

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Sala Civil i Penal

Procediment: querella núm. 16/14

A LA SALA

JAUME GUILLEM I RODRÍGUEZ, procurador dels tribunals i del M. Hble. Sr. **ARTUR MAS I GAVARRÓ**, segons tinc ja degudament acreditat en virtut de l'escriptura de poders que acompanyo, davant la Il·lma. Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, respectuosament comparec i, com millor procedeixi en dret, **DIC**:

Que m'ha estat notificada la interlocutòria núm. 16/15 d'aquesta Il·lma. Sala, de 8 de gener, relativa a la querella núm. 26/14, interposada pel Ministeri Fiscal, mitjançant la qual aquesta s'admet a tràmit per la presumpta comissió d'un delictes de desobediència de l'article 410 del CP, sense perjudici de la comissió d'altres delictes directament o indirectament relacionats amb l'anterior. També s'hi acorda l'acumulació d'aquesta a la causa més antiga, és a dir, a les actuacions relatives a la querella núm. 16/14.

Que, considerant que la resolució indicada, dit sigui amb tot el respecte, no s'ajusta al dret, per mitjà d'aquest escrit interposo un **RECURS DE SÚPLICA**, prenent com a base els següents:

MOTIUS

PREVI. Antecedents.

La interlocutòria objecte de la impugnació admet a tràmit la querella presentada per la Fiscalia, ja que estima que determinats fets de coneixement notori, esdevinguts amb posterioritat al 4 de novembre de 2014, i en els quals va intervenir personalment el M. Hble. Sr. Artur Mas i Gavarró, President de la Generalitat de Catalunya, poden ser

constitutius d'un delict de desobediència de l'article 410 del CP i que, al mateix temps, podria portar aparellada la comissió d'altres tipus delictius.

En opinió de la Sala, l'actuació del M. Hble. Sr. Artur Mas i Gavarró suposaria el no acatament del mandat del TC que imposava una conducta de no fer, respecte de l'organització del procés de participació ciutadana del 9N.

Amb el que s'ha dit anteriorment, la Sala exclou el possible caràcter delictiu dels fets anteriors a l'emissió de la provisió del TC de 4 de novembre de 2014.

PRIMER. Els fets denunciats no revesteixen tipicitat, ja que la provisió del TC de 4 de novembre de 2014 no integra el concepte de mandat exprés, concret i terminant que jurisprudencialment s'exigeix de la resolució judicial referida a l'article 410 del CP.

1. L'article 410 del CP incorpora un delict especial improp, el tenor literal del qual ha estat objecte d'una prolixa jurisprudència que concreta les exigències de tipicitat, i de la qual resulta que no tot comportament reticent o indòcil respecte d'una resolució judicial esdevé, *ope legis*, desobediència penalment rellevant.

Els requisits de l'injust parteixen d'un pressupòsit típic: a) **l'existència d'una resolució judicial** que, a la vegada, incorpori un **mandat precís i singular** dirigit a l'obligat o obligats, el qual o els quals, en comptes d'adaptar el seu comportament a l'**exigència requerida**; b) es **neguen obertament** a complir el sentit de la decisió jurisdiccional.

A més, a fi d'integrar-hi el plus d'antijuridicitat propi de tota conducta penalment reprotxable, la jurisprudència hi afegeix dos elements interrelacionats i determinants en la configuració del tipus. Així, s'exigeix: c) un **comportament contumaç** davant d'allò que s'ha ordenat, del qual, al seu torn, se'n deriva el segon requisit vinculat al mateix bé jurídic protegit, és a dir, d) la **reiteració** —previ advertiment— per a l'acompliment del que s'ha resolt. I diem que això es desprèn del mateix interès emparat pel delict, en la mesura que el bé jurídic protegit —la submissió de l'administració a les decisions judicials— **imposa una actuació proactiva per part dels poders públics que permeti constatar l' eminent contingut intencional de rebel·lia propi d'aquest delict**. D'aquesta manera, així s'adequa la seva legitimitat sota el recte sentit interpretatiu dels principis constitucionals de fragmentarietat i *ultima ratio*.

