

RECURSO CASACION núm.: 203/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a .

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 203/2020 interpuesto por el **MHP de la Generalitat D. JOAQUIM TORRA I PLA**, representado por el procurador D. Javier Fernández Estrada, bajo la dirección letrada de D^a. María Isabel Elbal Sánchez y de D. Gonzalo Boyé, contra la sentencia nº 149/19 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 19 de diciembre de 2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida el partido político VOX, representado por la procuradora D^a. Pilar Hidalgo López, bajo la dirección letrada de D. Juan Cremades Gracia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tramitó Procedimiento Abreviado nº 1/2019, dimanante de Diligencias Previas nº 2/2019, contra el **MHP de la Generalitat D. JOAQUIM TORRA I PLA**, por un delito de desobediencia y, una vez concluso, dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Declaramos probado que:

Tras la convocatoria de elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, acordada por Real Decreto 129/2019 de 4 de marzo, la representación de la formación política Ciudadans, Partido de la Ciudadanía, presentó escrito en fecha 7 de marzo de este año ante la Junta Electoral Central en el que expuso la presencia y exhibición en las fachadas principales de los edificios públicos dependientes de la Generalitat de Catalunya, desde tiempo atrás, de símbolos tales como lazos amarillos, banderas esteladas o pancartas y eslóganes, todos ellos identificables con determinadas opciones políticas y eventuales candidaturas a las Cortes Generales, y terminó por interesar de la .meritada Junta Electoral Central un pronunciamiento sobre la oportunidad del restablecimiento en dichos edificios del principio de neutralidad durante el periodo electoral.

En respuesta a lo peticionado, por Acuerdo de 11 de marzo, dictado en el expediente 293/840, la JEC resolvió requerir al President de la Generalitat "...para que ordene en el plazo máximo de 48 horas la inmediata retirada de las banderas "esteladas" o lazos amarillos que puedan encontrarse en cualquier edificio público dependiente de la Generalitat de Cataluña."

Asimismo, se expresó en el Acuerdo su firmeza en vía administrativa.

Dicho pronunciamiento fue debidamente notificado al acusado, MHP Sr. Torra, que en fecha 13 de marzo, ante la Junta Electoral Central, no obstante ser conocedor y plenamente consciente del carácter imperativo e inexorable de la orden contenida en el Acuerdo, presentó escrito en el que solicitaba una reconsideración del mismo, y respecto del cual la JEC dictó un nuevo pronunciamiento de fecha 18 de marzo, en el sentido de "Reiterar al Presidente de la Generalidad el requerimiento hecho en el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 11 de marzo de 2019, para que en el plazo de 24 horas ordene la retirada de las banderas "esteladas" y de los lazos amarillos que puedan encontrarse en cualquier edificio público dependiente de la Generalitat de Cataluña, apercibiéndole de las responsabilidades administrativas y, en su caso, penales, en que pudiera incurrir si persiste en la desobediencia a estos Acuerdos de la Junta Electoral Central".

Este nuevo plazo vencía, a las 15:00 horas del día 19 de marzo.

También acordó la JEC requerir a Delegada del Gobierno en Cataluña para que informara si, "...dentro del plazo previsto se ha dado cumplimiento al presente Acuerdo, al efecto de deducir en su caso, las responsabilidades en las que se haya podido incurrir por no hacerlo.

Se expresó, además, la firmeza del Acuerdo en vía administrativa, que fue debidamente notificado al MHP Sr. Torra i Pla.

En fecha 19 de marzo, el acusado, a pesar de lo evidente del redactado del Acuerdo de 18 de marzo y de conocer su obligación de cumplirlo antes de las 15:00 horas, presentó, vencido ese plazo, ante la JEC nuevo escrito en el que solicitaba ciertas aclaraciones relativas a los Acuerdos de 11 y 18 de marzo, e instaba la suspensión del plazo concedido por aquel último, hasta tanto no se procediera a hacer dichas puntualizaciones.

El mismo día 19 de marzo, a la finalización de la reunión del Consell de Govern presidido por el aquí acusado, su Portavoz, la Sra. Elsa Artadi i Vila, comunicó en una comparecencia pública que el President no tenía intención de retirar los símbolos tal y como ordenaba JEC.

En la misma fecha la Junta Electoral Central dicta Resolución desestimando las pretensiones aclaratorias y estableciendo: "En consecuencia, no ha lugar a suspender el plazo concedido en el Acuerdo de 18 de noviembre, que deberá observarse con toda exactitud."

En cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de 18 de marzo, la Delegada del Gobierno en Cataluña, en sendos comunicados de 19 de marzo, remitió a la JEC, en relación al cumplimiento de aquel Acuerdo, informes fotográficos recabados por la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, relativos al Palacio de la Generalitat, a algunas de las Conselleries del Govern y algunos otros edificios dependientes de la Generalitat de Catalunya, en los que, a fecha de 19 de marzo, después de las 15:00 horas, seguían exhibiéndose algunos de los símbolos (banderas esteladas y lazos amarillos) cuya retirada en un plazo de 24 horas había sido ordenada por la JEC en el Acuerdo de 18 de marzo.

Por Resolución de 21 de marzo la Junta Central Electoral acordó solicitar nuevo informe a la Delegada del Gobierno en Cataluña "...respecto al grado de cumplimiento del Acuerdo de retirada ordenado por la Junta Electoral Central el pasado 11 de marzo y reiterado por Acuerdo posterior de 18 de marzo...", constatándose entonces que en varios de los edificios públicos de la Administración Autonómica y en el edificio del Palau de la Generalitat se había sustituido la pancarta con el lazo amarillo por otra idéntica con el lazo de color blanco, en clara desatención a la orden de la Junta Electoral Central, lo que llevó a ésta a adoptar un nuevo Acuerdo de fecha 21 de marzo en el que requirió al Conseller de Interior de la Generalitat de Catalunya para que "...de forma inmediata dé instrucciones a los Mossos d'Esquadra a fin de que procedan a retirar de los edificios públicos de la Administración de la Generalitat de Catalunya y de todas las entidades vinculadas o dependientes de dicha Administración autonómica, banderas esteladas, lazos amarillos o blancos con rayas rojas u otros de análogo significado, fotografías de candidatos o políticos, así como pancartas, carteles o cualquier otro símbolo partidista o que contenga imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas por cualquiera de las entidades políticas concurrentes a las elecciones, así como para que ejerzan una vigilancia permanente para que no se vuelvan a colocar durante el periodo electoral ninguno de estos símbolos partidistas", estableciendo un plazo para su cumplimiento hasta las 15:00 h del día 22 de marzo.

Este Acuerdo fue debidamente notificado al MHP y al Conseller d'Interior.

A lo largo del día 22 de marzo, con antelación a las 15:00 horas, se dio debido cumplimiento a este Acuerdo por las fuerzas requeridas para ello.>>

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado, Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya, D. JOAQUIM TORRA I PLA como autor penalmente responsable de un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de MULTA DE DIEZ (10) MESES con una cuota diaria de CIEN (100) EUROS y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas o abonadas, e INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES.

Le condenamos, asimismo, al pago de las costas del proceso, excluidas las devengadas por la acusación popular.

Procédase a la traducción al catalán de la presente sentencia, para su entrega a las partes, si así lo solicitan.>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del MHP SR. JOAQUIM TORRA I PLA:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del

juez imparcial, previsto en el art. 24.2 CE y en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a una resolución judicial fundada en derecho, previsto en el artículo 24 de la CE, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 4 bis, apartado 2, de la LOPJ.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del derecho primario de la unión europea, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, previsto en el artículo 24 de la CE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y del derecho primario de la unión europea, por vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 25.1 de la CE y en el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por concurrencia de bis in idem.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la ley orgánica del poder judicial y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 25.1 de la CE y en el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo relativo a los elementos del tipo penal, la previsibilidad, precisión y proporcionalidad de la sanción

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la CE y en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 de la ley orgánica del poder judicial, por vulneración del principio de legalidad, previsto en el artículo 25.1 de la CE y 49 de la CDFUE, en lo relativo a la determinación de la pena.

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho de sufragio pasivo reconocido en los artículos 23.2 de la CE, 10.3 del Tratado de la Unión Europea y 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Noveno.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los artículos 14 de la CE y 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el derecho a la proporcionalidad de las penas que reconocen los artículos 25.1 de la CE y el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Décimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24 de la CE.

Undécimo.- Al amparo del artículo 850.1º de la LECrim, por denegación de prueba testifical pertinente.

Duodécimo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.3º de la LECrim: denegación de una pregunta dirigida a un testigo, que era pertinente y relevante.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto quedó en suspenso su tramitación como consecuencia de diversos incidentes (abstención y recusación) suscitados, hasta que, resueltos, la Sala en proveído de 3 de julio último lo admitió, señalando para la vista solicitada (art. 893 bis a) LECrim) el día diecisiete de septiembre, fecha en la que tuvo lugar la misma con intervención del letrado del recurrente, Sr. Boye, que informó en defensa de su recurso; y de la parte recurrida, cuya defensa asumió la Sra Castro, y de la representante del Ministerio Fiscal que informaron asimismo interesando su desestimación.

SEXTO.- Iniciada la deliberación el mismo día se prolongó hasta el pasado veinticinco de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO MHP SR. JOAQUIM TORRA I PLA

PRELIMINAR

El motivo nuclear del presente recurso es el cuestionamiento del papel que desempeña la Junta Electoral Central, órgano previsto en la Constitución, como autoridad superior a los efectos de la tipicidad del art. 410.1 CP, y encargado de las garantías y supervisión de los procesos electorales, lo que constituye el motivo quinto en el que, además, se analizarán el funcionamiento y las exigencias que comporta el Estado de Derecho.

Por ello el ámbito del presente recurso, no es la exhibición de determinados símbolos o pancartas de una determinada opción política, sino su utilización en periodos electorales desobedeciendo lo dispuesto por la Junta Electoral Central que, en el ejercicio de sus funciones garantiza la transparencia y objetividad de los procesos electorales, prohibió su utilización, con vulneración del principio de neutralidad a que deben sujetarse las administraciones en general, contraviniendo órdenes expresas de aquella Junta Electoral.

Efectuadas estas consideraciones previas, analizaremos los motivos del recurso en el orden en que han sido articulados por la representación del MHP Sr. Torra.

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del juez imparcial, previsto en el art. 24.2 CE y en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Cuestiona el recurrente, en primer lugar, la imparcialidad de, al menos, dos de los vocales de la Junta Electoral Central, órgano denunciante ante la Fiscalía General del Estado. Alega que ambos debieron haberse abstenido de participar en el expediente administrativo de que emana la querrela presentada por el Ministerio Fiscal contra el Presidente de la Generalitat de Cataluña.

Asimismo, en este motivo primero denuncia que el magistrado que instruyó el presente procedimiento, Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio, demostró no ser imparcial en el momento en que dictó el auto de acomodación a los trámites del procedimiento abreviado, incluyendo aseveraciones muy concluyentes acerca de la responsabilidad penal del acusado, vulnerando, además, la presunción de inocencia.

Además su nombramiento obedeció a una propuesta del partido rival al que representa el MHP Sr. Torra. Estas circunstancias y el hecho de participar en su propia recusación, como juez y parte, al amparo de la inadmisión a trámite, demuestran su interés en que el procedimiento avanzara hasta abrir el juicio oral, en tiempo récord y sin visos de imparcialidad.

- Respecto a los tres miembros del tribunal que han dictado la sentencia condenatoria destaca que dos de ellos, el Excmo. Sr. D. Jesús Barrientos y la Ilma. Sra. D^a. Mercedes Armas habían participado previamente en las actuaciones, al dictar el auto de admisión a trámite de la querrela que dio origen al presente procedimiento.

Asimismo, el Presidente de la Sala Excmo. Sr. Barrientos -que además preside el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- se pronunció públicamente acerca del hecho nuclear del debate: apoyó el acuerdo de la Junta Electoral Central de fecha 11-3-2019, en cuya virtud se requirió al Presidente de la

Generalitat para que retirara símbolos que consideraba partidistas en un proceso electoral en el que no participaba ni la Generalitat, ni el MHP Sr. Torra.

Igualmente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquin Elias Gadea se habría manifestado públicamente en contra de la Generalitat, afirmando, sin prueba alguna que esta institución se dedicaba a hostigar y a "fiscalizar" la labor de los jueces en Cataluña.

1.1.- La primera denuncia se refiere a la pérdida de imparcialidad de dos de los vocales de la Junta Electoral Central Sres. Andrés Betancor y Carlos Vidal. Cuestiona el pronunciamiento que al respecto dictó el Ilmo. Magistrado Instructor en el auto de 27-6-2019 de acomodación a procedimiento abreviado, una vez que la falta de imparcialidad de aquellos vocales le había sido puesta de manifiesto por la defensa en escrito de 20-5-2019 en el que advertía de la animadversión de esos vocales hacia el hoy recurrente, aportando la parte diversos tweets publicados por uno y otro, además de algunos artículos periodísticos.

En aquel auto de acomodación a procedimiento abreviado, el Ilmo. Instructor señalaba al respecto que los pronunciamientos públicos que reprocha la defensa fueron efectuados con notoria antelación a los hechos que se habían investigado y que, a pesar de ello, no constaba que el entonces querellado hubiera solicitado la recusación de los vocales ni ante la propia Junta Electoral, ni tampoco por la vía contencioso-administrativa.

Conviene, por ello, al respecto recordar, dado el planteamiento de nuevo en casación de esa falta de imparcialidad que, tal como precisó el Fiscal en su informe oponiéndose al motivo, los acuerdos de la JEC se dictan en cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de la referida Junta contenidas en el art. 19.1 de la LO 5/85 y tienen su fundamento en el contenido de las disposiciones generales sobre la campaña electoral. Disposiciones que la JEC está obligada a garantizar como máximo órgano de la Administración Electoral. Resoluciones de la JEC que son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El juez penal, instructor en este caso, se limita a investigar, porque esa es su competencia, la presunta comisión de un delito de desobediencia, en modo alguno investigar la imparcialidad de un órgano de la Administración.

No haber procedido a la recusación en esa vía es suficiente para desestimar las alegaciones del motivo. No es de recibo entender que la interposición de la querrela contra aquellos vocales por prevaricación, suple aquella falta de recusación, al ser una medida más contundente que ésta, al constar unido a las diligencias, el auto de esta Sala Segunda de 22-4-2019, acordando su archivo por no ser hechos constitutivos de delito.

Las alegaciones de la defensa del recurrente en orden a que cuando se conocieron aquellas manifestaciones de los vocales la vía administrativa ya había finalizado, es analizada con sumo detalle en la sentencia recurrida que transcribimos para mayor claridad:

"Los tweets y artículos aportados en autos por la defensa lo fueron en escrito de 20 de mayo de 2019 (con la misma fecha de presentación ante el Instructor) y tienen fecha desde el 11 de octubre de 2017 a 18 de abril de este año, se mencionan un total de veinticuatro, y de varios de ellos reconoce la defensa del entonces querrellado que se había hecho eco la prensa; se hace difícil admitir en estas circunstancias que en todo ese tiempo se desconociera su contenido por parte del MHP Sr. Torra (máxime si ya el 22 de marzo de 2019 su representación había interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra- el Acuerdo de 21 de marzo de la Junta Electoral Central, y que el 28 de ese mismo mes había presentado querrela por prevaricación contra los Vocales integrantes de la Junta Electoral Central) pero, y en todo caso, debemos señalar, como ya lo apuntaba el Ilmo. Instructor, que la jurisprudencia tiene dicho que la falta de alegación de recusación supone un tácito reconocimiento de la imparcialidad de la persona respecto de la que dicho motivo de recusación pretendía esgrimirse.

Pero es que, en realidad, advertidas estas circunstancias por la defensa, que las esgrimió en el escrito ya mencionado de 20 de mayo de este año, y como quiera que, junto al RD 129/2019 de 4 de marzo, que convocaba elecciones al Congreso y al Senado para el 28 de abril, además, por los Reales Decretos 206/2019 de 1 de abril y 209/2019 de 1 de abril, asimismo, se convocaron, respectivamente, elecciones al Parlamento Europeo y elecciones Locales para el siguiente día 26 de mayo de 2019, resulta que el periodo electoral que nos ocupa se prolongó, sin solución de continuidad, hasta esta última fecha, como ya se recogía por el Ilmo. Instructor en el auto de acomodación al establecer los hechos (extremo que no fue objeto de impugnación por la defensa en su recurso de reforma), de lo que se infiere, en definitiva, que el acusado sí conoció con anterioridad a la terminación del periodo electoral las circunstancias que, según alega, justificaban la recusación de los Vocales de la Junta y, no obstante ello, no planteó recusación alguna por los cauces ordinarios.

Teniendo en cuenta que el artículo 24.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (que es la aplicable en materia de abstenciones y recusaciones respecto de los Vocales de la Junta Electoral Central, en relación con el artículo 120 de la LOREG) prevé que podrá promoverse recusación "...en cualquier momento de la tramitación de/ procedimiento.. " resulta obvio que, finalizado el procedimiento administrativo, ninguna actuación en dicha esfera puede llevarse a cabo en relación a la recusación de los Vocales, siendo, por lo demás, extraño que por la defensa se pretenda (y pretendiera) que, la sola puesta en conocimiento al Magistrado Instructor de estas circunstancias le obligara a "dar pábulo" (sic) de ello, por cuanto es evidente que ninguna intervención puede tener el investigador judicial respecto de la recusación de una autoridad administrativa (en realidad, de ninguna autoridad salvo de la propia o respecto de aquellas autoridades judiciales cuya instrucción le sea especialmente encomendada, artículos 224 y siguientes de la LOPJ)".

1.2.- Respecto al rechazo por parte del instructor Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio de su propia recusación a limine, la jurisprudencia constitucional

permite tal posibilidad cuando es claramente infundada o temeraria, cuando no invoca una causa de recusación o cuando su invocación resulta arbitraria (SSTC 47/82; 234/99; 136/99). En consonancia con esa línea el instructor rechazó su propia recusación por considerarla claramente infundada.

En este sentido no resulta ocioso referirnos a los autos dictados por esta Sala en la tramitación del presente recurso de casación, en la pieza de recusación de cuatro de los integrantes del tribunal de enjuiciamiento, de fechas 23-7-2020 y 7-9-2020, en los que se analizaba la procedencia de la inadmisión liminar de la recusación. Decíamos con cita de los autos 1-7-2020 y 11-1-2012, como de la regulación legal se deduce que la posibilidad de inadmisión liminar está ahora contemplada expresamente en la LOPJ en dos momentos: i) el primero se refiere a la que puede acordar el mismo recusado o el tribunal del que forma parte cuando se basa en la extemporaneidad, según el artículo 223.1 LOPJ; ii) el segundo se concreta en la que corresponde acordar al instructor, por los motivos contemplados en el artículo 225.2 LOPJ.

A estas posibilidades de inadmisión se une una tercera, que es la que resulta de aplicar el artículo 11.2 LOPJ, esto es, cuando las peticiones, incidentes y excepciones se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Interpretando esta regulación, la STC 136/1999, de 20 de julio, afirma:

«Desde la STC 47/1982 hemos venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar "por incumplimiento de los requisitos formales (...), por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente" (fundamento jurídico 3º). Y, por lo que concierne a la invocación de una causa en la que "legítimamente" quepa fundar la recusación -en cuyo caso no cabría el rechazo

de plano del incidente recusatorio-, hemos precisado que "dicha causa no ha de resultar descartable, prima facie" (SSTC 64/1997 y 6/1998), sin perjuicio de que su concreta virtualidad no pueda ser juzgada en esta sede constitucional (SSTC 230/1992, 282/1993, 234/1994 y 64/1997). En consecuencia, la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994, 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 L.O.P.J.), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 C.E.) (por todas, STC 234/1994)».

