actuaciones de la Generalitat de Cataluña preparatorias o vinculadas con la consulta convocada para el 9 de noviembre de 2014 son inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional».

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo verificó un juicio adecuado de ponderación al concluir que, en el contexto del procedimiento constitucional de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas en el que se dictó la providencia incumplida, la condena derivada de su incumplimiento no representó un sacrificio desproporcionado del derecho garantizado en el art. 23.1 CE, porque ese derecho no resulta reconocible ni en su contenido ni en su forma en el meritado proceso de participación ciudadana, ni ha de producir un efecto disuasorio de su legítimo ejercicio futuro a través de los cauces constitucional y legalmente establecidos.

Hay otro aspecto no menos relevante en el análisis de la afectación por la condena del derecho de participación política garantizado en el art. 23.1 CE: la calidad que tenía el demandante en el momento de la comisión de los hechos de presidente de la Generalitat de Catalunya, que lleva aparejada una obligación de lealtad constitucional (ATC 24/2017, FJ 8) que impide de todo punto «pretextar el ejercicio de los derechos fundamentales para objetar la antijuridicidad de la conducta del demandante, puesto que ningún derecho de esa naturaleza legitima que el titular de un poder público autonómico incumpla las obligaciones que la propia Constitución le impone: entre ellas, el cumplimiento de las resoluciones de este tribunal (art. 87.1 LOTC), al igual que las dictadas por jueces y tribunales (art. 118 CE)» (STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 11.5.2.3).

La vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE), a la libertad de expresión (art. 20 CE) y de reunión (art. 21 CE), se alega sin un desarrollo argumental autónomo ni un perfil propio, apareciendo asociados a la supuesta legitimidad del proceso de participación ciudadana como medio de facilitar a los ciudadanos de Cataluña la oportunidad de manifestar sus opiniones: el derecho de reunión no fue invocado en el recurso de casación, por lo que no podría ser objeto en ningún caso de examen de fondo y las libertades ideológica y de expresión se invocan haciendo completa abstracción de que el proceso de participación ciudadana, contraviniendo el mandato de este tribunal, llegó a su culminación, la consulta se celebró en la fecha señalada y los ciudadanos que participaron en la misma no fueron objeto de persecución

penal, lo que nos lleva a concluir la falta de fundamento de su lesión pues «en el contexto propio de un recurso de amparo que trae causa de un procedimiento penal seguido contra el demandante y otros acusados, no cabe dilucidar sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales de terceros a quienes el procedimiento penal no les ha afectado. Y ello, porque las resoluciones impugnadas en el presente recurso no han podido ocasionarles lesión alguna, al no haberse establecido ningún tipo de responsabilidad penal respecto de ellos» (*ibidem*).

Procede, en atención a lo expuesto, la desestimación íntegra de este tercer motivo de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente demanda de amparo, promovida por don Artur Mas i Gavarró.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a siete de octubre de dos mil veintiuno.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.