2. Un cop exposats sintèticament els elements típics del delict de desobediència, correspon ara comprovar si els fets denunciats pel Ministeri Públic es subsumeixen en aquest ordre de condicions necessàries per a l'existència de l'injust. Aquesta part no desconeix que, per fer-ho, hem de tenir present la reiterada doctrina sobre l'article

313 de la LECr, segons la qual, en aquesta fase sobre el judici d'admissibilitat de la querella, ens trobem limitats al pla de la subsumció típica dels fets que s'hi exposen, i en queda al marge la valoració sobre les *“possibles possibilitats d'existència real d'aquests”* (IJCI, de 2 de juny de 2008).

En nom del respecte a aquesta jurisprudència ens limitarem a exposar els arguments tècnics que impedeixen apreciar els elements del tipus objectiu del delictes de desobediència en la querella de referència. **Donem per cert, únicament a l'efecte del judici d'admissibilitat, el *factum* plantejat a l'escrit del Fiscal, encara que no per això assumim la dimensió valorativa que li atorga el Ministeri Públic.** Doncs, com recorda la interlocutòria de 8 de novembre de 2001 d'aquesta Il·lma. Sala, que es fonamenta en la STC de 9 de gener de 1985, *“l'apreciació del caràcter punitiu dels fets narrats no pot deixar-se al concepte que puguin merèixer a les representacions que els formulen”*. La posada en marxa d'una pretensió punitiva, com assenyalava aquesta interlocutòria, **exigeix un judici de ponderació extremat** (STC de 13 d'octubre de 1992) ja que no existeix, com reconeix aquesta Il·lma. Sala en la interlocutòria contra la qual recorrem, un dret absolut a la incoació de tota instrucció penal ni, per descomptat, la part actora té un dret incondicionat a la seva admissibilitat **per evitar les querelles infundades, amb les seves costoses conseqüències** (STC de 8 de febrer de 1993).

En aquest ordre d'idees correspon, en primer lloc, avaluar jurídicament si la provisió del TC de 4 de novembre respon a les exigències legals i jurisprudencials de *“resolució judicial”* que el tipus penal de l'article 410 del CP imposa, a l'efecte de resultar un mandat exprés, concret i terminant.

3. Precisament la inexistència d'aquests requisits —*“mandat exprés concret i terminant”*— en la provisió del TC de 4 de novembre, va motivar que **el Fiscal Superior de Catalunya s'oposés a la interposició de la querella contra el meu patrocinat.** Aquest parer es constata a l'informe que, per unanimitat, va aprovar la Junta de Fiscals de la Fiscalia Superior de la Comunitat Autònoma de Catalunya el 17 de novembre de 2014 i que va ser evacuat al Fiscal General de l'Estat en la mateixa data. Al segon apartat del document esmentat es posa de manifest que la provisió de 4 de novembre conté un mandat genèric de contingut indeterminat i mancat d'un subjecte obligat concret:

“En aquest cas, considerem que resulta discutible l'existència d'una “ordre” entesa com “l'existència d'un mandat exprés, concret i terminant de fer o no fer una conducta específica” (STS 8/2010, de 21 de gener, FJ 4t). Segons el text de la provisió dictada pel TC el passat dia 4 del corrent, s'hi acorda *“suspènre els actes impugnats (des del 31 d'octubre de 2014, data d'interposició del recurs, per a les parts del procés, i des de la seva publicació en el Butlletí Oficial de l'Estat, per als tercers), així com la*

resta d'actuacions de preparació d'aquesta consulta o vinculades a aquesta". D'altra banda, els actes impugnats, -segons es llegeix més amunt en la mateixa resolució-, són: "les actuacions de la Generalitat de Catalunya relatives a la convocatòria als catalans, les catalanes i les persones residents a Catalunya perquè manifestin la seva opinió sobre el futur polític de Catalunya el dia 9 de novembre (i en els dies successius en els termes de la convocatòria), mitjançant un denominat "procés de participació ciutadana", contingudes a la pàgina web <http://www.participa2014.cat/es/index.html>, i la resta d'actes i actuacions d'operació, fets o procedents, per a la celebració d'aquesta consulta, així com qualsevol altra actuació encara no formalitzada jurídicament, vinculada a la consulta esmentada. " Segons el tenor de la provisió, es podria entendre que l'acord comprèn "totes" les actuacions de la Generalitat de Catalunya en relació amb l'autodenominat procés de participació sigui quina sigui la seva naturalesa o transcendència.