En sentido complementario, la STC 229/2003, de 18 de diciembre, tras afirmar que el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, afirma que:

«Ello no impide, desde luego, que los órganos judiciales puedan inadmitir la recusación sin entrar en el fondo de la misma, si bien nuestra jurisprudencia siempre ha sostenido que el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional, pudiendo sustentarse en el incumplimiento de los requisitos formales que afecten a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea prima facie descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 234/1994, de 20 de julio, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

Por otra parte es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y

entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4)».

1.3.- En el caso actual fue en el recurso de reforma interpuesto por la parte contra el auto de 27-6-2019 de acomodamiento del procedimiento a las normas de los arts. 780 y ss, procedimiento abreviado, cuando solicitó la abstención del instructor y subsidiariamente su recusación (folios 682 y ss folio 4) y en la formalización de la recusación (folios 706 y ss, tomo 4) se basaba en la apariencia de la falta de imparcialidad, con referencia especial a las expresiones del auto recurrido "argucia", "voluntad obstativa del querellado", "persistir en la desobediencia" lo que vulneraría la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9-3-2016. Se presenta al recurrente como culpable, lo que vulnera la presunción de inocencia. Apartamiento de taxatividad de los tipos penales. Infracción del principio de legalidad, no siendo la JEC autoridad superior y apertura a otros tipos penales, como el art. 512 CP. La recusación se basa en el art. 219.1 LOPJ: "tener interés directo o indirecto".

Coincidimos con el Ministerio Fiscal al impugnar esta recusación. La pretensión del recurrente de cuestionar la legalidad de la orden y la consideración de la Junta Electoral Central son más propias de otros motivos articulados por el recurrente.

Basta aquí señalar a los efectos de inexistencia de interés directo o indirecto en la causa, que lo pretendido es una interpretación no solo expansiva de tal supuesto sino que refleja una imposibilidad de instrucción cuando se mantiene una tesis contraria.

En efecto, la doctrina del TC, por todas s. 69/2001, de 17-3, contiene algunas referencias tangenciales a la garantía de imparcialidad desde el punto de vista del órgano encargado de la instrucción de los procesos penales. Así, la STC 106/1989, de 8 de junio, FJ 2, elevó la independencia judicial y la imparcialidad, garantizadas por los arts. 24.2 y 117.1 CE, a "nota consustancial de todo órgano jurisdiccional"; y el ATC 1124/1988, de 10 de octubre, FJ 2, a propósito de una queja relativa al derecho a utilizar los medios de prueba

pertinentes, razonó que "la actividad del Juez de Instrucción se encuentra regida por el principio de imparcialidad". Desde este punto de vista la STC 145/1988, FJ 5, señalaba que, con su fundamentación "no se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 LECrim)", pues es evidente que el Juez de Instrucción puede hallarse, al igual que el Juez sentenciador, en una particular relación con las partes y con el objeto del proceso susceptible de afectar negativamente a su ecuanimidad y rectitud de juicio. La anterior conclusión viene corroborada con lo dispuesto en el art. 219 LOPJ, en la medida en que las causas legales de abstención y recusación se predicán de todos los Jueces y Magistrados, y específicamente en la LECrim, que no sólo reitera esta previsión (art. 52) sino que contempla expresamente la posibilidad de recusar al Juez de Instrucción (arts. 58 y 61 párrafo 2). Y es que, en la medida en que la instrucción criminal, pese a su finalidad inquisitiva, obliga a consignar todas las circunstancias que puedan influir en la calificación de los hechos investigados, sean favorables o adversas al imputado, faculta para adoptar medidas cautelares que pueden afectar a derechos fundamentales de la persona y debe respetar algunos principios (derecho de defensa, a conocer la imputación, de contradicción e igualdad entre las partes), se hace obligado que el instructor deba revestir las necesarias condiciones de neutralidad tanto en relación con las partes del proceso como sobre su objeto. En definitiva, el Juez de Instrucción, como cualquier Juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso.

En esta misma línea, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado el contenido del art. 5.3 CEDH, ha puesto de relieve, en una interpretación literal del precepto, que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente a juzgar, y, de otro lado, desde una interpretación sistemática del Convenio, ha observado que la finalidad de la norma es la de garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que ha de decidir sobre la privación de la libertad de otra. Y, en este sentido, el Juez o la "autoridad habilitada por la ley" debe de ser independiente del poder ejecutivo y de las

partes, dada su obligación de examinar las circunstancias que actúan en favor o en contra del arresto. A ello cabe añadir que, aun cuando el mismo Tribunal ha declarado que nada impide que la autoridad competente para acordar la detención pueda desempeñar otras funciones (a título de ejemplo, su intervención procesal posterior como parte acusadora), la actuación de dicha autoridad correrá el riesgo de inspirar a los justiciables dudas legítimas sobre su imparcialidad si no es revisada por el juez encargado del caso (en este sentido se pronuncian las SSTEDH de 4 de diciembre de 1979, caso Schiesser; de 22 de mayo de 1984, casos Jong y otros, Van der Sluijs y otros y Duihof y Duijf; de 26 de mayo de 1988, caso Pauwels; 30 de marzo de 1990, caso Huber; de 26 de noviembre de 1992, caso Brincat; de 28 de octubre de 1998, caso Assenov; y de 24 de julio de 2000, caso Niebdala).

Así pues, aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral.

Igualmente no puede olvidarse que el Juez de instrucción posee en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez

prejuicios o impresiones en contra del acusado (SSTC. 145/88 de 12.7, 164/88 de 26.9, 106/89 de 8.6), y es que no todo acto de instrucción compromete necesariamente la imparcialidad objetiva del Juez, sino tan solo aquel que por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puede crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral (SSTC. 106/89 de 8.6, 170/93 de 25.5, 320/93 de 8.11). De aquí que no pueda exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez su convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de sus autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso y condicionará las resoluciones que en lo sucesiva vaya adoptando.

Por estas razones el uso por el instructor de un conocimiento privado o de sus conocimientos extraprocesales afecta principalmente a la materia probatoria y solo muy limitadamente posee una proyección en la fase de instrucción, pues los efectos de las diligencias probatorias y su valor como actos de prueba derivan de lo que resulte del juicio oral y de la eficacia que le otorga un órgano judicial, distinto del instructor, que presencie sus sesiones y dicte sentencia en su día.

1.4.- En cuanto a la apariencia de falta de imparcialidad del referido instructor por las expresiones contenidas en el auto de acomodación a los trámites del procedimiento abreviado debemos recordar que las SSTS 450/2000, de 3-5, 156/2007, de 25-1, 386/2014, de 22-5, precisan que el auto de transformación a procedimiento abreviado es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario, teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal, en la medida que, como indica la STC. 186/90 de 15.11 "...realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos...". En definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva de un filtro procesal que

evita acusaciones sorprendidas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrán dirigir la acusación, limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la "pena de banquillo" que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona (STS. 702/2003 de 30.5).

Ahora bien el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados, porque como recuerda la STC 134/1986, "no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia". Con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculcados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estiman más adecuada».

Y la STS. 94/2010 de 10.2, refiriéndose al mismo auto de transformación a procedimiento abreviado, establece: "La interpretación contraria, esto es, partiendo de que el legislador ordena delimitar el objeto del proceso penal mediante una relación sucinta de hechos justiciables, que luego no han de ser respetados por las acusaciones, carecería de cualquier sentido. Y qué duda cabe que tales hechos están bajo el control judicial. Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorprendidas, como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones que considere procedentes (de ahí, las posibilidades de sobreseimiento que al juez se otorgan).

La posible infracción de la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9-3, es analizada en la sentencia recurrida, en el sentido de la mencionada Directiva también recoge que todo ello (es decir, que las resoluciones judiciales no pueden referirse a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad) sin perjuicio de los actos

procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el escrito de acusación, y sin perjuicio de las resoluciones judiciales como resultado de las cuales adquiere eficacia una condena suspendida, siempre y cuando se respete el derecho de defensa.

Se entiende, asimismo, sin perjuicio de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u autoridades competentes y que se basen en sospechas o diligencias de investigación que aportan elementos incriminatorios de cargo, como las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable. Antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes elementos de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a aquellos.

Pues bien, nos encontramos exactamente ante un acto procesal (el auto de acomodación) adoptado por autoridad judicial competente, y basada en indicios suficientes de criminalidad que llevan al instructor a decidir la continuación del trámite, para lo cual ha comprobado, previamente, en la fase de investigación, la existencia de esos indicios que justifican la resolución en cuestión.

Así pues, nada de lo contenido en el auto de constante referencia adolece de vicio alguno que determine su nulidad; los hechos que se describen en el apartado octavo del auto de acomodación de 27 de junio pasado se relatan "...con todo el detalle que merece la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, y sin perjuicio de lo que resulte de los escritos de conclusiones que, en su caso decidan presentar las acusaciones... es decir, con estricta sujeción a los requisitos que hemos dicho que deben contenerse en el auto de acomodación, sin que de su redactado se refleje que el investigado es culpable antes de que así se decida por un Tribunal. Los vocablos cuyo uso censura la defensa del acusado (y que ya censuró en su momento) no hacen sino describir conductas que pudieran tener encaje en el delito de desobediencia

(o denegación de auxilio) por el que se iniciaron las diligencias, sin que deba confundirse el derecho a la presunción de inocencia que se alega vulnerado, con la existencia de indicios de criminalidad así considerados por el instructor, y que justifican la decisión de seguir adelante con el trámite de preparación del juicio oral.

En definitiva, y así precisa -tal como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo- el auto del art. 779.4 LECrim se trata de un auto de imputación en el que el instructor ha de exteriorizar un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria y delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso, y el auto de 30-7-2019 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 11-7-2019 que desestimó la reforma de aquel auto de 27-6-2019 realiza referencia expresa a la Directiva 2016/343, en particular, sus artículos 3 y 4.1 no se oponen a la adopción de resoluciones preliminares de carácter procesal basadas en indicios o en pruebas". Y añade, ante el planteamiento de cuestión prejudicial en la que se pregunta sobre el grado de convencimiento que debe tener respecto del autor del delito, los procedimientos a examen de las distintas pruebas y el alcance de la motivación que "Esta Directiva no rige para tales cuestiones, sino que corresponden en exclusiva al Derecho nacional".

1.5.- Por último, respecto a la relevancia que el recurrente pretende dar al carácter político de la designación de dicho Magistrado al haber sido nombrado a propuesta de un partido político (PSC) rival del partido del recurrente, es necesario recordar como efectivamente el Magistrado Ramos Rubio, Instructor como integrante de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, fue nombrado por el turno de juristas de reconocido prestigio a propuesta mayoritaria del Parlamento de Cataluña y se llevó a efecto, en virtud de propuesta aprobada por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en 2004. Es decir, con escrupuloso respeto al art. 330.4 de la LOPJ vincular ello con la falta de sintonía en su momento del partido Socialista de Cataluña con esta causa, como otra suerte de persecución política, excede desde luego, incluso de la mayor amplitud de criterio en torno al interés en la causa, o constatación de parcialidad.

2.1.- En cuanto al rechazo de la recusación de los Magistrados Barrientos y Armas por su intervención en el auto de admisión de la querrela de fecha 1-4-2019, formando posteriormente parte del tribunal sentenciador, su corrección debe ser mantenida. No se ha considerado que pierda la imparcialidad el juez que decide la admisión de una denuncia o querrela, pues el Juzgador tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión. Está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia o querrela, salvo excepciones. Solo después, conforme avanza la instrucción se amplían las facultades judiciales, cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado, practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los arts. 637 y 641 LECrim, SSTC 41/98, de 24-2 y 162/99, de 27-12, que llegó a la misma conclusión en el supuesto de decisión sobre la admisión a trámite de una denuncia o querrela, en tanto que es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica y está configurado legalmente como un juicio claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos en la ley, como delito han sido cometidos por el acusado.

En igual sentido la STS 459/2019, de 14-10, en un caso de recusación de magistrados de la Sala de enjuiciamiento por haber formado parte de la Sala de Admisión que dictó la resolución que admitía a trámite la querrela del Fiscal, resolución que habría obligado -según los promoventes- a un juicio de tipicidad con efectos contaminados sobre la capacidad de enjuiciamiento, declaró que esta tesis, sin embargo, está en abierta oposición con la jurisprudencia constitucional, de esta Sala y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acerca de la necesaria dualidad funcional entre quien investiga y quien juzga. La STC 39/2004, 29 de marzo -cuya doctrina reiteran las SSTC 45/2006, de 13 de febrero y 143/2006, 8 de mayo, recuerda que el reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde un perspectiva objetiva, pueden

producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi (por todas, SSTC 69/2001, de 17 de marzo, F. 14.a; 155/2002, de 22 de julio, F. 2; y 38/2003, de 27 de febrero, F. 3; así como SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack c. Bélgica, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica, § 24; y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España, § 43; y de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero c. España, § 21). La determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial – continúa razonando el Tribunal Constitucional- no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional, como la que se produce en los autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe de forma preventiva, como acaece al acordar la adopción de medidas cautelares (STC 310/2000, de 18 de diciembre, F. 4). La ausencia de vulneración del derecho al juez imparcial ha sido proclamada en supuestos de decisión sobre la admisión a trámite de una denuncia o querrela, en tanto que «...es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica y está configurado legalmente como un juicio claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos en la Ley como delito han sido cometidos por un acusado» (STC 162/1999, de 27 de diciembre, F. 6).

Con carácter general, la STS 36/2006, 19 de enero, afirmó que la jurisprudencia de esta Sala, acorde con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene establecido que la participación de un Magistrado en fase procesal anterior al juicio, particularmente en la fase de instrucción, es motivo

de recusación si esa participación implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad que no deja margen para una nueva decisión sin prejuicios sobre el fondo de la causa. Por lo tanto, es necesario comprobar la intensidad del juicio emitido sobre el objeto del proceso.

Pues bien, conforme a esta línea jurisprudencial plenamente consolidada, la Sala del artículo 61 de la LOPJ, al resolver el incidente de recusación por este motivo, razonó en el auto 3/2018, 13 de septiembre, que «...para justificar su principal argumento -a saber: que los recusados formaron parte de la Sala de Admisión, que acordó la admisión a trámite de la querella en la causa especial 2097/2017- casi todos los recusantes citan el apartado 11 del referido art. 219: “Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.” Es claro que admitir a trámite la querella, acto inicial del proceso penal, no es instruir, ni mucho menos resolver la causa en una instancia o grado anterior del proceso. Así, en rigor, habría sido necesario que los recusantes justificasen por qué la decisión de admitir a trámite una querella guarda la suficiente similitud con la instrucción de un sumario como para concluir que la mencionada causa legal de recusación sería aplicable en el presente caso. Y no lo han hecho».

Añadía en el FJ 6º que «...quien recibe la querella está, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, obligado a incoar el procedimiento y su función se limita a verificar que se cumplen las condiciones formales o extrínsecas; y a partir de este momento, las actuaciones pasan al instructor, quien sí deberá examinar hechos y hacer valoraciones jurídicas y, por ello mismo, no podrá luego juzgar. En el presente caso, no consta que los magistrados recusados hicieran otra cosa que recibir la querella, constatar que reunía las mencionadas condiciones requeridas y pasar el asunto al instructor a quien por turno correspondía. No puede decirse, así, que hayan entrado en el examen de los hechos reprochados en esta causa, ni efectuado valoraciones jurídicas sobre los mismos, ni tomado decisiones que puedan afectar a la marcha del proceso».

Sostener por tanto, ese efecto contaminante de una decisión que, como se desprende del auto de admisión, se ha movido siempre en el plano abstracto, hipotético o conjetural, carece de justificación.

2.2.- Por último, para mostrar que el mero hecho de haber acordado la admisión a trámite de la querrela no supone, por sí solo, la quiebra de la imparcialidad objetiva, cabría hacer una última observación: es indudable que la exigencia de imparcialidad judicial rige en todo tipo de procesos -no solo en los penales- sin que nunca se haya cuestionado que la mera comprobación de que concurren los requisitos necesarios para iniciar el procedimiento sea algo que contamine al juez o magistrado que la efectúa para resolver el fondo del asunto (vid. auto sala especial art. 61 LOPJ, antes referido, de 13-9-2018).

3.1.- En relación a la pérdida de imparcialidad, por diversas causas, de los integrantes de la Sala de enjuiciamiento, es necesario recordar previamente que, como esta Sala ya señaló en STS 1590/2003 (caso Intelhorce) y 259/2015, de 30-4, el derecho a un juez o tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-1948; en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50; y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966.

Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el "proceso debido" o "juicio justo", (S.S.T.S. de 31 de enero y 10 de julio de 1995, y 21 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

La Sentencia 145/88 del Tribunal Constitucional inicia la doctrina que relaciona el derecho a la imparcialidad del juzgador y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público... con todas las garantías (art. 24.2 C.E), se encuentra, aunque no se cite de manera expresa,

el derecho a un Juez imparcial, "que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho".

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en Sentencias como la del Caso Delcourt (17 de enero de 1970), Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschildt (16 de julio de 1987), Holm (25 de noviembre de 1993), Sainte-Marie (16 de diciembre de 1992), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994), Castillo-Algar (28 de octubre de 1998), Garrido Guerrero (2 de marzo del 2000), Daktaras (10 de octubre de 2000), Rojas Morales (16 de noviembre de 2000), Werner (15 de noviembre de 2001) y Perote Pellón (25 de julio de 2002), etc. entre otras muchas.

El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser ésta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (S.T.S. de 16 de octubre de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras).

Esta garantía de imparcialidad se concibe en favor de las partes procesales, pero también, y sobre todo, en interés público, por lo que han de tomarse en cuenta todos aquellos supuestos en que concurra una "sospecha razonable de parcialidad". Para alcanzar la doble garantía de imparcialidad (imparcialidad real del Juez -subjctiva y objetiva- e imparcialidad aparente, o inexistencia de motivos que puedan generar desconfianza en el justiciable), se establecen en nuestro ordenamiento un elenco de causas legales de abstención o recusación (arts. 219 L.O.P.J. y 54 Lecrim.).

Estas causas legales incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal.

Por ello puede colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Como ha señalado esta Sala reiteradamente, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la L.O.P.J ., precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la Lecrim., y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre).

Las causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al Legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concorra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aun cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el Legislador la "objetiva", estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación del Juzgador (STS 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999).

"Como se señala en el reciente Auto de la Sala del 61 de este Tribunal, de 25 de febrero de 2015, la doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juez imparcial puede resumirse, por ejemplo,

en la STDEH de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández Huidobro contra España.

Recuerda el TEDH que la imparcialidad se define normalmente por la ausencia de prejuicios o de toma de posición. Su existencia puede apreciarse de diversas formas.

El Tribunal diferencia entre una fase subjetiva, en la que se trata de determinar lo que el Juez pensaba en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto concreto, y una fase objetiva que nos llevaría a indagar sobre si ofrecía suficientes garantías para excluir a este respecto cualquier duda legítima (Piersack c. Bélgica, 31 octubre de 1982, § 30, serie A núm. 53, y Grieves c. Reino Unido [GS], núm. 57.067/00, § 69, 16 de diciembre de 2003). En este campo, hasta las apariencias pueden revestir importancia (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, § 45, Repertorio 1998-VIII, y Morel c. Francia, núm. 3.4130/96, § 42, TEDH 2000-VI).

Para pronunciarse sobre la existencia, en un determinado asunto, de un motivo suficiente para temer que un órgano particular adolezca de un defecto de imparcialidad, la óptica del que pone en duda la imparcialidad entra en juego pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprensiones del interesado pueden considerarse justificadas (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, § 58, 7 de agosto de 1996, Recopilación 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33.958/96, § 44, TEDH 2000-XII).

En el marco del aspecto subjetivo, el Tribunal siempre ha considerado que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (Hauschildt c. Dinamarca, 24 de mayo de 1989, § 47, serie A núm. 154). En cuanto al tipo de prueba requerida, trató por ejemplo de verificar la fundamentación de las alegaciones según las cuales un juez había manifestado una cierta hostilidad o animadversión cualquiera hacia el acusado o, movido por motivos de ámbito personal, se había arreglado para obtener el conocimiento de un asunto (De Cubber, sentencia antes citada, §25).

Hace tiempo que la jurisprudencia del Tribunal ha sentado el principio según el cual a un Tribunal se le presume exento de perjuicios o de parcialidad (vid, por ejemplo, *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, 23 de junio de 1981, § 58, serie A núm. 43). El Tribunal reconoce la dificultad de establecer la existencia de una violación del artículo 6 por parcialidad subjetiva. Es el motivo por el cual, en la mayoría de los asuntos en los que se plantean cuestiones de parcialidad, ha acudido al aspecto objetivo.

La frontera entre las dos nociones no es sin embargo hermética ya que no solamente la conducta misma de un juez puede, desde el punto de vista de un observador exterior, acarrear dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad (aspecto objetivo) sino que también puede afectar a la cuestión de su convicción personal (aspecto subjetivo) (*Kyprianou c. Chypre [GC]*, no73797/01, § 119, TEDH 2005-XIII).

Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal permite distinguir dos tipos de situaciones susceptibles de relevar un defecto de imparcialidad en el juez. La primera, de orden funcional, acoge los casos en los que la conducta personal del juez no se cuestiona en absoluto pero donde, por ejemplo, el ejercicio por la misma persona de diferentes funciones en el marco de un proceso judicial (*Piersack*, sentencia antes citada) o los vínculos jerárquicos u otros con otra parte del proceso (vid los asuntos de Tribunales marciales, por ejemplo, *Miller y otros c. Reino Unido*, núm. 45.825/99, 45.826/99 y 45.827/99, 26 de octubre de 2004) plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del Tribunal, el cual no responde por lo tanto a las normas del Convenio de acuerdo a la fase objetiva.

El segundo tipo de situaciones es de orden personal y se refiere a la conducta de los jueces en un asunto determinado. Desde un punto de vista objetivo, similar conducta puede ser suficiente para fundamentar temores legítimos y objetivamente justificados, como en el asunto *Buscemi c. Italia* (núm. 29.569/95, § 67, TEDH 1999-VI), pero también puede plantear problemas en el marco del aspecto subjetivo (vid, por ejemplo, el asunto *Lavents c. Letonia* (núm.

58.442/00, 28 de noviembre de 2002), esto es revelar perjuicios personales por parte de los jueces.

A este respecto la respuesta al asunto de determinar si hay que acudir a la fase objetiva, a la fase objetiva o a las dos depende de las circunstancias de la conducta litigiosa.

Ver también, en sentido similar, STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta

El Tribunal Constitucional también considera que el derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma.

Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por eso, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación implica la restricción de una garantía esencial (STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, entre las más recientes).

En la STC 133/2014, de 22 de julio, se señala que “la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal.

El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)”...

A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; “esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que “[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar

sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo” (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino “más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior” (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

“Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen

graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9)”.

Bien entendido que cuanto se acaba de decir no es un ejercicio de vacío formalismo. Es jurisprudencia del TC clara y constante que las causas legales de abstención y recusación de jueces y magistrados enumeradas en el art. 219 LOPJ no solo constituyen una lista tasada, sino que son de interpretación estricta. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias del TC 145/96; 162/99; 62/2001.

La razón es que de lo contrario la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos y todo ello determinaría, como es obvio, una quiebra del principio de predeterminación legal del juez o tribunal (arts. 24 y 117 CE) que se encuentra en el núcleo mismo del Estado de Derecho.

3.2.- Siendo así, entiende el recurrente que las manifestaciones públicas del Presidente de la Sala Excmo. Sr. Jesús Barrientos -quien lo es del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- por su relevancia con el objeto de enjuiciamiento y otras por la evidente animadversión contra lo que políticamente representa el recurrente, revelan la falta de imparcialidad para presidir el juicio, tal como la parte denunció en el incidente de recusación de fecha 9-9-2019.

En concreto se refiere a la rueda de prensa que el citado Magistrado realizó en Tarragona el 12-3-2019 con expresa referencia al acuerdo de la JEC de 11-3-2019 que resolvió requerir al recurrente para que retirara lazos amarillos o esteladas de cualquier edificio público dependiente de la Generalitat. Así, manifestó que:

"- la medida es "tan obvia que no tendría que ser necesaria" porque "este es el estado normal de las cosas" (La negrita es nuestra, el prejuicio del Excmo. Sr. Barrientos)

- los edificios públicos "no son espacios para los posicionamientos ideológicos" y que funcionarios y servidores públicos se deben "a principios de actuación a que parten de la neutralidad y la objetividad" (La negrita es nuestra, el prejuicio del Excmo. Sr. Barrientos)

- a pesar de estar expuestas a impugnación, las decisiones "son vinculantes para los gobernantes".

- ante un periodo electoral, la Junta Electoral está "obligada a exigir que se respeten al máximo los principios y los valores de la neutralidad, porque está en juego el equilibrio político". "La limpieza de un proceso electoral presupone y exige que, al menos, todos los espacios públicos no supongan ningún condicionante a la hora de emitir el voto libre de cualquier ciudadano".

Estas manifestaciones no afectan a la imparcialidad del juez, no anticipan su posición en relación a la conducta posterior del hoy recurrente, dado que por obvias razones, era imprevisible para aquél.

Recientemente el Tribunal Constitucional resolviendo incidente de recusación contra uno de sus miembros, planteado por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos procedimientos que se tramitan en ese tribunal, ha dictado auto de 11-2-2020, rechazando la concurrencia de las causas previstas en los apartados 9 y 10 del art. 219 LOPJ.

Para que en garantía de la imparcialidad un magistrado pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto, es preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el magistrado no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por tanto, no basta con que las dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas, [por todas, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 69/20012, de 17 de marzo, FFJJ 14 a) y 16; 5/2004, de 16 de enero, FJ 2;y ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3; así como SSTEDH de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar c. España, §45; y de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero c. España §23].

Es claro que tanto la amistad como la enemistad pertenecen a la esfera subjetiva de los sentimientos y sólo pueden predicarse de las personas físicas. Quedan, por lo tanto, excluidos como indicador verosímil de amistad o enemistad los meros sentimientos de inclinación o de rechazo deducidos del hecho de la pertenencia a partidos políticos, asociaciones, corporaciones o grupos sociales, así como en relación a la asunción de creencias religiosas e ideologías de signo diverso, mientras no se hayan traducido en actos individualizados de amistad o enemistad... Faltando el antes referido carácter personalísimo, el problema se reconduce a la existencia o no de una “amistad o enemistad ideológica” a la que no cabe otorgar relevancia a efectos de recusación, pues, como dijimos, “en el sistema de valores instaurado por la Constitución, la ideología se halla sustraída al control de los poderes públicos, prohibiéndose toda suerte de discriminación en base a la misma. Nadie puede, pues, ser descalificado como Juez en razón de sus ideas y, por tanto, no resultaría constitucionalmente posible remover a los Magistrados recusados, aun cuando fuesen ciertas las actitudes que se les atribuyen” (ATC 358/1983, de 20 de julio, FJ 2)”.

Así pues, dado el carácter personalísimo de la causa de recusación analizada, no es posible admitir, ni lógica ni jurídicamente, que el magistrado recusado mantenga, como así lo afirma la entidad que plantea la recusación, una relación de enemistad con “los catalanes, la Generalitat de Cataluña, su Gobierno o Parlamento”. Por consiguiente, este motivo de recusación debe rechazarse.

En cuanto a la causa 10ª del art. 219 LOPJ –el interés directo o indirecto en el objeto del proceso-, en el ATC 180/2013, FJ 5 b) este Tribunal recordó que “por interés directo o indirecto” debe considerarse aquello que proporciona al magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para sí o para sus allegados. Ha de tratarse de un interés singularizado en relación con el concreto proceso en que se plantee la recusación y actual, esto es, concurrente en el momento en que se promueve el apartamiento del magistrado mediante su recusación (ATC 26/2007, de 5 de febrero FJ7)”. Para que quepa apreciar cualquiera de los intereses a que se refiere el precepto, del resultado del proceso debe derivar un potencial provecho para el magistrado recusado, sin que sea admisible reconducir la tacha al plano exclusivamente de la discrepancia en la interpretación de los preceptos constitucionales.

3.3.- En cuanto a la consideración que según el recurrente, le merecía al Excmo. Sr. Barrientos la expresión "presos políticos", en clara referencia a los entonces procesados, y luego condenados por el TS en la causa especial 20907/2017, a la vista del gesto de rechazo -conceptuado como "espantada" por numerosos medios de comunicación- en el acto público de 23-2-2018 en el Colegio de Abogados de Barcelona, ante las palabras del Presidente del Parlamento denunciando la existencia de presos políticos acusados por delitos de rebelión y sedición, levantándose de su asiento en primera fila y abandonando la Sala, en modo alguno puede considerarse pérdida de imparcialidad, al ser la expresión de su discrepancia con la utilización de ese calificativo.

4.1.- Manifestaciones públicas del Magistrado D. Joaquín Galea Frances quien había comparecido en varios medios de comunicación, criticando a la

Generalitat porque, según él, se dedicaba a fiscalizar la labor de los jueces, sin que aportara pruebas de tal afirmación. Se refiere en concreto a la entrevista que se le realizó en cadena de televisión el 14-10-2019, manifestaciones que, se dice, exceden del marco del derecho a la libertad de expresión.

No podemos compartir la tesis del recurrente. Los hechos a que se refiere la entrevista nada tienen que ver con la actuación anterior del recurrente en la presente causa, sino que se referían al clima creado en Cataluña a raíz de la sentencia de 14-10-2019 recaída en la causa especial 20907/2017, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y las autoinculpaciones masivas en sedes judiciales, entre ellas las del propio Presidente de la Generalitat.

5.1.-. Por último, en cuanto a la queja del recurrente por lo que entiende trato inadecuado del Presidente del Tribunal hacia su persona en el desarrollo del juicio oral, al no referirse a él con los honores y tratamientos propios de un cargo como Presidente de la Generalitat, en modo alguno puede entenderse como signo de parcialidad y anticipo de una decisión de condena ya tomada.

El Reglamento 2/2005, de 23-11, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los actos judiciales solemnes considera en su Preámbulo que se ha procurado evitar que su aplicación alcance al desarrollo de los actos estrictamente jurisdiccionales, por tratarse de un ámbito en el que, en propiedad, no rige norma protocolaria alguna sino las leyes procesales, tal como recoge en su art. 2.

Por tanto los tratamientos son protocolarios y el juicio oral no está sometido a ese protocolo. Todo acusado -no solo el recurrente- debe ser tratado con respeto, como así sucedió, por lo que la queja del recurrente resulta infundada.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías y del derecho a la tutela judicial en relación con el derecho a

una resolución judicial fundada en Derecho, previsto en el art. 24 CE por incumplimiento de lo previsto en el art. 4 bis, apartado 2 LOPJ.

Denuncia la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías sobre la base de la inobservancia del art. 4 bis, apartado 2 LOPJ, dado el planteamiento de cuestiones prejudiciales al finalizar el juicio oral y una vez había quedado fijado el marco fáctico y jurídico del debate invoca la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y el art. 267 del Tratado Fundamental de la Unión Europea, y argumenta que finalizado el juicio oral dio lectura a las cuestiones prejudiciales que la Sala rechazó in voce, inadmitiéndolas a trámite, alegando que se habían planteado extemporáneamente y que causaría indefensión a las demás partes.

Formuló protesta y al día siguiente presentó recurso de súplica contra su inadmisión, recurso que fue devuelto por providencia de 20-11-2019 porque "no cabía recurso alguno..." "sin perjuicio de su articulación contra la sentencia que ponga fin al juicio oral". Ello supone una grave vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al privar a las partes de los recursos establecidos en la ley.

Hay que tener en cuenta que la mayoría de las cuestiones prejudiciales versaban sobre la falta de imparcialidad del tribunal y del magistrado instructor, lo que a la vista de lo alegado en el motivo primero da cierto sentido a la actitud gravemente obstativa del tribunal sobre la aplicación de las normas de procedimiento y la expulsión de un recurso previsto en la ley.

2.1.- Es cierto que ante la falta de previsión expresa al respecto es un tema controvertido el momento en que las partes pueden solicitar el planteamiento de una cuestión prejudicial. Puede por ello entenderse, como hace la sentencia recurrida, que una vez finalizado el informe oral, su planteamiento sea extemporáneo y en momento inhábil, ante la posibilidad de quebrantamiento de los derechos de defensa, contradicción e igualdad de armas del resto de las partes, y resultar más adecuadas aquellas fases procesales en que ello sea posible sin afectación de aquellos derechos, como serían el trámite de cuestiones previas -máxime en el presente caso en el que se articularon

algunas de ellas denunciando la pérdida de imparcialidad del instructor y del tribunal-, o al elevar las conclusiones a definitivas.

Ahora bien, ello no debe comportar la radical exclusión de la solicitud de un planteamiento en otras fases siempre que se garantizasen las posibilidades de defensa y contradicción de todas las partes. En este sentido el recurrente se refiere a la Instrucción 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que transcribe en el motivo, que hace referencia al informe del CGPJ al anteproyecto de 27-6-2014 en cuanto al momento procesal adecuado para presentar la cuestión "parece que, a la vista de la naturaleza y finalidad de estas cuestiones, como otras que existen en el plano nacional, debe ser cuando el proceso ha quedado concluso y antes de dictar sentencia o resolución definitiva".

Tal pauta es coherente con la previsión del apartado 19 RTJ que considera que es preferible "que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de definir el marco jurídico y fáctico del asunto, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal. También puede resultar deseable para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio".

Es cierto que dicho informe se refiere al planteamiento de la cuestión prejudicial, de oficio, por el tribunal nacional, pero no habría inconveniente alguno para el caso de que sea cualquiera de las partes quien solicite tal planteamiento al tribunal, siempre y cuando éste, antes de decidir, dé traslado a las demás partes para que emitan su opinión sobre la oportunidad de la cuestión prejudicial.

2.2.- No obstante lo anterior y partiendo de que en todo caso el tribunal nacional no está obligado a plantear la cuestión solicitada por alguna de las partes, habrá que analizar si en el caso concreto resultaba necesario para la

estricta resolución del caso la disipación de alguna duda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la correspondiente cuestión prejudicial.

1. Es de sobra conocido que las relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos internos se rige por tres principios:

1) El Derecho de la Unión forma parte del ordenamiento interno de cada uno de los Estados (integración).

2) Las normas comunitarias son directamente aplicables en el ordenamiento interno, sin necesidad de que se dicte una norma estatal que las adapte o incorpore al mismo (efecto directo). Ahora bien, este efecto no se predica por igual de todos los instrumentos normativos de la Unión. Así, en cuanto a las Directivas, carecen del mismo hasta que su contenido se incorpore a cada ordenamiento nacional; si bien, excepcionalmente, pueden contar con tal efecto directo en los casos de tardía transposición o de transposición incorrecta.

3) Si una norma nacional es contraria a las normas de Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar estas últimas (primacía).

Sobre la relación entre ambos ordenamientos, contamos con dos pronunciamientos recientes y relevantes del Tribunal de Justicia.

El primero es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, caso Melloni), que señala que: en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (apartado 59); así como que es cierto que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos

fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (apartado 60).

La segunda es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-112/13), que, al contestar a la cuestión prejudicial planteada, señala que:

«El Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados

- para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes,

- para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión,
y

- para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión.

Incumbe al tribunal remitente verificar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede interpretarse conforme a estas exigencias del Derecho de la Unión».

A todo ello se añade que los tribunales nacionales tienen la obligación de conocer y aplicar el Derecho de la Unión, y en caso de duda sobre su interpretación deben acudir al mecanismo de la cuestión prejudicial, de la que deriva una sentencia que tiene efectos erga omnes. Concretamente, el artículo 267 TFUE (antiguo artículo 234 TCE), señala:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

Este precepto distingue dos tipos de cuestiones prejudiciales: de validez y de interpretación. Mediante la primera se pone en duda la legalidad de la norma comunitaria. Sin embargo, en el caso de la segunda se plantea una duda sobre la exégesis de la norma (si bien no existen dudas sobre su validez), por lo que su finalidad es aclarar las dudas sobre su interpretación. Se diseña de este modo la forma de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, ya que el Tribunal de Justicia ostenta la cualidad de intérprete último y supremo de las normas de tal Derecho.

Conforme al art. 267 TFUE, cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Este sería el caso de esta Sala de lo Penal, cuyas decisiones no son susceptibles de posterior recurso en el ámbito jurisdiccional. Ahora bien, el fundamento de la cuestión prejudicial y, por tanto, de la obligación de plantearla no es que el órgano jurisdiccional deba aplicar una norma del Derecho de la Unión, sino que el órgano jurisdiccional tenga una duda sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión que deba aplicar en el litigio concreto.

La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si, al aplicarla, tal duda surge, entonces tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Como indica la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto C-136/2012) el sistema instaurado por el artículo 267 TFUE se basa en la cooperación entre órganos jurisdiccionales, conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes; sin perjuicio, además, de que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, porque el Tribunal estima que no alberga dudas interpretativas, no

supone sin más una lesión del art. 24 CE. Así, nuestro Tribunal Constitucional en STC 58/2004, de 19 de abril y STC 212/2014, de 18 de diciembre, ha indicado que la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, por lo que, ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuicables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.

Por otra parte, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada el 8 de abril de 2014, en el caso *Dhahbi v. Italia*, ha reiterado su doctrina sobre cuándo la negativa de un Tribunal nacional a plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial puede vulnerar el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza, entre otros extremos, el derecho de toda persona a que los litigios sobre sus derechos y obligaciones sean examinados equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial. Concretamente, según expone el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, remitiéndose, a su vez, a la decisión tomada el 10 de abril de 2012, en el caso *Vergauwen y otros v. Bélgica*, esta doctrina puede resumirse en cuatro puntos fundamentales:

1) El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige que los Tribunales nacionales expliquen, de conformidad con el Derecho aplicable, su decisión de no plantear una cuestión prejudicial.

2) Si, como consecuencia de esta decisión, la parte que instó su planteamiento, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando,

precisamente, la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, este Tribunal se limitará a comprobar si la decisión fue debidamente motivada.

3) Sin perjuicio de que esta comprobación deba ser detallada y completa, no corresponde al Tribunal examinar los posibles errores que, al interpretar o aplicar el Derecho pertinente al caso pudieran haber cometido los Tribunales nacionales.

4) En el supuesto del actual párrafo tercero del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los principios anteriores suponen que, cuando los Tribunales nacionales contra cuyas decisiones no quepa recurso según su Derecho interno, rehúsen plantear una cuestión prejudicial relacionada con la interpretación del Derecho europeo, deberán motivar esta decisión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto CILFIT de 6 de octubre de 1982 precisó que «la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada, aunque precise esta sentencia que antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados Miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad».