En opinió de la Fiscalia Superior de la Comunitat Autònoma de Catalunya:

"L'absència d'una ordre concreta, precisa i determinada suposa, òbviament, la manca d'un destinatari amb els mateixos atributs. Com acabem d'exposar, la provisió que analitzem tampoc es dirigeix a un destinatari concret." [...] A més a més, —prosegueix l'informe de la Junta de Fiscals— *l'omissió d'aquest requeriment sembla respondre a una decisió meditada pel tribunal emissor de la resolució. A la pètica de la demanda de l'advocat de l'Estat s'instava la publicació de la resolució en els diaris oficials "per al seu degut i immediat compliment d'acord amb l'article 87.1 de la LOTC..., amb les responsabilitats a què la seva infracció pogués donar lloc". Doncs bé, aquest últim incís posat entre cometes no va ser recollit en el text de la resolució, sense que es pugui inferir que, en un assumpte de tanta transcendència, fos a causa d'un oblit involuntari."*

Tal com s'ha indicat, la jurisprudència exigeix l'existència d'un **mandat exprés** i, a més, que aquest sigui **concret i terminant**. Doncs bé, **el mandat de la provisió de 4 de novembre (si existeix), no compleix el requisit de concreció**. És per això que el 7 de novembre de 2014, la Generalitat de Catalunya va presentar un escrit en el qual se sol·licitava, basant-se en l'article 93 de la LOTC, en relació amb l'article 267 de la LOPJ, l'aclariment del paràgraf tercer de la provisió de 4 de novembre de 2014, ja que aquest estava redactat de manera indeterminada i abstracta, cosa que feia impossible conèixer el veritable sentit i abast de la suspensió acordada. En concret, es plantejava el dubte de si *"la suspensió comprenia actuacions encara no formalitzades jurídicament en data 31 d'octubre, merament preparatòries i no aplicatives del procés de participació ciutadana o vinculades a aquest, que poguessin dur-se a terme amb posterioritat a aquesta data"*.

La sol·licitud d'aclariment efectuada per la representació de la Generalitat de Catalunya no va ser resolta amb anterioritat a la celebració del procés participatiu, sinó

molt posteriorment (el 4 de desembre de 2014). No obstant això, és important destacar que, de conformitat amb l'article 267.2 de la LOPJ —l'aplicació subsidiària del qual ha estat reconeguda pel mateix Tribunal Constitucional en la interlocutòria 397/2004, de 20 d'octubre—, el Tribunal haurà de pronunciar-se sobre l'aclariment sol·licitat en el termini de 3 dies. No desconeixem que es tracta, en termes processals, d'un termini impropï; no obstant això, estimem que **l'incompliment del termini legal per part del Tribunal Constitucional no pot traslladar-se a l'aquí querellat i exigir-li una responsabilitat penal per uns actes que el text de la provisió del TC, de 4 de novembre, no deixava clar si estaven inclosos en el seu àmbit d'aplicació o no**, motiu pel qual es va promoure l'aclariment. **La protecció que el delictes de l'article 410 del CP dispensa a les resolucions emeses pels jutges i tribunals, exigeix també, per part d'aquests, un comportament actiu en la defensa de la seva funció jurisdiccional. La manca de zel del TC a l'hora de resoldre aquesta qüestió determinant en la concreció del mandat, no pot ser despatxada, i menys encara en forma d'imputació penal, sobre qui ha acomplert el sistema de justícia constitucional.**

La facultat d'aclarir resolucions judicials està prevista i orientada precisament a la finalitat de poder portar plenament a efecte les resolucions en què es detecten defectes o omissions. D'aquesta manera, **la primera resolució de l'òrgan jurisdiccional, juntament amb la interlocutòria en què es pronunciï sobre l'aclariment, constitueixen una unitat. Per tant, la no resolució de l'aclariment redunda en la inconcreció per incompletesa del mandat.**

En aquest sentit s'ha pronunciat el TS indicant que:

“... la interlocutòria d'aclariment d'una sentència no és més que una prolongació d'aquesta, l'esmena d'una omissió o d'un defecte d'expressió o d'un error material, i per això forma una unitat indissoluble amb la sentència que aclareix, la qual no pot considerar-se, en sentit estricte, correctament emesa fins que aquest aclariment ha estat satisfet” (STS, de 4 novembre de 2010).