2.3.- Coincidimos, por tanto con el informe del Ministerio Fiscal al impugnar el motivo en el sentido de, ya se trate de la interpretación, ya de la apreciación de validez de una norma comunitaria, antes de acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia las jurisdicciones de los países de la UE tienen que examinar si la cuestión es necesaria para dirimir el proceso interno (artículos 267 del TFUE y 94 del RPTJ) o, lo que es lo mismo, han de llevar a cabo lo que se ha convenido en llamar el juicio de relevancia, esto es, el examen referido a si la respuesta a la cuestión prejudicial pueda condicionar el resultado del litigio

nacional. En este sentido, no es relevante si la cuestión no es pertinente, lo que sucede cuando el Derecho de la UE es manifiestamente inaplicable a la causa porque debe resolverse sobre la base del derecho nacional o internacional, o cuando el objeto de la cuestión prejudicial no sea realmente la determinación del significado o la apreciación de validez de una norma comunitaria sino, más bien, de una norma nacional o internacional.

Es preciso, por otro lado, que existan dudas razonables acerca de la interpretación o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada al caso de autos, lo que no ocurre cuando la respuesta a la pregunta planteada se desprende con claridad de las normas comunitarias en sí mismas consideradas (acto claro) o cuando existe una jurisprudencia comunitaria diáfana sobre ellas, dictada en vía prejudicial o en el marco de otros procedimientos (acto aclarado).

Sobre este particular, en el punto 13 de las RTJ - Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, del Tribunal de Justicia-, de 6 de noviembre de 2012 se indica que “un órgano jurisdiccional nacional puede decidir por sí mismo cuál es la interpretación correcta del Derecho de la Unión y su aplicación a los hechos que considere probados, en especial cuando estime que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proporciona indicaciones suficientes. Ahora bien, una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a una situación inédita”.

De ahí también que el nuevo artículo 104 del RPTJ – Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, recoja que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial “les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial”.

2.4.- Aplicada la doctrina expuesta al caso actual, la imparcialidad de los Magistrados resulta evidente y clara de forma -acto claro- en que debe interpretarse tal concepto. No concurre uno de los presupuestos: que el órgano judicial albergue dudas sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión por no ser clara. La interpretación de una norma comunitaria no impone al tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Solo si al aplicarla surge la duda se activa la necesidad de elevar la cuestión prejudicial, en particular si se trata del órgano jurisdiccional de última instancia, en el sentido que lo describe el art. 267 TFUE. Lo que no es el caso, tal como se ha razonado en el motivo primero.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del derecho primario de la Unión Europea por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, entendida como el derecho a una resolución motivada y fundada en derecho previsto en el art. 24 CE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Denuncia el motivo, de una parte, la falta absoluta de motivación mínimamente razonable y, de otra, una evidente incongruencia omisiva al no dar respuesta a ninguno de los planteamientos realizados por la defensa en el plenario.

Afirma que son reiteradas las remisiones que se realizan a decisiones, de fondo, adoptadas en otras fases del procedimiento, lo que significa un prejuzgamiento como se ha expuesto en otros motivos del recurso; no se razonan los motivos que llevan al tribunal sentenciador a adoptar unos criterios y no otros, y sobre todo, se omiten planteamientos relevantes realizados por la defensa.

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

3.1.- Es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril, comprende el derecho de los justiciables a

obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero).

En segundo lugar que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre, por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero, y 27/2013, de 11 de febrero, entre otras muchas).

La STS 110/2018, de 8-3, recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada un derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS.

714/2014 de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque “La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial”, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo “comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada” (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que “en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que

incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”. (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada. En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 “solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento”.

Por ello la motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios establecidos para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado, y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales

que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

3.2.- En el caso presente, la sentencia cumple con las previsiones constitucionales antes referidas, que no comportan que el tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas, pues como precisan las SSTS 258/2010, de 12-3 y 540/2010, de 8-6 "... la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo. La toma en consideración por el tribunal "a quo" es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional.

No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso. En palabras del TC exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (SSTC 187/2000, de 19-6; 148/2009, de 15-6).

Situación que sería la contemplada en el recurso. La desestimación de pretensiones o planteamientos de la defensa por muy disconformes que sean con las postulaciones mantenidas en modo alguno suponen falta de tutela judicial efectiva.

3.3.- En cuanto a la omisión de pronunciamientos sobre planteamientos realizados por la defensa nos encontramos en puridad con el motivo por quebrantamiento de forma del art. 851.3 LECrim que se solapa con la infracción de precepto constitucional. En estos casos hemos dicho en STS 327/2013, de 4-3 que el motivo debe analizarse por la vía del quebrantamiento de forma. El art. 852 LECrim no puede convertirse en un expediente para burlar los requisitos de los tradicionales motivos de casación por error in procedendo y error in iudicando (STS 1073/2012, de 29-11).

Por ello la invocación del art. 852 LECrim en lugar del art. 851.3 no permite escapar de los condicionamientos de este precepto. Si fuese así sobraría dicho precepto y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851 LECrim; siempre cabría analizar esas quejas por el cauce del art. 852, sin necesidad de requisito adicional alguno.

Siendo así, las condiciones para que pueda apreciarse el motivo del art. 851.3 LECrim (vid. SSTS 682/2017, de 18-10; 292/2018, de 18-6; 338/2018, de 5-7) son:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas “cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).

3.4.- Posibilidad de subsanación vía complemento aclaración de sentencia.

Esta Sala a partir de las sentencias 841/2010, de 6 de octubre; y 922/2010, de 28 de octubre, ha mantenido el criterio expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, de 20 de mayo; 444/2015, de 26 de marzo y 134/2016, de 24 de febrero, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los

Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo: "...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011, 23 de noviembre, 1073/2010, 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim".

Quien ahora lamenta el silencio del Tribunal a quo a la hora de dar respuesta a sus pretensiones, no reaccionó en el momento de la notificación de

la sentencia combatida ni hizo valer el expediente que ofrece el art. 267.5º de la LOPJ.

En definitiva como recuerda la STS 307/2013, de 4 de marzo, “Dada la excepcionalidad del recurso de casación y sin perjuicio de ponderar en cada caso concreto la relevancia constitucional de la omisión en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, está fuera de toda duda que aquellos errores puramente formales, subsanables mediante la simple alegación ante el tribunal a quo, habrán de hacerse valer por medio del expediente acogido por el art. 267.5 LECrim. La alegación tardía en casación puede exponer otros derechos fundamentales, de similar rango constitucional al que se dice infringido, a un injustificado sacrificio, mediante la retroacción del proceso a un momento anterior con el exclusivo objeto de subsanar lo que pudo haber sido subsanado sin esfuerzo ni dilación alguna.”

CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el art. 25.1 CE y en el art. 49 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea por concurrencia del bis in idem.

Argumenta que se ha condenado al MHP Sr. Joaquim Torra por unos hechos por los que había sido sancionado con anterioridad por parte de la Junta Electoral Central, sin que la distinción entre los tipos de sanciones impuestas, permita, de acuerdo con la doctrina del TEDH, sancionar por duplicado.

La sentencia ahora recurrida condena al acusado por unos hechos idénticos a aquellos contenidos en el expediente sancionador incoado por la Junta Electoral mediante acuerdo de 21-3-2019 por la presunta vulneración del art. 50.2 Ley Orgánica Régimen Electoral General, conforme a lo establecido en el art. 153 de dicha ley por la decisión del MHP Sr. Joaquim Torra de no atender a lo requerido por los acuerdos de la JEC de 11 y 18-3-2019, que terminó con

la imposición al recurrente de una multa de 3.000 €, mediante acuerdo de 13-6-2019.

Es decir, ante unos mismos hechos, se ha condenado dos veces al recurrente contraviniendo lo dispuesto tanto por nuestra Constitución como por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y vulnerando con ello el derecho a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho al non bis in idem.

4.1.- Ciertamente El Tribunal constitucional –por todas 91/2008 de 21,-77- ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones . La procesal o formal proscrib, en un sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que el TC tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hechos, y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en le art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo ,de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la

acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales el TC no entrará a conocer “de los hechos que dieron lugar al proceso” en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable (STS 2/2003, de 16-1, FM.5).

Las sentencias de la Sala Segunda del TS 487/2005, de 29-5, y 806/2007 de 18-10, recuerdan como la STC 334/2005 de 20-12, ha vuelto a insistir en que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hechos y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada (STS 229/2003, 149/2003, SSTC 513/2005, 395/2004, 141/2004) .

En similar sentido las SSTS 1207/2004, de 11-10, 225/2005, de 24-2, conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 19-5-2003, tiene declarado que el principio “non bis in idem” se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho del principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25-1 CE que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (STC 2/2003 de 16-1) y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/81, de 30-1. La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho

exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente (STC 180/2004, de 7-11; 188/2005, de 4-7; 334/2005, de 201-2; 48/2007, de 12-3).

4.2.- Pero la misma jurisprudencia constitucional admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa- en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (STC 2/81, de 30-1; 94/86, de 8-6; 112/90, de 18-6), siempre que de la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida o declarar nulo el acto administrativo sancionador, pero en ningún caso declarar la nulidad del procedimiento penal.

En el mismo sentido la STC 77/2010, de 19-10, recuerda la doctrina que dicho tribunal ha desarrollado acerca del citado principio.

a) Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio non bis in idem bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, así, como un derecho fundamental (STC 2/2003, FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 249, de 15 de octubre

de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50.

Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento "constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento" [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 c)].

b) En su vertiente material -que es la que ahora nos ocupa-, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 b)].

c) Por otra parte, aunque este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad

de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 b)].

Siendo así, sobre todo y primordialmente, el expediente sancionador no tiene el mismo fundamento que el delito por el que ha sido condenado. La sanción administrativa lo es por vulneración de la norma dirigida a los poderes públicos y que consagra un principio de neutralidad e imparcialidad político. El delito de desobediencia sanciona al que se negare absolutamente al cumplimiento, en este caso, de órdenes de la autoridad. No existe, por tanto, esa triple concurrencia (identidad de sujeto, hecho y fundamento) no es el mismo fundamento.

QUINTO.- El motivo quinto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el art. 25.1 CE y en el art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo relativo a los elementos del tipo penal, la previsibilidad, precisión y proporcionalidad de la sanción.

Considera que la Junta Electoral Central era palmariamente incompetente para dictar las órdenes que han dado lugar a la condena por el delito de desobediencia, de conformidad con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y la jurisprudencia de la Sala Tercera, s. 6-5-2013.

Además, la orden emitida no solo era ilegal por razón de la incompetencia manifiesta de la JEC sino también por razones sustantivas, en la medida que vulneraba derechos fundamentales del recurrente y de terceros y generaba indefensión.

Asimismo, la Junta Electoral Central no se puede considerar autoridad superior a los efectos del art. 410.1 CP por no existir relación de jerarquía (exigida sin excepción por la jurisprudencia de la Sala Segunda en cuanto a la

desobediencia, a las decisiones u órdenes de la autoridad superior). Se recuerda la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea s. 19-12-2019 (asunto c. 752/18, en relación con la desobediencia por parte de las autoridades políticas de Baviera a determinadas órdenes y apercibimientos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Munich (Verwaltungsgericht München).

Subsidiariamente no nos hallamos ante unos hechos que puedan ser calificados de desobediencia grave.

Y concluye que la vulneración del principio de legalidad penal ha provocado una situación de imprevisibilidad y de inseguridad jurídica.

5.1.- El tipo básico de desobediencia funcional en cuanto a la acción, consiste en negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a determinadas órdenes judiciales o administrativas (art. 410.1 CP) constituyendo un tipo de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material. Por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la omisión o pasividad propia de quien se niega a ejecutar una orden legítima dentro del marco competencial de su autor. Por ello se comprende dentro del tipo tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud de reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, es decir, la de quien sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la mínima actividad exigible para su cumplimiento.

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

conurrencia del delito de desobediencia, tal y como lo describe el art. 410.1 CP depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones que aquél haga acerca de su supuesta voluntad de incurrir o no en responsabilidad (STS 177/2017, de 27-2).

El delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario se integra, por ello, por los siguientes elementos:

a) La revisión, pronunciamiento o dictado de una sentencia o resolución procesal por un órgano judicial, o de una orden por autoridad o funcionario administrativo y que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por órgano judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas autoridades o funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la sentencia, resolución u orden. Este es el presupuesto jurídico administrativo del delito de desobediencia.

b) Que la autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obligue la sentencia u orden o despliegue la actividad que le prohíban tales resoluciones. El Código actual en el art. 410, como el anterior en el art. 369 exige que la autoridad o el funcionario se nieguen abiertamente a dar cumplimiento al mandato obligatorio y la jurisprudencia de esta Sala ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y la actuación insistentemente obstaculizadora, y

c) El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir, de la obligación de actuar generada por la resolución del tribunal o del superior administrativo y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden, sin que se admita la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia (SSTS 493/98, de 10-6; 415/1999, de 9-4).

5.2.- El recurrente cuestiona la competencia de la Junta Electoral Central para dictar los acuerdos que dieron lugar a la condena por delito de desobediencia. Cita en su apoyo la argumentación de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6-5-2013.

Con independencia de que esta sentencia no avala la conclusión de que la Junta Electoral no puede dictar los acuerdos cuestionados, dado que solo se refiere a las competencias de aquella en una tarea sancionadora, la competencia de la Junta Electoral Central se ajusta al ordenamiento electoral.

Coincidimos con la sentencia recurrida y con el informe del Ministerio Fiscal. Los hechos inciden en el periodo electoral de unas elecciones generales. Según consta en el expediente administrativo el representante de Ciudadanos Partido de la Ciudadanía se dirige a la Junta Electoral Central invocando acuerdos anteriores de la Junta Electoral Central de 2017 sobre la exhibición de lazos amarillos, pancartas sobre Presos Políticos y esteladas que suponen una vulneración de la neutralidad política. El partido político se dirige a la JEC de conformidad con el art. 20 de la LOREG. En la tramitación del expediente, en las alegaciones del Presidente de la Generalitat no se invoca la falta de competencia de la Junta Electoral Central. El incidente comunicado a la Junta Electoral rebasaba a una provincia, al referirse a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, que no hizo uso de lo previsto en la Disposición Adicional 1ª de la LOREG en cuanto a recoger en su Estatuto, el ejercicio de competencias en esta materia.

El art. 19.4 de la citada LOREG atribuye a la Junta Electoral Central durante el periodo electoral "resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se dirijan de acuerdo a la presente ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia".

La orden, por tanto, fue dictada por órgano competente.

5.3.- En cuanto a la alegación de que aquellos requerimientos emitidos por la Junta Electoral Central eran ilegales por razones sustantivas al vulnerar

los derechos de libertad de expresión y el ejercicio legítimo de un cargo del recurrente así como derechos de terceros, debe igualmente ser rechazada.

Reiterando lo razonado con anterioridad, el objeto del proceso no es analizar la condena del recurrente desde la perspectiva de la libertad de expresión, pues como ciudadano es libre de realizar manifestaciones o actos que reflejen su identidad política. El objeto es la desobediencia de las órdenes reiteradas de un órgano constitucional cuya función es garantizar la transparencia y limpieza de los procesos electorales que exige la neutralidad de los poderes y Administraciones públicas.

No se ha producido en este caso un legítimo derecho a la libertad de expresión y desde luego vulneración de ese derecho. Ninguno de los actos imputados se queda comprendido -y por tanto justificado- en el contenido material del derecho a la libertad de expresión.

La sentencia recurrida se remite a la STS 459/2019, de 14-10, que expresamente recogía: "Está fuera de dudas -y así lo ha proclamado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional- que el art. 20.1 de la CE «...significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad de expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública» (cfr. SSTC 12/1982 y 107/1988, entre otras muchas).

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del art. 10, «...constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desarrollo de toda persona. A reserva de lo dispuesto en el apartado 2, el contenido del derecho a la libertad de expresión alcanza no solamente a las "informaciones" o "ideas" acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino

también a aquellas que contraríen, choquen o inquieten. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe "sociedad democrática" (sent. Çetin v. Turquía, 13 febrero 2003). Y es que «...no hay democracia sin pluralismo» (sent. Partido Socialista Turco v. Turquía, 12 noviembre 2003).

Como continúa diciendo la sentencia, la lectura del artículo 10.2 del CEDH (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) "ya pone de relieve la validez democrática de restricciones encaminadas a preservar otros fines constitucionalmente legítimos". El mencionado precepto señala: El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Igualmente debemos referirnos al auto de la Sala Segunda del TS de inadmisión de la querrela interpuesta por prevaricación por el hoy recurrente contra algunos de los vocales de la JEC de fecha 22-4-2019. Tales Acuerdos se dictan en cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de la Junta Electoral Central, contenidas en el art. 19.1 de la LO 5/85, y los dos primeros por la reclamación efectuada por una de las formaciones políticas que concurren a las elecciones convocadas, dando lugar a unos requerimientos que son dirigidos al querellante, como máxima autoridad del Estado en la Comunidad autónoma de Cataluña, y que tienen su fundamento en el contenido de las "disposiciones generales sobre la campaña electoral", recogidas en aquella Ley Orgánica, y cuyo primer artículo, el 50, en su apartado segundo señala que "desde la convocatoria de las elecciones y hasta la celebración de las mismas queda prohibido cualquier acto organizado o financiado, directa o indirectamente, por los poderes públicos que contenga alusiones a las

realizaciones o a los logros obtenidos, o que utilice imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones", disposiciones generales que la Junta Electoral Central está obligada a garantizar, como máximo órgano de la Administración electoral. El art. 8 de la LOREG señala la función de la Administración electoral: garantizar en los términos de la presente ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad. En la función propia de su cometido ha adoptado Acuerdos en el ejercicio de su función de ordenación y garantía del proceso. Consta el incumplimiento de los requerimientos realizados, dictando un tercer Acuerdo por el que incoa expediente sancionador al querellante por vulneración del art. 50.2 de la LOREG y deducir testimonio por si los hechos pudieran tener significado penal.

Tampoco vulneran el art. 20.1 CE derecho fundamental a la libertad de expresión, protegido y reconocido en el Título Primero de la Constitución derechos fundamentales. En el caso que nos ocupa el art. 50.2 LOREG dispone especiales prevenciones para asegurar ejercicio del derecho invocado "desde la convocatoria de las elecciones y hasta la celebración de las mismas" y, así, salvaguardar la necesaria neutralidad de las Administraciones Públicas durante el desarrollo del proceso electoral, interés general que la administración electoral entiende vulnerado, dando lugar al dictado de los Acuerdos de 11/3/19, 18/3/19 y de 21/3/19. La revisión, en su caso, corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes del orden contencioso administrativo.

5.4.- La pretensión del recurrente deberá, por ello, ser desestimada. En efecto, como recuerda la sentencia de la Sala Tercera del TS 933/2016, de 28-4, la afirmación de objetividad y neutralidad de la Administración ha de vincularse necesariamente a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (Art. 9.3 CE) y 103.1 CE ("la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho), y más concretamente para las entidades locales, a lo claramente dispuesto en el art. 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: "las Entidades locales

sirven con objetividad los intereses públicos que les están encomendados y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Tal exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales, puesto que como sostiene este Tribunal en la sentencia de 19 de noviembre de 2014, rec. 288/2012, “el sufragio igualitario para la elección de representantes parlamentarios es, según disponen los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución (CE) y 8.1 de la LOREG, un elemento de suma trascendencia de nuestro sistema político, y por ello, paralelamente, la neutralidad de todos los poderes públicos constituye uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio. Y procede añadir así mismo, que dicha neutralidad en los procesos electorales es una de las específicas proyecciones que tiene el genérico mandato de objetividad que el artículo 103.1 CE proclama para la actuación de toda Administración pública”; razón por la cual sostiene la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2014, rec. 555/2012) que “ese artículo 50.1 de la LOREG debe ser interpretado en la clave constitucional del sufragio libre que proclama el artículo 68 de la Carta Magna. Sufragio libre que significa proclamar como un esencial designio de verdadera democracia el establecer un sistema electoral que garantice un marco institucional de neutralidad en el que el ciudadano pueda con absoluta libertad, sin interferencias de ningún poder público, decidir los términos y el alcance de su participación política”.

Compartimos igualmente el criterio de la referida sentencia en el sentido de que no cabe confundir el concepto de democracia como sistema de toma de decisiones por mayoría en cualquier ámbito posible cuyo universo puede ser delimitado con arreglo a cualesquiera criterios territoriales, grupales o de cualquier otra índole, con el concepto jurídico constitucional que aparece recogido en el art. 1 de la Constitución Española cuando establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

La vinculación entre democracia y Estado de Derecho no es accesorio, sino sustancial, de manera que solo es posible calificar de actos o decisiones

democráticos los que se ajustan, en su procedimiento de adopción y en su contenido, a la ley. En este sentido, no cabe aceptar de ningún modo que la colocación de las banderas partidistas -o lazos amarillos, pancartas a favor de los "presos políticos", o cualquier otro símbolo partidista en edificios y lugares públicos, constituya un acto de "obligado" cumplimiento que se impone a los representantes públicos -entre ellos el MHP de la Generalitat- por cuanto obedece a la decisión "democrática" de un órgano colegiado.

En otras palabras, el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se tomen democráticamente en modo alguno los hace conformes a Derecho, sino que precisamente están sujetos al mismo y por ello pueden ser invalidados, sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico que vincula a todos los poderes públicos.

De acuerdo con lo expuesto, los acuerdos de la JEC no vulneran los derechos a la libertad ideológica y la libertad de expresión, garantizados por la CE, en sus arts. 16.1 y 20.1 respectivamente de aquellos terceros electores. El art. 20.4 afirma que "estas libertades tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia", derechos fundamentales entre los que se cuenta el derecho de participación política consagrado en el art. 23.1, desarrollado en la LOREG en el sentido del mantenimiento del deber de neutralidad que concierne a los Poderes Públicos en este contexto de la participación política mediante elecciones.

Es reiterada la doctrina del TC (ss. 254/93, de 20-7; 14/2003, de 28.1; 244/2007, de 10-12) que sostiene que "las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE...sin entrar a considerar que partiendo de la premisa de que conforme a la doctrina constitucional expuesta solo los ciudadanos y no las instituciones, son titulares de los derechos fundamentales alegados, en el presente recurso estos derechos fundamentales no están siendo invocados -

como es de rigor, nuevamente a efectos de legitimación procesal- por sus supuestos titulares (las personas físicas, ciudadanos electores) sino por el Presidente de la Generalitat que ni siquiera concurría como tal a ese proceso electoral.

5.5.- Argumenta también el recurrente que la Junta Electoral Central no puede ser considerada Autoridad superior a los efectos del art. 410.1 CP.

Cita en su apoyo jurisprudencia de esta Sala Segunda en el sentido de que a diferencia del delito de denegación de auxilio del apartado segundo del art. 410, la existencia de una relación jerárquica es elemento imprescindible del tipo penal de desobediencia a las decisiones u órdenes de la autoridad superior del primer apartado del referido art. 410 CP.

La STS 177/2017, de 22-3, se pronuncia sobre esta cuestión incluyendo en el art. 410.1 del CP "la negativa de autoridades administrativas a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales -o decisiones u órdenes de autoridad superior (SSTS 80/2006, de 6-2; 54/2008, de 8-4; 263/2001, de 24-2; 485/2002, de 14-6; 415/99, de 9-4; 8/2010, de 20-1).

Es cierto que no faltan críticas dogmáticas a este entendimiento jurisprudencial, opiniones que ponen el acento en la necesidad de una dependencia jerárquica entre quien ordena y quien desatiende la orden.

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

Compartimos el criterio del Fiscal en el sentido de que cuando el art. 410 CP habla de autoridad superior no se está refiriendo necesariamente a una superioridad jerárquica, que es lo que aquí se pretende. La Junta Electoral Central es autoridad superior en el ámbito electoral, las elecciones generales

son de ámbito nacional y competencia de la administración electoral, en la que el Presidente de la Comunidad Autónoma carece en absoluto de competencias.

En efecto, el Estado de Derecho es aquella forma de organización política en la cual el ejercicio del poder se encuentra sometido a la regulación que resulta de la norma jurídica. El sistema jurídico (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) a través de sus regulaciones, emanadas de la representación popular en los órganos legislativos, y de los entes con capacidad normativa, es el encargado de controlar el poder del Estado, y también, el de los particulares.

De lo anterior resultan las características que permiten definir el Estado de Derecho: la división de poderes, estableciéndose entre ellos una relación de coordinación y cooperación; el control y fiscalización del poder públicos, facultándose a los ciudadanos, instituciones, incluso a las propias administraciones, para activar los mecanismos de control; la observancia del principio de legalidad, el imperio de la ley, por lo que ningún órgano del poder y ninguna persona se encuentra por encima de la ley, pues ésta es expresión directa de la voluntad popular que vincula a los poderes públicos, instituciones, personas jurídicas y físicas; además, los derechos y libertades fundamentales constituyen la base de la convivencia y se reconocen positivamente, se garantizan y protegen.

Es, en definitiva, una forma de organización política caracterizada por la sumisión del poder al Derecho, mediante la limitación jurídica de su actividad. El Estado se vertebra de acuerdo a un sistema de equilibrio de poderes en el que la legítima acción de gobierno se ejerce en el marco normativo legítimamente aprobado y controlado por el poder judicial, sujeto a la estricta observancia del principio de legalidad, de acuerdo a las exigencias de los procedimientos legalmente previstos y al margen de intereses particulares, políticos o económicos, pues todo acto del Estado, a través de sus administraciones, debe estar sujeto a Derecho.

La Constitución Española declara en su artículo 1 que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como

valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Como concreción de esa declaración general, la Constitución garantiza (art. 9.3) el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos fundamentales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (V. principio de legalidad; derechos fundamentales y libertades públicas; división de poderes).

En un Estado de derecho, toda acción encuentra sustento en la norma; el ejecutivo queda subordinado al orden jurídico vigente por cumplir con el procedimiento para su creación y es eficaz cuando se aplica en la realidad con base en el poder del Estado a través de sus órganos de gobierno, creando así un ambiente de respeto absoluto del ser humano y del orden público. Su actuación se haya sometida incondicionalmente a la ley. En un Estado de Derecho, ni siquiera la mayoría puede promover una actuación institucional contraria a la ley, sino que deberá proceder a su modificación para sujetarse a los parámetros de legalidad a los que debe ordenar su conducta.

La ley de régimen electoral general (LOREG), dice su Exposición de Motivos "pretende lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad. Este es, sin duda el objeto esencial que debe enmarcar toda ley electoral de una democracia. Nos encontramos ante el desarrollo de una de las normas fundamentales de un Estado democrático, en tanto que solo nos podemos afirmar en democracia cuando el pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno". Para garantizar esa libertad en el ejercicio del derecho de sufragio la ley diseña una administración electoral propia que tiene como finalidad "garantizar el los términos de la presente ley la transparencia y objetividad el sistema electoral y el principio de igualdad" (art-8), en la que se integra la Junta Electoral Central, con una composición predeterminada, art., 9, correspondiendo a las Cortes generales, el Gobierno y los Ayuntamientos (art. 13) la puesta a disposición de los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones. El art. 19 de la LOREG

establece las funciones que corresponde a la Junta electoral Central, entre ellas la de resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente ley o cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia, enmarcada en la función de velar por el cumplimiento de la ley en el desarrollo del derecho de sufragio, la transparencia en su ejercicio y la libertad de los ciudadanos en el ejercicio del derecho al voto. Cobra especial relevancia el art. 20.2 de la LOREG que prevé competencia de la Junta Electoral Central para resolver consultas cuando se trate de cuestiones de carácter general que puedan afectar a más de una Junta Electoral Provincial, en supuestos en los que como acaece, la Comunidad Autónoma catalana no se ha dotado de una ley específica electoral para el desarrollo de las elecciones de su competencia, y carece de una Junta Electoral autonómica.

En términos de la STS 24/1990, de 15 de febrero, (BOE 53 de 2 de marzo), El sistema electoral español está contenido principalmente en la LOREG, Ley Orgánica del Régimen Electoral General de la que habla en estos términos el art. 81.1 de la Constitución, de cuya necesidad se ocupó este Tribunal en su STC 72/1984, a la que hace referencia directa o indirecta diversos preceptos de la Constitución (arts. 68, 69 y 23, entre otros), y que de ellos, y de la «globalidad que la propia Constitución impone» parte, como se indica en su preámbulo. Esta ley sustituye (sustitución «que no es en modo alguno radical», como reconoce el preámbulo en su apartado primero), al Real Decreto-ley de 1977, está en relación de continuidad con otros textos legales electorales de nuestra historia, y configura un sistema electoral, peculiar en relación con los de otros países, pero ni menos democrático ni menos garantista que aquéllos, y caracterizado, por lo que aquí importa destacar: a) por descansar en una Administración Electoral (art. 8 LOREG), integrada por Juntas compuestas en su mayoría por Magistrados y Jueces y en todo caso presidida por ellos, designados siempre por insaculación (art. 9 y siguientes LOREG), y por unas mesas electorales cuyos tres miembros están designados, en todo caso, por sorteo público «entre la totalidad de las personas censadas en la Sección correspondiente» (art. 26 LOREG); b) por la existencia de representantes, apoderados e interventores de las candidaturas con presencia activa a lo largo del procedimiento electoral (arts. 43 y 76 a 79 LOREG), y c) por

la existencia de un control jurisdiccional en virtud del cual la jurisdicción del orden contencioso-administrativo actúa controlando los acuerdos de las Juntas Electorales en momentos tales como la proclamación de candidaturas y candidatos (arts. 49 y 55. LOREG), y la proclamación de electos (arts. 109 a 117 LOREG).

En la STC 80/2002, de 8 de abril, (BOE num. 99, de 25 de abril), se recuerda el contenido de la finalidad principal de la administración electoral "7. El primer componente de ese sistema es una Administración ad hoc, la Administración electoral, que la LOREG regula -de forma significativa- inmediatamente después de los derechos de sufragio activo y pasivo, esto es, en el Capítulo III del Título I, cuyo primer precepto determina que "tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley, la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad" (art. 8.1). Como bien recuerdan los demandantes de amparo, hemos definido a tal Administración como "Administración de garantía" (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4) del proceso electoral."

Por último la STS 154/1988, de 21 de julio, (BOE 24 de agosto de 1988), al recordar que "es preciso señalar que todas las Juntas Electorales intervinientes en cualquier tipo de elecciones se integran en lo que la rúbrica del Capítulo Tercero de la LOREG y el art. 8 que abre su Sección I. Q denominan «Administración Electoral», complejo orgánico que -como indica el citado precepto- «tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad» (núm. 1), y en el que se insertan las Juntas Electorales Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales".

5.6.- En cuanto a la falta de gravedad de los hechos en el ejercicio de sus derechos y desde el respeto de derecho de terceros, habrá que analizar la expresión "abiertamente" que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, tal expresión ha de interpretarse no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando

frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte "una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo para dar cumplimiento a la referida orden" es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de "omisión"), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello, es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer o lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible "la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde" (vid. SSTS 1203/97, de 11-10; 203/2001, de 24-2; 485/2006, de 14-6; 54/2008, de 8-4; 177/2017, de 22-3).

En el caso presente es claro que los requerimientos realizados por la Junta Electoral Central fueron dictados en el ámbito de sus estrictas competencias y aparece formalmente revestido con todos los requisitos exigidos para su eficacia, hay que concluir, por ello, que no cabía oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O los acuerdos de la Junta encierran en sí todos los elementos necesarios para predicar de ellos su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolecen de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una u otra opción se constituya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por otros acuerdos o resoluciones que pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por sus servicios jurídicos de quien resulta obligado a su cumplimiento -lo que aquí no ha sucedido-.

5.7.- Con ello enlazamos con la última queja del recurrente sobre la imprevisibilidad e inseguridad jurídica del tipo penal aplicado en la sentencia.

Queja inasumible.

El TC viene declarando en STC 91/2009, de 20-4, 153/2011, de 17-4, que tal principio “supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebran así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonables en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FS 6). En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem. No obstante este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario y la necesaria formulación abstracta del precepto. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional. (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Expresado en 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 (en igual sentido, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ.3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre; FJ 4, 9/2006, de 16 de enero, FJ. 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4) “. (FJ 8).

5.8.- En el caso actual el recurrente camufló su contumaz rechazo a los acuerdos de la Junta, suscitando una aparente controversia jurídica con la misma acerca de los límites generales de acatamiento de aquellos acuerdos. En definitiva, se negó abiertamente a dar el debido cumplimiento a unas resoluciones de la JEC dictada en cumplimiento de sus funciones y revestidas de las formalidades legales. Y en eso consiste precisamente el delito de desobediencia del art. 410, sin que haya viso alguno de imprevisibilidad ni inseguridad.

SEXTO-. El motivo sexto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20 CE y en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Denuncia la vulneración del derecho a la libertad de expresión del recurrente que viene reforzada por su condición de Diputado del Parlamento de Cataluña con la consiguiente inviolabilidad que afecta a sus manifestaciones como tal.

Nos encontramos ante actos políticos amparados por la libertad de expresión y el derecho de representación política, que a su vez, están protegidos por la inviolabilidad parlamentaria. Por ello su criminalización no solo (no) responde a una interpretación antidemocrática del Código Penal sino que infringe preceptos constitucionales y derechos fundamentales protegidos por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado español.

6.1.- La alegación del ataque a la libertad de expresión ya ha sido analizado en el motivo precedente con expresa referencia a la STS 459/2019, de 14-10 y al ATS de 22-4-2019 en el sentido de que los acuerdos de la JEC no vulneraban el art. 20.1 CE, y en cuanto a la inviolabilidad parlamentaria, el art. 71 CE recoge dos prerrogativas para los parlamentarios: la inviolabilidad (en el plano sustantivo) y la inmunidad (en el plazo procesal). La inviolabilidad supone la irresponsabilidad penal de los Diputados y Senadores por las opiniones

manifestadas o los votos emitidos en el ejercicio de la función parlamentaria. Por su parte el art. 57 del Estatuto de Autonomía recoge "que son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo".

6.2.- Respecto a esta inviolabilidad parlamentaria en la repetida STS 459/2019 ya dijimos que el valor exoneratorio de la inviolabilidad frente a la exigencia de responsabilidades penales y su naturaleza constitucional como garantía parlamentaria, ha sido proclamado de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. El carácter institucional de estas prerrogativas las convierten en «imprescriptibles e irrenunciables»; (cfr. STC 22/1997 y ATC 236/2000). De ahí la necesidad de que «sean interpretadas restrictivamente para no devenir privilegios que pueden lesionar derechos fundamentales de terceros» (SSTC 51/1985, 123/2001, y ATC 236/2000). Su misma existencia «se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado» (STC 51/1985). Estamos, pues, en presencia «de un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario» (STC 243/1988). Se ha señalado también su «carácter absoluto y no meramente relativo» (STC 30/1997), ligado a la freedom of speech y, por tanto, vinculado a «las declaraciones de juicio o de voluntad» (STC 71/1985). Todo ello explica que la protección que otorga «...decae cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de "político" incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario» (STC 71/1985).

En esa línea se mueven también los numerosos precedentes proclamados por esta Sala, de los que las SSTS 2 octubre 2003; 21 diciembre 2004 y los AATS 23 enero 2003, 17 septiembre 2003, 6 abril 1995 2 octubre 2003, 17 marzo 2009, 22 junio 2007), son elocuentes ejemplos.

6.3.- Sin adentrarnos en el debate doctrinal que proyecta sus matices sobre la jurisprudencia anotada y que hace de esa inviolabilidad, más que una causa de justificación, una causa de exclusión de la culpabilidad, una exención jurisdiccional o una causa personal de exclusión de la pena, lo cierto es que su concurrencia blinda a su titular frente a la respuesta penal que pueda cercenar la capacidad del parlamentario -y con él, del órgano legislativo- para debatir y formar criterio sobre los problemas que afectan e interesan a la sociedad. De ahí que no falten cualificadas opiniones que subrayan la idea de que la inviolabilidad es, sobre todo, una prerrogativa constitucional llamada a proteger las funciones de las asambleas legislativas y solo como consecuencia de esa naturaleza genera unos derechos-reflejo que no constituyen derechos subjetivos del parlamentario ni suponen vulneración del principio de igualdad. Al margen de ese rico debate, la Sala no ve en la inviolabilidad de los parlamentarios un privilegio, sino un presupuesto sine qua non para el adecuado ejercicio de la función parlamentaria. Desde esta perspectiva, podría incluso afirmarse que se trata de una prerrogativa ilimitada siempre que, claro es, se conecte a su verdadero significado material. Esta concepción funcional de la inviolabilidad como mecanismo de garantía de las tareas legislativas es, desde luego, la vía más segura para no errar en la definición de los contornos en los que opera la exclusión de la antijuridicidad.

Pues bien, la Sala estima que tanto el enunciado constitucional de la inviolabilidad (los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones -art. 71.1 CE-), como su proclamación estatutaria (los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo -art. 57.1 EAC-), circunscriben el ámbito de esa prerrogativa a las opiniones y a los votos emitidos durante el ejercicio de las funciones parlamentarias. No debería suscitar dudas el hecho de que mientras los arts. 71.1 de la CE y 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados abarquen en el concepto de inviolabilidad las opiniones manifestadas, el art. 21 del Reglamento del Senado -y con idéntica inspiración el art. 57.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña- se refiera a los votos y las opiniones emitidos en el ejercicio de sus mandatos. Si bien se mira,

el voto emitido es la más genuina manifestación de la libertad de opinión del parlamentario. No tiene sentido, por tanto, derivar consecuencias interpretativas de ese distinto tratamiento.

La necesidad de fijación de límites a la inviolabilidad se hace más que evidente cuando lo que se reclama no es la exclusión de responsabilidad penal por unas afirmaciones o por el sentido de un voto que ha podido ofender la honorabilidad de terceros, sino por unos hechos que las acusaciones califican como constitutivos de un delito de desobediencia.

6.4.- En el caso presente es evidente que lo reflejado en el relato de hechos probados no es ejercicio de una actividad parlamentaria y, en todo caso, el acto parlamentario que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en el vehículo para desobedecer lo resuelto por la Junta Electoral Central no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de inviolabilidad. Esta no protege frente a actos de consciente desatención a lo resuelto por la autoridad superior en el marco electoral. El rechazo de las resoluciones dictadas por ésta en el marco funcional que le es propio y debidamente notificadas al Presidente y parlamentario de la Generalitat que desoye el requerimiento es subsumible en el delito de desobediencia del art. 410.1 CP.

SÉPTIMO.- El motivo séptimo por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio de legalidad previsto en el art. 25.1 CE y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo relativo a la determinación de la pena.

Argumenta que el delito de desobediencia a la autoridad superior tipificado en el art. 410.1 CP no se encuentra sancionado con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho pasivo. El legislador no ha querido que la condena por el delito de desobediencia suponga, para el

condenado, la privación, durante el tiempo de la condena del derecho a optar a cualquier cargo electivo.

Ninguna duda cabe, a la vista de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, y ello porque el legislador ha querido reservar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo para los delitos más graves, entre los que no se cuenta el delito de desobediencia a la autoridad superior especificado en el art. 410 CP.