En el mateix sentit s'expressa el TSJC (Sala Social) en la Sentència 4824/2014, de 3 de juliol, en la qual s'indica:

“...en efecte, la interlocutòria d'aclariment d'una sentència no és més que una prolongació d'aquesta, l'esmena d'una omissió o d'un defecte d'expressió o d'un error material, i per això forma una unitat indissoluble amb la sentència que aclareix, la qual no pot considerar-se, en sentit estricte, correctament emesa fins que aquest aclariment ha estat satisfet. Per això, la regla general ha de ser precisament la que conté la sentència contra la qual s'ha recorregut, és a dir, que els salaris de tramitació han d'estendre's fins a la notificació de la interlocutòria aclaridora de la sentència. I això

pot ocórrer fins i tot si l'aclariment és denegat, sempre que no s'hagi demandat aquesta amb voluntat dilatòria, és a dir, que no hi concorri un frau processal, la qual cosa constituiria una excepció justificada, entre d'altres possibles, a la regla general esmentada".

l, efectivament, hi ha excepcions a aquella norma general, ja que la interlocutòria d'aclariment pot ser tan sols esmena d'errors materials o omissions que no repercuteixen de cap manera en els drets de les parts. Així, el TS, en la Sentència de 10 d'octubre de 2007 (RCUD 312/2007) esmentant la dictada en la Sala General, de 4 de març de 2002 (RCUD 21/2001), recordava que malgrat que s'accepta que la interlocutòria d'aclariment integra i completa la sentència, "no obstant això, no pot aplicar-se sense condicionament, ni cap matís, aquesta postura a tots els supòsits, doncs això conduiria en ocasions a solucions mancades de fonament i de raó (...) ja que "el contingut de les interlocutòries d'aclariment, que regula l'article 267 de la Llei orgànica del Poder Judicial (i també l'article 214 de la nova Llei d'enjudiciament civil) pot ser de gran diversitat i varietat. I així és possible que algunes interlocutòries d'aclariment o de rectificació d'errors no afectin de cap manera aquells extrems o parts de la decisió de la sentència que tenen importància cabdal a l'efecte d'exercir el dret d'opció esmentat (...)".

Com es pot observar, el TSJC, citant jurisprudència del TS, reconeix que, amb caràcter general, la "sentència" (resolució) i la interlocutòria d'aclariment conformen una unitat i constitueixen ambdues el contingut propi de la resolució, i per tant, del mandat. No obstant això, el Tribunal precisa que aquesta regla general es pot exceptuar en algunes ocasions segons el tipus d'aclariment sol·licitat perquè, en ocasions, aquest no incideix en l'exercici del dret. Llavors cal examinar si en aquestes actuacions la sol·licitud d'aclariment incideix o no en l'exercici del dret en el sentit esgrimit en la sentència esmentada. La resposta no pot ser sinó positiva, perquè precisament, tal com s'ha exposat, el que se sol·licita en l'escrit d'aclariment és que es delimiti l'àmbit o l'abast de la suspensió derivada del caràcter abstracte i genèric amb què està redactat el text de la provisió.

Aquest caràcter unitari que s'atribueix a la resolució originària més la interlocutòria d'aclariment, determinava, en el text original de la LOPJ, que la formulació d'una sol·licitud d'aclariment comportarà que el còmput del termini per interposar qualsevol recurs començarà a computar-se des de la notificació de la interlocutòria per la qual es resol la sol·licitud d'aclariment. En canvi, des de l'aprovació de la LO 1/2009, la presentació d'un escrit de sol·licitud d'aclariment produeix l'efecte de suspendre el termini per interposar qualsevol recurs. El legislador parteix de la idea que, perquè pugui exercir-se el dret de defensa a través dels recursos legalment previstos, és necessari que es tingui ple coneixement de l'abast de la resolució. Aquest és el motiu

pel qual la legislació processal determina la suspensió del termini per interposar els recursos pertinents.

Els mateixos arguments són aplicables respecte de l'eficàcia de les resolucions. En aquest sentit s'ha pronunciat el TS en la seva sentència 523/2007, de 18 de maig, en la qual s'exposa que:

"...segons la Sentència del Tribunal Constitucional 32/1996 (LA LEY. 3652/1996), de 27 febrer, "està cridada a integrar-se en la resolució originària amb la qual forma un tot, fins al punt que els terminis per recórrer-hi en contra es computen precisament des de la notificació de la interlocutòria d'aclariment -i avui de rectificació (article 407 de la LEC)", de manera que en el cas concret decidit a la Sentència esmentada del Tribunal Constitucional, "la cognitio pròpia d'aquest procés ha d'estendre's objectivament al conjunt final integrat per la interlocutòria originària amb la rectificació introduïda [...]"