El tribunal "a quo" ha realizado una interpretación extensiva del CP, vulnerando gravemente el derecho a la legalidad penal (art. 25 CE) y el derecho de sufragio pasivo (art. 23) en los términos antedichos, así como los preceptos correspondientes a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 49 y 39.2), del Tratado de la Unión Europea (art. 10.3) y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 7 y art. 3 al Protocolo 1).

Motivo este que puede ser analizado conjuntamente con **el motivo octavo por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho de sufragio pasivo reconocido en los arts. 23.2 CE, 10.3 Tratado de la Unión Europea y 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**

Insiste en alegaciones que desarrolla en otros motivos, la pretensión de la sentencia de instancia de inhabilitar al recurrente para el ejercicio de cualquier responsabilidad pública, incluidas las electivas, es un grave atentado a los principios democráticos, además de una reacción penal desproporcionada.

La pena que se pretende imponer ni está establecida en la ley, dado que la LO 1/2015 no ha incorporado el art. 410.1 como pena principal la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, ni responde a un objetivo legítimo, ni respeta el contenido esencial del derecho de sufragio, ni la limitación que se pretende de éste responde a objetivos de interés general reconocidos

por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

7.1.- Con carácter previo es necesario destacar como esta Sala ha señalado la necesidad de diferenciar cuando la pena de inhabilitación especial para derecho o cargo público reviste el carácter de penal principal (art. 42 CP) de aquellos casos en los que se impone como pena accesoria (art. 56 CP). Frente a una serie de infracciones penales para las que, por la mera satisfacción de sus exigencias típicas el legislador ya ha contemplado la imposición de la pena de inhabilitación especial (pena principal) se contemplan otros supuestos (pena accesoria) en los que la operatividad de la inhabilitación -que se impone en las penas inferiores a 10 años de prisión, entre otras, la suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo- pena ésta que tradicionalmente funcionaba como residual- queda encomendada a una discrecionalidad judicial sujeta a dos limitaciones consistentes en: que la gravedad del hecho justifique un mayor rigor punitivo, así como que la vinculación a la actuación ilícita justifique en términos de prevención general o especial la imposición de la sanción elegida. El art. 56 exige para que la inhabilitación opere como pena accesoria respecto a un determinado empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, o del ejercicio de la patria potestad, de la tutela, guarda o acogimiento o de cualquier otro derecho, que el ejercicio de esta función o derecho haya tenido una relación directa con el delito cometido, imponiéndose en garantía del correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial, que la sentencia determine expresamente esa vinculación, como una manifestación más del deber de motivación establecido en el art. 120.3 CE (SSTS 314/2017, de 3-5; 647/2017, de 2-10; 545/2018, de 13-11).

En el caso sometido a nuestra revisión casacional el tipo penal del art. 410.1 CP establece como penas la de multa de tres a doce meses y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a dos años, pena última, por tanto, principal y no accesoria.

La sentencia recurrida impone las penas de 10 meses de multa con cuota diaria de 100 € e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno, en los ámbitos local, autonómico y del Estado por tiempo de 1 año y 6 meses.

Sobre la extensión de la pena hemos reiterado en SSTS 314/2017, de 3-3 y 88/2018, de 21-2, que una cosa es que la imposición de la pena principal de inhabilitación especial no haya de argumentarse, más allá del juicio de subsunción del comportamiento analizado en uno de los tipos penales que contemplan esa sanción como ineludible, y otra bien distinta es que, aún en esos supuestos, habrán de especificarse las actividades a las que se refiere la inhabilitación, pues la inhabilitación especial -accesoria o principal- no tiene un alcance general, sino que sólo se proyecta respecto del empleo o cargo sobre el que recaiga, el cual debe especificarse en la sentencia, tal y como se recoge en el artículo 42 del Código Penal y como exige el derecho a la tutela judicial efectiva, manifestado en la motivación y concreción de la pena que se impone.

Pero a su vez, respecto a la concreción del alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, la jurisprudencia de esta Sala tiene proclamado que la inhabilitación especial no tiene por fundamento la privación selectiva de concretas parcelas funcionariales, sino que su significado -como pena restrictiva de derechos- mira de modo preferente al empleo o cargo público como tal, esto es, al título jurídico que habilita, tanto para el ejercicio de las ocupaciones laborales básicas, como a cualquiera otras de carácter temporal que puedan estarle vinculadas; esto es, que a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz o la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales (SSTS 695/2012 de 19 de septiembre; 887/2008, de 10 de diciembre).

Es cierto, como acertadamente razona el recurrente, que la Ley Orgánica 1/2015, de 30-3, tal como se señala en la Exposición de Motivos, refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la administración pública. Con carácter general, se elevan las penas de inhabilitación previstas

para este tipo de delitos, y se añade la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho pasivo".

Y añade con posterioridad:

"Por otro lado, se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad. En primer lugar, la reforma lleva a cabo el aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Así sucede en los delitos de prevaricación administrativa, cohecho, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, fraudes y exacciones ilegales, entre otros. Y en segundo lugar, en los delitos más graves en los que ya se prevé la posible imposición especial para cargo o empleo público, se añade la imposición adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La inhabilitación especial para cargo público alcanza únicamente al que se ostenta al cometer el delito. De este modo se impide que el condenado por el delito de corrupción pueda optar durante el tiempo de la condena a un cargo electivo. Así se ha establecido, entre otros, en los delitos de cohecho, prevaricación de funcionario público o tráfico de influencias".

En base a ello concluye el recurrente que el legislador no ha querido que la condena por el delito de desobediencia del art. 410.1 CP, suponga, para el condenado, la privación durante el tiempo de la condena, del derecho a optar a cualquier cargo electivo.

Tesis inasumible.

El legislador a pesar de esa omisión, sí ha mantenido en el delito de desobediencia del art. 410.1 la pena principal de inhabilitación especial para empleo o cargo público -al igual que en los delitos del Capítulo IV, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413 a 417)-.

La reforma de 2015 tuvo por finalidad endurecer las penas de corrupción, especialmente en aquellos delitos con perjuicio económico para la administración, y evitar la polémica doctrinal sobre el alcance de la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo que priva al penado del derecho a ser elegido para cargos públicos, como pena principal con la extensión no del tiempo de la condena, sino la misma que la anterior inhabilitación para empleo o cargo público.

7.2.- Consecuentemente habría que analizar la doctrina de la Sala sobre el alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que el recurrente cuestiona, en particular respecto a la privación del derecho a ser elegido parlamentario europeo.

La sentencia de instancia fundamenta el alcance de la pena para cargo público electivo, ya sea de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el ejercicio de funciones de gobierno tanto en el ámbito local, como en el autonómico y también el del Estado, "pues del ejercicio de ese mismo tipo de responsabilidades públicas electorales y gubernativas se sirvió el acusado para la comisión del delito que aquí se reprocha" y cita en su apoyo la STS 722/2018 -no 91/2019- de 23-1-2019 que en cuanto a la posibilidad de que los tribunales españoles, en aplicación de la ley penal nacional, puedan privar al condenado del derecho a ser elegido parlamentario europeo.

El art. 42 CP establece que la pena de inhabilitación especial "produce...la incapacidad para obtener el mismo empleo o cargo u otros análogos, durante el tiempo de la condena"

La jurisprudencia ha exigido una relación directa entre el cargo que se ostenta y objeto de privación con otros futuribles cargos u ocupaciones. La cuestión controvertida estaba en esclarecer si concurre semejanza entre las funciones ejecutivas y de gobierno del recurrente como Presidente del Gobierno de la Generalitat y las encomendadas a un integrante del Poder Legislativo en el Parlamento de Cataluña, las Cortes Generales o el Parlamento Europeo.

La respuesta ha de ser afirmativa.

En esta dirección apunta el art. 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19-6, al declarar inelegibles -y por tanto privados de facto del derecho de sufragio pasivo- a "los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo, **contra la Administración Pública** o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal". En ese supuesto se encuentra incurso el recurrente.

Este precepto es cierto que no viene a delimitar el perímetro de la pena de inhabilitación especial. Pero proporciona un argumento para establecer analogías entre cargos y empleos.

Como ya hemos indicado la sentencia dictada por el TSJ condena, además de la pena de multa, a la inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de un año y seis meses.

La citada pena incluye la imposibilidad de ejercer funciones de eurodiputado en el Parlamento Europeo.

En efecto los diputados del Parlamento Europeo se eligen por sufragio directo en unas elecciones de ámbito nacional, que se regulan por la legislación electoral nacional, concretamente por la LO Estatal del Régimen Electoral General 5/85, de 19-6. Tales diputados ejercen sus funciones en un órgano central de la Unión Europea), y sin perjuicio de que deban defender los intereses de esta última, también ejercen funciones en representación del Estado español que, de hecho, de acuerdo con el apartado 5 del art. 4 del Reglamento de dicha Institución, puede encomendarle misiones a través de la autoridad correspondiente.

En este marco es la Junta Electoral Central la competente para todas las cuestiones relacionadas con la presentación y proclamación de candidatos a las elecciones al Parlamento Europeo, unos candidatos que lógicamente deberán cumplir los requisitos exigidos por la legislación española a estos efectos, entre ellos y, de acuerdo con el art. 6.2, apartado 5, del texto legal citado, no haber sido condenados, aunque la sentencia no se sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal; que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos.

Cabe asimismo añadir que el recurrente ha sido condenado, en su condición de autoridad pública -que ejercía en su cargo de naturaleza política- por negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a una orden emanada de autoridad superior, imponiendo de esta forma su voluntad frente al mandato de los acuerdos de la JEC de 11 y 18-3-2019. En este contexto, debe entenderse que la pena de inhabilitación -que se prevé como pena principal para el delito citado- debe abarcar a cualquier ámbito en que se comete el delito. En este sentido nos pronunciábamos, entre otras resoluciones, en el ATS de 24-6-2015, donde declarábamos que el alcance contrato de la pena de inhabilitación ha de ser entendido con claves exegéticas finalísticas para no vaciar de contenido la penalidad y traicionar tanto su componente retributivo como su contenido preventivo especial.

En esta línea también podemos citar la STS 259/2015, de 30-4, que insiste en que la pena de inhabilitación puede revestir el carácter de pena principal, como se establece en el art. 42 CP, o accesoria, art. 56 CP, y solo en este caso se exige para la imposición de la pena una relación directa entre el delito sancionado y el derecho del que se priva al condenado con la imposición de la inhabilitación.

Cuando se trata de pena principal, como sucede en el delito de desobediencia del art. 410.1, el art. 42 solo exige que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación y establece expresamente que esta pena alcanza no solo el empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo "u otros análogos" durante el tiempo de la condena.

Es obvio que cuando el delito de desobediencia del art. 410.1 CP se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de Presidente de una Comunidad Autónoma "constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió el delito, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar en el propio Gobierno autonómico, o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal".

Como señala la STC 151/99, de 14-9: "Pocas dudas pueden albergarse respecto a la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente.

Para ello, sí es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, por ser representantes de los ciudadanos, en actuar de manera directa en asuntos públicos...".

Estimamos, conforme esta doctrina del TC, que condenar por un delito contra la Administración Pública cual es el del art. 410.1 CP, y poder mantenerse en su puesto de Presidente de la Generalitat o la posibilidad de ser elegido como representante de los ciudadanos en un órgano legislativo o de gobierno de cualquier otro ámbito, mientras cumple la pena de inhabilitación especial impuesta contradice la propia naturaleza de la pena principal establecido por el legislador -junto con la de multa- para aquel delito y reduce excesivamente la

tutela del bien jurídico protegido por el mismo, el exquisito respecto por la autonomía de los distintos poderes del Estado y un normal funcionamiento, como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

Constituiría además una interpretación de la norma que podría conducir al absurdo, dejando al criterio de un partido o del propio cargo político condenado en firme por delito contra la Administración Pública, Título XIX, Libro II CP, a una pena de inhabilitación, decidir si puede o no continuar ostentando ese puesto en nombre de los ciudadanos, cuando el fin último de esa pena es precisamente evitar esa continuidad tanto en el cargo donde se cometió el delito como en otros análogos.

Por último, en el caso enjuiciado el tribunal de instancia sí especifica razonablemente la extensión de la pena de inhabilitación especial a cargos análogos y debemos recordar que lo que exige la norma legal y también la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, es que la sentencia condenatoria especifique los empleos o cargos sobre los que recae la inhabilitación, en virtud del principio de interpretación restrictiva de la pena, para evitar una analogía generadora de indeterminación.

Procede, por lo expuesto, la desestimación de ambos motivos.

OCTAVO.- El motivo noveno por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración de los arts. 14 CE y 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el derecho a la proporcionalidad de las penas que reconocen los arts. 25.1 CE y el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El motivo, tras recordar una vez más, que nos hallamos dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, que tiene primacía sobre el Derecho interno, denuncia la vulneración del derecho a la igualdad ante la distinta

reacción estatal en relación con hechos semejantes atribuidos al Sr. Pedro Sánchez y a la Sra. María Isabel Celaá con respecto a los atribuidos al Sr. Joaquim Torra.

En el caso de los primeros, la desobediencia a determinados requerimientos de la JEC se ha saldado con una sanción económica sin atribuir relevancia penal a los hechos. En el segundo, sin embargo, además de la sanción económica (superior a la de los dos anteriores) se pretende atribuir relevancia penal a los hechos, apartándolo de todo cargo público, lo que no solo supone una vulneración del derecho a la igualdad con discriminación, sino que supone una reacción penal correspondiente en relación con la entidad de los hechos atribuidos al hoy recurrente, por razones ideológicas, contraria al art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La reacción penal impuesta por la sentencia del TSJC se aparta de cualquier consideración del principio de intervención mínima y de última ratio que en toda sociedad democrática debe tener el recurso al Derecho Penal.

8.1.- El desarrollo del motivo hace necesario realizar unas consideraciones previas.

Se suele invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, cuando según el recurrente condenado se le trata de modo desigual en relación a otros imputados que resultaron absueltos o más levemente condenados.

Como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en sentencias 636/2006 de 8.6 y 483/2007 de 4.6, remitiéndose a las sentencias de 26.7.2005, 9.7.93 y 6.11.89, «sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental». En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990

que «el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos». El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo demás, no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

El principio de igualdad se vulnera, dice la STS. 999/2005 de 2 de junio, cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), bien entendido que como recordó la STC. 88/2003, "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio; 51/1985, de 10 de abril; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio

de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15.4).

Consecuentemente cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 17/1984, de 7 de febrero; 157/1996, de 15 de octubre; 27/2001, de 29 de enero). La no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

En el caso concreto el recurrente omite detallar cuáles fueron las concretas conductas atribuidas al Sr. Sánchez Pérez Castejón y a la Sra. Celaá Dieguez, limitándose a decir que son equiparables, por lo que faltaría, en todo caso, el presupuesto de tratamiento desigual a supuestos de igualdad.

8.2.- En cuanto al alcance del principio de proporcionalidad.

En STS 407/2010, de 12-5, se dice "Y si lo que se cuestiona es la proporcionalidad del precepto y de las penas que prevé , en cuanto al principio de proporcionalidad, desde la perspectiva de la selección del ordenamiento penal como la rama del ordenamiento jurídico apta para la regulación de una concreta materia en detrimento de otras ramas el Tribunal Constitucional ha reiterado (STC. 19.10.2004) que es potestad exclusiva del legislador "configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo", y que en el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que se ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a

otros fines legítimos que se pueden perseguir con la pena y a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización etc- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial.

Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena. (S.S.T.C.161/1997 y 55/1996).

El juicio que procede en esta sede, en protección de los derechos fundamentales –dice el ATC. 332/2005 de 13.9-, debe ser por ello muy cuidadoso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC. 55/96 FJ.8), o una “actividad publica arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (STC. 55/96 FJ. 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma.

“Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirma nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma (SSTC. 55/96 FJ. 6, 161/97 FJ. 9, 136/99 FJ. 23).

Expresado, en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes y cuando

la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y ahora en su sentido estricto, proporcionada. En suma para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes.

En segundo lugar debería indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando "a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador".

Y solo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (SSTC. 55/86 FFJJ 8 y 9; 136/99 FJ. 23).

En igual sentido SSTS 716/2016, de 29-10, decíamos:

"El principio de proporcionalidad no está expresamente proclamado en la Constitución Española aunque constituye una exigencia implícita del art. 25 CE según tempranas declaraciones del Tribunal Constitucional. A partir de diciembre de 2009 un texto normativo de aplicación directa en nuestro ordenamiento lo consagra de manera expresa: el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre y STS 466/2012, de 28 de mayo). Al criterio trasladado a la ley han de atenerse en el ejercicio de sus funciones los jueces y tribunales. En el discernimiento sobre qué sanciones son las más ajustadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser acatado. Esa libertad no es absoluta. La Constitución impone unos mínimos estándares de proporcionalidad que enlazan con los derechos proclamados en su art. 25.1. Esa estimación se ve en la actualidad reforzada por la vigencia del citado art. 49.3 de la Carta de Derechos de la Unión Europea. Desde este enfoque una ley penal puede ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional: tanto por resultar patentemente innecesaria una reacción de tipo penal; como por estimarse excesiva la carga aflictiva de la pena en relación con la entidad del delito.

En este segundo nivel, que es el evocado por el recurrente, nos moveríamos en el territorio de lo que se ha denominado desproporción en sentido estricto (STC 136/1999, de 20 de julio).

Pero también el Tribunal Constitucional ha de partir del respeto a la potestad del legislador para elegir los bienes dignos de ser penalmente protegidos, y para definir los comportamientos penalmente reprobables y dosificar tipo y cuantía de las sanciones penales. Esas cautelas le confinan a una posición desde la que solo puede verificar que la norma penal no produce "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la

persona y al Estado de Derecho" (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º). La evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma corresponde al legislador: "...sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 161/1997, de 30 de octubre).

Linderos todavía más angostos encorsetan la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria para valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad (STS 466/2012, de 28 de mayo). Ese principio no queda al margen de sus funciones. De un lado, dentro de los límites legales, el principio de proporcionalidad ha de presidir la tarea de individualización penológica en cada caso atendiendo a los criterios del Código que remiten a esos cánones de proporcionalidad. De otra parte, en los casos excepcionales en que se detecte ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la ilegitimidad de la norma, podrán reenviar la cuestión al TC, único órgano con poderes constitucionales de enmienda del legislador. Por fin, y esa prescripción representa un indubitado eco legal del principio de proporcionalidad, pueden los órganos judiciales elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP)".

- En el caso que nos ocupa no puede hablarse de una reacción penal desproporcionada e innecesaria que se aparte del principio de intervención mínima y de última ratio que en toda sociedad democrática tiene que tener el recurso al derecho penal.

En efecto el delito del art. 410.1 prevé unas penas de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. La sentencia recurrida impone las penas de diez meses de multa con cuota diaria de cien euros y una responsabilidad personal

subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de un año y seis meses.

8.3.- En cuanto a la individualización penológica hemos dicho en múltiples resoluciones que abordan la materia, por todas STS 1047/2013, de 24-9:

«La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites más o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial", actuará como límite calificador de los hechos jurídico y socialmente.

Es decir que el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que solo al Juzgador de instancia compete. Ciertamente el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no nacer de la medida, razón y proporción, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.

Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del Tribunal. Sin embargo, tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE.). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos.

El Tribunal Supremo en la sentencia 1426/2005 de 7.12, y 145/2005 de 7.2, tiene dicho que la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.»

«. . . La individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (SS TS 21.11.2007, 390/1998, de 21 de marzo)».

En este orden de cosas, la STS 172/2018, de 11 de abril (Recurso núm. 1798/2017) señala:

«En consonancia con lo anterior, en relación a la motivación de las penas están Sala tiene establecido, SSTS 93/2012 de 16 febrero, 17/2017 de 20 enero, 826/2017 del 14 diciembre, 49/2018 de 30 enero, que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el aspecto concreto de la motivación de la sentencia, exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida.

En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la STC 21/2008 de 31 enero: "...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril).".

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".

Siendo así, la sentencia justifica -cumpliendo aquellas exigencias- en el fundamento de derecho noveno, esa individualización penológica, entendiendo:

"que en el reproche que merece su actuación ha de ponderarse junto a su condición de MHP de la Generalitat (al que corresponde estatutariamente la dirección y coordinación de gobierno autonómico), la recalcitrante y reiterada actitud desobediente, y su conducta persistente en el incumplimiento de lo ordenado sucesivamente en, al menos, dos acuerdos (de 11 y de 18 de marzo) firmes y ejecutivos ambos. Atendido además el alarde público del hecho desobediente, estimamos adecuada y proporcional a la intensidad del injusto (gravedad de la lesión para el interés protegido, habida cuenta del relieve del cargo que ostenta el autor) la pena de multa de 10 meses -que excede en dos meses y medio de su mitad legal- con una cuota diaria de 100 euros y fa responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53.1 del C.P.

El valor económico de la cuota diaria se ha fijado en acogimiento de la pretensión de la acusación pública (no combatida), atendiendo a la cualificación profesional del MHP Sr. Torra, y también a la retribución pública (153.235,50 euros para la anualidad de 2019, según resulta del Decret Llei 3/2019, de 22 de gener -DOGC núm. 7795 de 24.01.2019-) que viene percibiendo por el cargo en cuyo desempeño ha cometido el delito. El importe económico así fijado para la multa impuesta no alcanza la mitad de su retribución mensual, una vez hecho el prorrateo mensual de su sueldo anual y descontados impuestos.

En cuanto a la pena de inhabilitación especial, quedará fijada por 1 año y 6 meses, a partir de las mismas razones que ofrecemos para concretar la pena de multa como lo hemos hecho, esto es, dentro de la mitad superior de la pena legalmente prevista para el delito cometido".

8.4.- El motivo, por lo razonado, deviene improsperable, debiendo solo precisarse en relación a las alegaciones del recurrente sobre el principio de intervención mínima del derecho penal que:

Ciertamente el derecho penal constituye la última ratio aplicable a los hechos más graves para la convivencia social, y en este sentido al derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de intervención mínima.

El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos.

Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".

En este sentido, la jurisprudencia STS 1484/2004, de 28-2-2005, recuerda:

“En todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que en este caso, ni siquiera se podría plantear”.

NOVENO.- El motivo décimo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el art. 24 CE.

I. Vulneración de la Directiva 2016/343 de fecha 9-3-2016, sobre presunción de inocencia, del Parlamento Europeo y del Consejo, habida cuenta de la vulneración de tal derecho fundamental que supuso la presentación del recurrente como culpable de los hechos antes de ser enjuiciado.

En concreto en:

1. Auto de 27-6-2019 de acomodación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado dictado por el Magistrado instructor, al incluir afirmaciones muy contundentes de culpabilidad antes del juicio oral.

2. Declaraciones públicas de cargos políticos sobre la culpabilidad del acusado antes de la celebración del juicio oral, produciéndose un verdadero juicio paralelo que ha dado por sentada la condena del imputado, antes de sentarse en el banquillo de los acusados.

Destaca, además de las reseñadas en el motivo primero del Presidente del TSJC, las de Isabel Celaá, Ministra de Educación y Cultura y Portavoz del Gobierno, el día 20-3-2019, las del mismo día del Sr. Iceta, Secretario General del Partido Socialista de Cataluña, y las de la líder de Ciudadanos, Lorena Roldán, el 11-11-2019.

II. Tratamiento al recurrente omitiendo el tratamiento honorífico: presunción de condena.

El recurrente se remite al motivo primero sobre la falta de imparcialidad del tribunal "a quo", dado que el Presidente del Tribunal se dirigió en todo momento al MHP Sr. Torra, como "Señor Presidente", lo que motivó la queja de la parte.

Cita en su apoyo el art. 67 del Estatuto de Cataluña y el art. 8.1. de la Ley 3/2008 de la Presidencia de la Generalitat y del Govern, dedicado a los "Derechos honoríficos y protocolarios" que establece "1. El presidente o presidenta de la Generalitat recibe el tratamiento de muy honorable señor o muy honorable señora".

Pues bien, el Presidente de la Sala se dirigió al acusado como "señor Torra", sin más, a lo largo de la sesión del juicio oral y cuando la parte se quejó por tal tratamiento, el Presidente lo justificó en que todos somos iguales ante la ley y que esa igualdad rige para todos, incluido el Presidente de la Generalitat.

Ello puso de manifiesto la falta de imparcialidad del órgano "a quo" así como la consecuente vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que se ha intentado subsanar en la misma sentencia, en cuyo texto se observa que no se ha omitido el tratamiento de MHP que se incluye siempre que se refiere a él -71 ocasiones-.

III. Ausencia de prueba mínima y suficiente de cargo para enervar la presunción de inocencia y juicio de inferencia irracional respecto a los extremos siguientes:

1.- Orden confusa y sustitución de lazo amarillo por uno blanco.

2.- Ausencia de prueba de cargo mínima y suficiente en relación con la simbología de otros edificios públicos.

El motivo se desestima.

9.1.- Algunas de las vulneraciones que se dicen producidas como la omisión del tratamiento honorífico al recurrente en el juicio oral y la vulneración de la Directiva 2016/343 por las afirmaciones contenidas en el auto de 27-6-2019 por el que el instructor acordaba la continuación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado, ya han sido analizadas en el motivo

primero, en cuanto podrían comprometer la imparcialidad del tribunal y del instructor, por lo que nos remitimos a lo ya argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

9.2.- Respecto a las manifestaciones públicas de políticos relevantes relacionadas con los hechos imputados al hoy recurrente, es cierto que la Directiva 2016/343, de 16-3, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, las garantías a preservar con el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia se manifiestan en dos planos: en cómo tratar al sospechoso o acusado y en cómo decidir respecto a la acusación sobre un sospechoso o acusado. De ahí que se mantenga en la doctrina que el derecho a la presunción de inocencia tiene dos perspectivas: la ofrecida como regla de tratamiento y la manifestada como regla de juicio probatorio.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso. Tiene por lo tanto una dimensión intra y extraprocesal en la medida que obliga a los jueces y tribunales a garantizar el status de presunto inocente al acusado dentro del proceso así como al resto de las autoridades públicas a respetar el citado status fuera del proceso. El art. 4.1 de la Directiva estipula que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas no se refieran a esa persona como culpable. La presunción de inocencia como regla de juicio obliga a que la declaración de culpabilidad se asiente en una inequívoca y concluyente prueba de cargo. Tiene, por tanto, una dimensión intraprocesal, no se puede condenar sin pruebas de cargo suficientes para justificar tal pronunciamiento.

Esta Sala, STS 459/2019 ya declaró que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no circunscribe la vigencia del principio de presunción de inocencia a los estrechos márgenes del proceso. En la sentencia Lizaso Azconobieta c. España, de 28 de junio 2008, razonaba el Tribunal de

Estrasburgo que «...si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (Kamasinski c. Austria, 19 de diciembre de 1989, § 62, serie A no 168), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (Allenet de Ribemont c. Francia, 10 de febrero de 1995, §§ 35-36, serie A nº 308; Viorel Burzo c. Rumania, números 75109/01 y 12639/02, § 156, 30 de junio de 2009; Moullet c. Francia (dec.), nº 27521/04, 13 de septiembre de 2007).

Además, el Tribunal precisa que una violación de la presunción de inocencia puede emanar no sólo de un Juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado (Allenet de Ribemont c. Francia, sentencia del 10 de febrero de 1995, § 36, serie A nº 308; Daktaras c. Lituania, nº 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X) y personalidades públicas («public officials»; Butkevičius c. Lituania, nº 48297/99, § 53, CEDH 2002-II (extractos)).

Es verdad que el artículo 6 § 2 no impediría, al amparo del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia (Allenet de Ribemont, ya citada, § 38 y Y.B. y otros c. Turquía, números 48173/99 y 48319/99, § 47, 28 de octubre de 2004). Si el Tribunal reconoce que la libertad de expresión y de comunicación conlleva el derecho de informar sobre procedimientos judiciales, y por lo tanto, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento, considera, sin embargo, que estos elementos deben estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad (Y.B. y otros c. Turquía, ya citada, § 49). El Tribunal subraya a este respecto la importancia de la elección de los términos empleados por los agentes del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y se haya reconocido culpable de una infracción.

Considera así que lo que importa a los fines de aplicación de la disposición precitada, es el sentido real de las declaraciones en cuestión, y no su tenor literal (Lavents c. Letonia, nº 58442/00, § 126, 28 de noviembre de 2002). No obstante, la cuestión de si la declaración de un agente público constituye una violación del principio de presunción de inocencia debe ser analizada en el contexto de las circunstancias particulares en las que la declaración litigiosa ha sido formulada (ver particularmente Adolf c. Austria, sentencia del 26 de marzo de 1982, §§ 3641, serie A nº 49). Hay que hacer una distinción entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras vulneran la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas repetidas veces conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio (Marziano c. Italia, nº 45313/99, § 31, 28 de noviembre de 2002).

La jurisprudencia de esta Sala, en línea con la doctrina expuesta, no ha entendido el derecho a la presunción de inocencia como una regla interina, de limitada eficacia al espacio que es propio del juicio oral. Hemos reiterado en numerosos precedentes que el derecho a ser tenido como inocente es una regla de tratamiento que trasciende al proceso y que ha de insertarse en el concepto público hacia cualquier ciudadano cuya culpabilidad todavía no haya sido declarada en sentencia firme. Que la presunción de inocencia incluye en su contenido constitucional una regla de tratamiento, está fuera de dudas. Todo investigado o acusado en un proceso penal es inocente mientras no se declare por la autoridad judicial y de manera definitiva lo contrario. Y como tal ha de ser tenido (cfr. SSTs 14/2018, 16 de enero; 1066/2012, 28 de noviembre; 138/2019, 13 de marzo; 211/2019, 23 de abril y 272/2019, 29 de mayo, entre otros muchos precedentes).

Se impone, por tanto, estar al alcance y al contenido de esas declaraciones que se consideran vulneradoras del derecho a la presunción de inocencia.

La Ministra de Educación y Portavoz del Gobierno, el 20-3-2019, se pronunció en el sentido de que si el Presidente de la Generalitat no retira los lazos amarillos como ha ordenado la Junta Electoral Central rebasaría la raya

de desobediencia que hasta ahora, ha dicho, no ha pasado. Y añade "El Ejecutivo está a lo que diga la Junta Electoral Central. Es competente y será la que decida si hay sanción o lo lleva a Fiscalía".

El Secretario General del Partido Socialista de Cataluña, el mismo 20-3-2019, aseguró en un medio radiofónico que "Torra ha hecho cálculos y habrá pensado que las consecuencias de no retirar los lazos son pequeñas".

Asimismo la líder de Ciudadanos el 13-11-2019 manifestó públicamente que en el juicio por desobediencia de la semana próxima "reconozca sus errores y pida perdón".

Pues bien, más allá del acierto o desacierto y la inoportunidad en que fueron proferidas esas manifestaciones, no puede entenderse que menoscabasen la repetida regla de tratamiento, y aquellas opiniones carecen, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria de la Sala.

9.3.- Asimismo considera que el tribunal juzgador no actuó con la imparcialidad objetiva porque sus integrantes han estado sometidos a una incuestionable presión mediática que ha influido de manera inequívoca en la resolución recurrida, a pesar de que se niegue en la sentencia esa presión, citando en su apoyo, de nuevo la Directiva 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9-3-2016, con conculcación del derecho a la presunción de inocencia, ya que, en definitiva, ha existido un juicio paralelo debido a la repercusión mediática que tuvieron los hechos enjuiciados.

Con independencia de que esa repercusión mediática se habría producido tanto a favor como en contra del recurrente, tal queja resulta inasumible.

En la STS 344/2019, de 4-7, referida a un supuesto de hecho que determinó un extraordinario debate político, social y mediático, con intenso eco en las reglas sociales, decíamos:

"La Constitución establece en su art. 120 el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales. Esta característica queda ligada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24 de la misma norma, en virtud del cual podrán establecerse eventuales limitaciones al derecho a la información.

La publicidad se encuentra plasmada en otras muchas disposiciones constitucionales (art. 9.3 y 91 CE) y supranacionales (art. 14 PIDCP); art. 6.1. CEDH), que la reconocen y, en ocasiones, admiten expresamente su exclusión. Con todo ello, la publicidad se configura como una norma rectora y fundamental, si bien no como exigencia de carácter absoluto puesto que es posible el establecimiento de excepciones, siempre que estén previstas en las leyes procesales y que gocen de justificación razonable. Se contienen excepciones a la publicidad en los arts. 301, 301 bis y 302 LECrim., que nos llevan a concluir que "la verdadera expresión de la publicidad se produce durante la fase de la oralidad o de validación realizada en el acto del juicio".

Son dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del poder judicial.

En este escenario, la aparición de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, viene a señalar, como objetivo principal, el fortalecimiento de determinadas garantías consideradas esenciales en el proceso penal, y fundamentalmente, la presunción de inocencia. Así el propio art. 3 de la referida directiva establece que "Los estados miembros deben presumir la presunción

de inocencia de los sospechosos hasta que se pruebe la culpabilidad con arreglo a la ley”.

Aun así, la directiva señala que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario, señalando que bien por motivos relacionados con la investigación penal, (como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal), o bien por interés público, el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

También en la Recomendación 13 (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se contempla la posibilidad de que el juicio paralelo afecte a la imparcialidad judicial, pero ello como una posibilidad remota, exigiendo que el acusado demuestre “con toda probabilidad” tal influencia y señalando, en su Exposición de Motivos, que la información hostil de los medios de comunicación puede tener una influencia negativa en un procedimiento penal concreto “en casos excepcionales y poco comunes”.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los límites del derecho a informar libremente y la publicidad procesal en sus sentencias 56 y 57 de 19 de abril de 2004 y 159/2005, de 20 de junio, tratando de armonizar las siempre difíciles relaciones entre el derecho a la información y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Tal como declara el Alto Tribunal, nadie pone en duda que las audiencias públicas judiciales constituyen hoy una destacada e importante fuente de información, siendo uno de los motivos principales por los que en virtud del contenido de los derechos regulados en el art. 20.1 d) CE, reconociera la facultad de acceso a las mismas no sólo a los profesionales de la prensa escrita,

sino que también extendió ese reconocimiento a los medios de comunicación audiovisual. Pero en aquellas mismas sentencias, el Tribunal Constitucional ya asumía como un riesgo potencial que la utilización de medios de captación y difusión visual puede afectar a otros derechos fundamentales así como a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos con mayor intensidad que el reportaje escrito, por lo que «en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado "juicios paralelos", frente a los que la Constitución brinda un cierto grado de protección... en la medida en que pueden interferir el curso del proceso» [SSTC 56 y 57/2004, de 19 de abril (FJ 4.º en ambas)].

La cuestión ha sido tratada en numerosas ocasiones por este Tribunal, así decíamos en nuestra sentencia 587/2014, de 18 de julio, que “Poco queda del principio de publicidad como garantía constitucional frente a cualquier tentación de arbitrariedad. La publicidad procesal como conquista histórica del constitucionalismo liberal ha dado paso a la publicación del proceso.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. En la STS 1394/2009, 25 de enero, decíamos que "... es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Sin embargo, no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia. (...) No podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito".

Pero, concluíamos en la citada sentencia 587/2014, que “Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación.”

En nuestra Sentencia 4/2018, de 16 de enero, afirmábamos que “En uno y otro caso insistíamos -como ahora hacemos- en que lo verdaderamente decisivo es “... si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación.”.

9.4.- En el caso presente nada se acredita de forma objetiva que pueda dar sustento a ese menoscabo de imparcialidad. La trascendencia mediática del hecho y la posible "presión" derivada no es sino un elemento normal en la actividad judicial, tal como afirmábamos en la STS 854/2010, de 29-9. Que el fallo finalmente haya coincidido con un estado previo de opinión resulta intrascendente, cuando tal conclusión aparece como resultado natural, lógico y coherente con lo sucedido en el debate del juicio. En definitiva, la imparcialidad no solo se afirma cuando el desenlace del proceso se distancia de un estado de opinión preexistente.

La eventual coincidencia no tiene por qué ser la prueba de un menoscabo de la imparcialidad. Lo decisivo, al fin y al cabo, ese alcance de la motivación exteriorizada por el tribunal y su conexión con los elementos de convicción ofrecidos por las distintas fuentes de prueba.

Además, los hechos puestos de relieve por el recurrente relativos al efecto mediático en el caso de las manifestaciones públicas de miembros del Gobierno y otros políticos relevantes, en todo caso afectarían a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, pero no a su dimensión procesal,

que afecta a la independencia del poder judicial, siendo a la primera a la que se refieren las sentencias dictadas al respecto por el TEDH, entre ellas la de 31-1-2019, asunto Maslarova contra Bulgaria.

9.5.- III. Ausencia de prueba mínima y suficiente de cargo para enervar la presunción de inocencia y juicio de inferencia irracional.

En relación a la presunción de inocencia esta Sala tiene declarado (SSTS 428/2013; 129/2014, de 26-2; 615/2016, de 7-4; 110/2018, de 8-3, entre otras muchas, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo “la revisión integra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida

en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad.

Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar debe analizar el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y

sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar “el juicio sobre la suficiencia”, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, “El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitera ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testimonial. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control”.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso –y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva

del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En este sentido sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón. A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella

confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009, si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la inmediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena.

9.6.- En el caso presente necesariamente hemos de partir de que el hoy recurrente en todo momento, con anterioridad, durante y después del juicio oral, no ha negado la exhibición de pancartas y otros símbolos en edificios públicos

dependientes de la Generalitat, en especial en la fachada del Palau, y su negativa a cumplir las órdenes de la JEC, porque eran ilegales, en tanto dictadas por un órgano administrativo que no es jerárquicamente superior a la Presidencia de una Comunidad Autónoma y carente de competencia para ello, atentando dicha prohibición a la libertad de expresión.

Cuestiones estas analizadas de forma extensa por la sentencia recurrida en los fundamentos de derecho cuarto, en cuanto a la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de desobediencia del art. 410.1 CP (págs. 29 a 32) y quinto, la posible concurrencia de ciertos hechos o circunstancias que amparasen la transgresión del acusado y que podían hacer su cumplimiento impracticable (pags. 32 a 49) y que resume en el fundamento sexto razonando:

"...los argumentos legítimamente esgrimidos por el MHP para amparar su renuencia al cumplimiento del mandato de la Junta Electoral Central .no resisten, a la vista de todo lo analizado, un análisis ponderado y objetivo, pues todos y cada uno resultan contestes: la Junta Electoral Central es autoridad superior de los Presidentes Autonómicos en materia electoral; sus Vocales no fueron recusados por el MHP; ostenta la competencia para conocer de las cuestiones sobre las que fue consultada por Ciutadans-Partido de la Ciudadanía el 7 de marzo, porque los hechos que exponía dicho partido político excedían del territorio de una provincia. El acusado no puso en duda en ninguno de sus escritos ante la Junta ni en sus recursos ante el Tribunal Supremo la competencia de aquélla en ta materia que nos ocupa.

Las resoluciones de la Junta Electoral Central fueron dictadas con arreglo a Derecho, y el mandato contenido en los Acuerdos de 11 y 18 de marzo era claro y perfectamente comprensible, tanto en el fondo como en los plazos establecidos para su cumplimiento, y, vistos los informes de la Delegación del Gobierno, no fueron ejecutados por el MHP, a pesar de los Informes de la Direcció General de Serveis Consultius i de Coordinació Jurídica, y a pesar de los dos Informes del Síndic de Greuges, de 15 y 20 de marzo, que recomendaban "..adoptar les mesures oportunes per donar compliment a

/'Acord (...) d'II de març... y a pesar de que la ejecución de lo requerido no resultó en absoluto difícil, si tenemos en cuenta lo que al respecto declaró el Comissari en Cap de los Mossos d'Esquadra, Sra Esquius i Miquel en relación al contenido del Acuerdo de 21 de marzo, dirigido, como sabemos, al Conseller d'Interior en cuanto a la retirada de símbolos partidistas, que se llevó a cabo, dice el Comissari en Cap, en menos de veinticuatro horas.

Porque este último Acuerdo (que otorgaba a la Conselleria de Interior el plazo de hasta las 15:00 horas del 22 de marzo para hacerlo efectivo) tenía plena fuerza ejecutiva a pesar de haber sido recurrido por el MHP ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (que rechazó la medida cautelarísima de su suspensión y también la cautelar ordinaria).

Nada ampara, pues, la desobediencia en que incurrió el MHP de la Generalitat; ninguna circunstancia que pudiera tener encaje en lo previsto en el inciso segundo del artículo 410 C.P. respalda su actuación.

Y tampoco el constante recurso al derecho fundamental a la libertad de expresión como eje y pilar de sus decisiones".

Para concluir que el objeto de debate en estos autos ha sido, a la vista de todo lo analizado, la contundente, reiterada, contumaz y obstinada resistencia del acusado a acatar un mandato investido de autoridad y dictado conforme a la legalidad, cuestiones que han sido reiteradas en esta sede casacional y desestimadas en motivos precedentes.

9.7.- No obstante lo anterior, el letrado del recurrente insistió en la vista del recurso en la ausencia de respuesta del tribunal a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto del delito del art. 410.1 CP

Afirmación esta no del todo cierta. La sentencia analiza los distintos informes de la Delegada de Gobierno (folios 309, 310, 318 a 328 y 329 a 330) sobre el cumplimiento de la orden del acuerdo de la JEC de 18-3, acompañados de la contestación de los oficios remitidos a la Jefatura Superior de Policía de

Cataluña y a la Zona VII de la Guardia Civil y reportajes fotográficos sobre la exhibición en las fachadas de lazos amarillos y carteles con el texto "llibertat presos politics", así como la declaración testifical de algunos policías nacionales a los que se encargó la toma de las fotografías, agentes núm. 119961, 12618, 89874, 12518, para concluir que la valoración de todo este conjunto lleva al Tribunal a la inequívoca conclusión de que el mandato de la Junta Electoral Central no fue atendido por su destinatario, MHP Sr. Torra, que no sólo no ordenó la retirada en las fachadas de los edificios dependientes de la Generalitat de los lazos amarillos y de las banderas esteladas en el plazo establecido, sino que llegó a decidir (o consentir), en algunos casos, su sustitución. por otros lazos, blancos y cruzados por una raya roja.

No cabe duda, pues, de que, además de desatender el mandato de la Junta Electoral Central, asistimos a una voluntad consciente y a una disposición anímica inequívoca de contravención.

Y transcribe la sentencia de esa misma Sala 13 de marzo de 2017, "...en el tipo penal de la desobediencia, el dolo delictivo exigirá la comprobación de que la conducta del autor se ha desplegado con pleno conocimiento de la situación típica que, en atención a la estructura analizada de este ilícito, va a reclamar una conciencia cabal de la existencia, naturaleza y alcance de la orden contenida en una resolución (...) -parte normativa- y también de la necesidad y posibilidad de adecuar su conducta al mandato (...), haciendo lo que la resolución ordena u omitiendo lo que se prohíbe en ella -parte objetiva-, decidiendo a pesar de ese doble conocimiento, libre y voluntariamente, ignorar la orden y actuar en abierta contravención de lo resuelto por la autoridad judicial".

Razonamiento correcto, como ya hemos dicho con anterioridad, el elemento subjetivo requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir, la obligación de actuar generada por la resolución de la autoridad superior y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden.

Por ello, el dolo exigible no consiste en querer cometer un delito de desobediencia, sino en querer incumplir la orden de una autoridad superior. Ese dolo surge con naturalidad de la secuela de episodios concatenados que recoge el hecho probado.

El alegato de la concurrencia de un posible error en su actuación, al entender que la orden era ilegal, debe ser descartado. El dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende también la significación antijurídica de la acción y el alcance de su resultado. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error, y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que se correspondería a la ignorancia. Se trata, como decimos, del error como causa de exclusión del dolo -error de tipo- o como presupuesto excluyente de la culpabilidad -error de prohibición (SSTS 320/2017, de 4-5; 181/2019, de 2-4).

El error del tipo supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (nº 1 art. 14 CP) y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (nº 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir, el dolo se excluye por un error que le impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 926/2016, de 14-12).

El error de prohibición afecta a la conciencia de la antijuridicidad y ha de entenderse como elemento de la culpabilidad necesario para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que

el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición) bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad, cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (STS 586/2017, de 20-7) o expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente (STS 795/2016, de 25-10).

Además el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, pues ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva.

Es decir, basta la conciencia potencial o la alta probabilidad de la antijuridicidad, sin que sea necesaria la conciencia real.

9.8.- En el caso que nos ocupa, se ha de partir de que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vendría determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, las conductas psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos o también la naturaleza del hecho, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido por el sujeto activo. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivos y objetivos, y ha de partirse necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se cometa mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 813/2016, de 28-10).

Pues bien, el recurrente es Presidente de la Generalitat y además escritor y abogado con una preparación y conocimientos jurídicos superiores a la media, lo que unido a los distintos informes -obrantes a los folios 115 y ss-, remitidos por los Servicios Jurídicos de la propia Generalitat, en fechas anteriores a las que nos ocupan, sobre la exhibición de simbología en las sedes de la administración autonómica, y que la sentencia detalla en el Fundamento Jurídico Quinto, hacen concluir que el hoy recurrente disponía de suficientes elementos sobre la obligación de acatar los mandatos de la JEC no solo por el propio contenido de estos sino por los términos de los informes de los Servicios Jurídicos que despejan cualquier duda acerca de la plena conciencia que el acusado tenía sobre los efectos asociados a los acuerdos de la JEC, sin que pueda hablarse de error alguno.

DÉCIMO.- El motivo décimo primero al amparo del art. 850.1 LECrim por denegación de prueba testifical pertinente.

La defensa interesó en su escrito de defensa y, más tarde reprodujo en el trámite de cuestiones previas, que comparecieran como testigos los miembros de la JEC que habían adoptado los acuerdos "desobedecidos" por el President de la Generalitat.

Alega que solo este órgano JEC podría ilustrar a la Sala acerca de la forma en que se atribuyeron competencias para requerir a una autoridad como la que representa el President de la Generalitat: en qué ley y en qué jurisprudencia del orden administrativo se basaron para ello.

Considera, en suma, que el juicio de pertinencia, relevancia y necesidad fue profundamente errático y erróneo, lo que provocó una grave vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo (art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos).

10.1.- Es doctrina jurisprudencial (SSTS. 771/2006 de 18.7, 181/2007 de 7.3), que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1).

Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Las SSTS 643/2016 de 14 julio, y 881/2016 de 23 noviembre, sintetizan con precisión el alcance de la casación por motivo de denegación de diligencia de prueba previsto en el artículo 850.1 LECrim. que requiere para prosperar <<según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECrim. y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, las condiciones siguientes:

1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 786.2). 2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la

improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27-11; 869/2004, de 2-7; 705/2006, de 28-6; y 849/2013, de 12-11).

Falta de protesta que impide el recurso de casación al amparo del art. 850 LECrim y que el TS ha dicho debe hacerse en el plazo de 5 días a partir de la fecha de la notificación del auto denegatorio (STS 760/2001, de 7 de mayo). La protesta tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación o en su caso, la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada, teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así un no acatamiento de la decisión adoptada, al tiempo que proporcionaría criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un

juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

10.2.- En el caso que nos ocupa la declaración en el juicio oral de los vocales de la Junta Electoral Central fue solicitada por la defensa en su escrito de conclusiones provisionales (punto 2, letras c) a n)) y denegada por auto de 2-9-2019, razonando que ninguno de los doce vocales de la Junta tenía o mantenía una relación personal con las conductas que se atribuyen al acusado,

por lo que sus manifestaciones nada podían aportar a los hechos que se enjuiciaban ni, por tanto, ayudar a esclarecerlos.

La defensa en el trámite del art. 786.2 LECrim insistió en la petición de aquella prueba testifical informando al tribunal de las preguntas que desearía formular a los vocales: por qué y cómo asumieron en los hechos que hoy enjuiciamos una competencia que, a entender de la defensa, no les correspondía; o por qué no se inhibieron para el conocimiento de aquellos hechos a la Junta Electoral Provincial; o por qué dictan una orden que la defensa califica de ilegal o que desborda a su entender, las expectativas de los propios acuerdos de marzo de 2019 o si, en definitiva, los vocales tenían algún tipo de posicionamiento político en relación a unos símbolos que venían desde hacía tiempo siendo exhibidos en muchas fachadas de los edificios públicos de la Generalitat.

La sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña da cumplida respuesta a tal cuestión en el fundamento de derecho primero, apartado I, dado que las referidas preguntas que pretendía la defensa formular a los vocales de la JEC no guardaban relación con los hechos enjuiciados, porque se distorsiona la realidad del objeto del proceso, razonando al efecto que:

"...aunque es cierto que uno de los elementos del delito de desobediencia por el que viene acusado el MHP Sr. Torra tiene que ver con el dictado de un pronunciamiento, decisión u orden que no es atendido por el destinatario, y siendo cierto, también, que esa orden tiene que ser dictada por autoridad competente, la ponderación de este último extremo no depende en modo alguno de la opinión que, al respecto, se obtenga de las personas físicas que compongan el órgano (administrativo, en nuestro caso) en cuestión.

Será a la luz del Ordenamiento jurídico como se extraerá la conclusión sobre si la orden dada se atenía a los principios de competencia, y si fue dictada con arreglo a las normas procedimentales legales.

Hacer depender ello de las manifestaciones de quienes forman un órgano administrativo priva del necesario rigor a esa valoración, porque las personas físicas que componen un órgano investido de autoridad sólo la ejercen en la medida en que así lo prevé el Ordenamiento, no al albur de sus propias decisiones.

La cuestión, por tanto, radica en contrastar la competencia del órgano de que se trate de acuerdo con lo que prevé el Derecho, sin más necesidad que la de analizar el contenido de la orden, de quién emana y se ha dictado con arreglo a la competencia y al procedimiento y para verificar tales extremos basta acudir al Ordenamiento Jurídico.

Y también será el Derecho -y no lo que declararan los Vocales de la Junta Electoral Central- el instrumento que servirá para competencia en el dictado de las órdenes que nos ocupan, en realidad correspondía a otros órganos administrativos (la defensa a la Junta Electoral Provincial) o si los Acuerdos proveídos en las fechas de autos desbordaban el marco legal en que deben ser dictados.

Todos ellos son extremos cuyo análisis corresponde a este Tribunal en función de la ley y de la documentación que obra en las actuaciones.

Al solicitar la defensa del acusado la declaración testifical de los Vocales de la Junta Electoral Central, y habida cuenta de las alegaciones en que esta petición se sustenta, es obvio que la parte confunde la, calidad procesal de testigo (persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo, dice nuestro Diccionario) con la de hacedor (más bien de provocador, a la vista de esas alegaciones) de unos hechos que, entiende, son los que han llevado a su defendido hasta este Tribunal.

Y es que algunas de las preguntas que deseaba formular la defensa del acusado pretendían entrar en un terreno inadmisibles, cual, es el de los posicionamientos políticos de algunos de los Vocales de la Junta y que, en absoluto, pueden convertirse en el eje alrededor del cual giren estos hechos".

Razonamiento acertado, la denegación de la prueba no ha vulnerado derecho alguno pues era innecesaria. Como hemos dicho con anterioridad, una prueba es necesaria si de su práctica el juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no solo pertinente sino también influyente en la decisión última del tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o si se observa anticipadamente con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, esta deviene obviamente innecesaria.

En definitiva -como precisa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso- "cuando menos era una prueba innecesaria, el contenido de los acuerdos de la JEC y todas las resoluciones en torno a ellos de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, permitían conocer su alcance y razones."

UNDÉCIMO.- El motivo décimo segundo por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.3 LECrim, denegación de una pregunta dirigida a un testigo que era pertinente y relevante.

Afirma que el tribunal a quo impidió interrogar a un testigo de cargo propuesto por el Ministerio Fiscal, acerca del modo de obtención de una prueba, consistente en que describiera cómo se había obtenido la imagen de un edificio público que el testigo mostró como prueba de la "desobediencia" del recurrente.

Inmotivado impedimento que vulneró el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas y el derecho a un proceso equitativo -art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos-.

El motivo se desestima.

Es importante resaltar, en principio, que no basta que una pregunta pueda ser declarada pertinente -y provoque la estimación del recurso- por la concurrencia de una relación directa entre la pregunta y el objeto del juicio, sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y en consecuencia, causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo, debiendo apreciarse globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal (STS 1125/2001, de 12-7). Pues en la decisión del recurso de casación "lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final. No de otro modo debe interpretarse la frase "manifiesta influencia en la causa" que se contiene en el art. 850.3 LECrim (SSTS 2612/2001, de 4-12; 1064/2005, de 30-9; 1323/2009, de 30-12).

En el caso que nos ocupa el testigo declaró que él no fue el autor de las fotografías del edificio con los símbolos el día 21-3-2019, sino una compañera, por lo tanto resulta evidente que él no podía contestar a pregunta relacionada con los extremos relativos a la custodia de las fotografías, no siendo ocioso recordar que la cuestión relativa a la permanencia en algunos edificios de la simbología cuya retirada había acordado la JEC, está acreditada por otras pruebas que se detallan en la sentencia y por la propia declaración del hoy recurrente que no negó tales hechos, al ser la base de su defensa que no cumplió la orden de la JEC por ser una orden ilegal y dictada por un órgano que no tenía competencia para hacerlo.

DUODÉCIMO.- En cuanto a la solicitud que mediante OTROSI formulaba el recurrente en el escrito de formalización, ni fue atendida ni podía ser atendida. Se pedía que se decretase la suspensión cautelar de los efectos asociados a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y en particular de la pérdida de la condición de diputado del Parlamento de Cataluña del recurrente.

No podía este Tribunal acordar la suspensión de un efecto extraprocesal anudado al dictado de una sentencia condenatoria como el previsto en el art. 6.

2 apartado b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio (LOREG). La naturaleza de esa previsión la aparta de las medidas cautelares intraprocesales (como la prisión preventiva, o la retirada del pasaporte, o las de carácter real). El Juez o Tribunal pilota éstas: las acuerda y puede dejarlas sin efecto con arreglo a los parámetros establecidos en la legislación procesal; aunque no sobra advertir que, interpuesto un recurso de casación, el Tribunal de instancia mantiene la competencia sobre esas medidas en tanto solo se traspasa al Tribunal de casación el conocimiento del recurso (por lo que ni siquiera en ese caso esta Sala hubiera gozado de competencia alguna para resolver sobre ello). Los singulares efectos que en determinados ámbitos asocia alguna legislación sectorial a resoluciones penales no definitivas (hay muchas otras semejantes a la ahora analizada: por citar solo una, suspensión de Jueces y Magistrados cuando se procede penalmente contra ellos –art. 383 LOPJ-) escapan de toda capacidad decisoria de los tribunales penales; se producen ope legis como viene a sentar el Auto de la Sala Tercera de este Tribunal que invoca el recurrente, con independencia de que sea normalmente un órgano no penal el legalmente llamado, no a decidir la suspensión, sino a constatar la concurrencia del presupuesto legal de la misma (en este caso, una sentencia condenatoria no firme por determinados delitos). Pero no es eso una medida cautelar acordada en el proceso penal y susceptible de ser modificada por el juez o tribunal que conoce del mismo.

En este caso se trata de las consecuencias jurídico-electorales que la LOREG atribuye a una sentencia penal condenatoria, aunque no sea firme.

Cosa diferente es que este tribunal no se tape los ojos ante esa consecuencia desfavorable extraprocesal de una sentencia que pende de casación y que por tanto se pueda tomar en consideración en la agenda de señalamientos para no prolongar más que lo estrictamente indispensable una situación de interinidad que ya lleva aparejada un efecto perjudicial para el acusado, aunque no haya sentencia firme (vid. STS 722/2018, de 23 de enero de 2019).

DÉCIMO TERCERO.- Por último, para dar contestación a todas las cuestiones suscitadas, tenemos que hacernos eco de la mención . realizada en el curso de informe en la vista de casación sobre una supuesta indebida citación del recurrente para ese acto. Aunque fue una alusión marginal sin el formato de una queja expresa, llamó la atención de esta Sala que ha querido comprobar si en efecto se ha producido alguna deficiencia en ese trámite, pese a que en principio carecería de relevancia (art. 180.2 LECrim). No hemos sabido detectar irregularidad o déficit alguno en ese auto de comunicación: la resolución -3 de julio de 2020- por la que se señalaba el día para la celebración de la vista que había sido interesada por el recurrente y que, además, dada la naturaleza del delito resulta preceptiva (art. 893 bis a) 2º LECrim) y que tenía un doble contenido (el principal, la admisión del recurso; el accesorio y supeditado al mismo: señalar fecha para la vista conforme al turno establecido), fue . notificada en forma a esta parte el 6 de julio como la parte proclama . expresamente en la súplica que interpuso frente a ella (desestimado luego en auto de 23 de Julio también notificado. Por eso solo acertamos a descubrir —asumiendo el riesgo de equivocarnos- que ese sutil, y en absoluto abrupto, sino siempre legítimo más allá de la mayor o menor o ninguna razón que pueda encerrar, reproche quería enlazar con un recurso de súplica que formalizó el recurrente en fecha 16 de junio de 2020 (el escrito está fechado el día anterior) que fue repelido por no venir referido a una formal resolución judicial, y en el que el recurrente, de forma un tanto . paradójica, parecía reclamar menor celeridad: una especie de anómalo y exótico derecho a un proceso con ciertas dilaciones. El derecho fundamental es justamente el contrario: a un proceso ágil que no siempre puede ser atendido en la medida de lo deseable. Más en un caso como el presente en que, según hemos indicado supra, la pendencia llevaba aparejada una situación perjudicial para el recurrente por la cierta eficacia .extraprocesal que a la condena no firme otorga la legislación electoral. El asunto se señaló en la fecha indicada tomando en consideración también esa circunstancia. Solo la complejidad de algunos asuntos tratados ha hecho prolongarse la deliberación como se ha consignado en los antecedentes y como es habitual en los casos en que se ventilan recursos . muy complejos: cuanto mayor es el número de motivos y recurrentes, más tiempo se hace necesario para perfilar en la deliberación todas las cuestiones a

responder. En este caso pese a estar ante un único recurrente, el escrito de formalización es extenso y suscita algunas cuestiones de enjundia.

DÉCIMO CUARTO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

FALLO

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

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del **MHP de la Generalitat D. JOAQUIM TORRA I PLA**, contra la sentencia nº 149/19 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 19 de diciembre de 2019.

2º Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet

Susana Polo García