Aquesta és una regla coherent amb el mateix sistema processal perquè, a) l'aclariment de la Sentència en forma part i, per això, fins que aquest no es produeixi quan hagi estat sol·licitat, no ha d'entendre's completa; b) per interposar qualsevol recurs en contra s'ha de conèixer la solució contra la qual és procedent aquest i sol·licitat l'aclariment, fins i tot en el cas en què no sigui aquesta la via adequada, se n'ha d'esperar el resultat per poder-hi recórrer en contra; c) si no se suspenguessin els terminis, s'obligaria l'afectat a interposar preventivament un recurs en contra, amb els problemes evidents que això comporta, i, finalment, d) aplicar una solució com la que va adoptar la Sala sentenciadora de l'Audiència de Tenerife produeix una clara indefensió en l'afectat, perquè li impedeix l'accés als recursos, d'acord amb el que estableix l'article 24 de la CE ".

Juntament amb l'anterior, cal tenir en compte que l'article 161.2 de la CE, així com l'article 77 i l'article 64.2, tots dos de la LOTC, preveuen la suspensió de la resolució o acte objecte d'impugnació de manera directa quan així ho sol·liciti el Govern. Aquesta decisió es va adoptar en la mateixa provisió d'admissió a tràmit. Sobre aquest tema, cal indicar que les provisions, tret que l'òrgan judicial ho estimi convenient, no són resolucions que hagin d'estar motivades (article 248 de la LOPJ, aplicable subsidiàriament per remissió de l'article 80 de la LOTC).

En aquest supòsit, **la provisió del TC de 4 de novembre de 2014**, ja sigui perquè es tracta d'una provisió, ja sigui perquè parteix de la base que la suspensió és automàtica, sense que sigui procedent examinar en aquest moment inicial la concurrència de cap pressupòsit per adoptar la mesura cautelar de suspensió, **no conté cap motivació que contribueixi a facilitar la interpretació del contingut i l'abast de la resolució.**

Sobre aquesta darrera qüestió, cal finalment indicar que la forma legalment exigida per acordar la suspensió és la de la interlocutòria, que ha d'estar motivada, d'acord

amb el que disposa el mateix article 64.4 de la LOTC. D'acord amb aquest precepte "*el plantejament del conflicte iniciat pel Govern i, si escau, la interlocutòria del Tribunal per la qual s'acordi la suspensió de la disposició, resolució o interlocutòria objecte de conflicte seran notificats als interessats i publicats en el Diari Oficial corresponent pel mateix Tribunal*". Així ho exigeix també l'article 206 de la LEC (aplicable per remissió de l'article 80 de la LOTC) que reserva la forma d'interlocutòria per a les resolucions sobre mesures cautelars.

De tot el que s'ha exposat anteriorment, no es pot sinó concloure que no existeix en la provisió del TC de 4 de novembre un mandat concret en la mesura que el text d'aquesta no és clar, i s'ha hagut de sol·licitar-ne l'aclariment, sense que hi hagi elements de motivació que permetin interpretar el sentit i abast que el Tribunal ha volgut conferir-li.

4. Absència de destinatari concret, precís i determinat. Tal com s'ha fet constar en els fragments transcrits de l'informe aprovat per la Junta de Fiscals de la Fiscalia Superior de la Comunitat Autònoma de Catalunya, de 17 de novembre de 2014, el delictes de desobediència exigeix que hagi existit una ordre "*concreta, precisa i determinada*" que vagi dirigida a un destinatari amb els mateixos atributs. És a dir, s'exigeix que l'ordre es dirigeixi a un subjecte concret, precís i determinat.

De la lectura simple de la provisió del TC de 4 de novembre s'observa que tampoc concorre aquest requisit en el supòsit de les actuacions. Així, a la resolució esmentada, després d'admetre a tràmit la impugnació de disposicions autonòmiques per la via del títol V de la LOTC i, subsidiàriament, el conflicte positiu de competència, s'hi acorda traslladar la demanda a la Generalitat de Catalunya pel conducte del seu president. Seguidament, s'hi acorda la suspensió dels actes impugnats. Finalment, s'hi acorda també comunicar la provisió al president de la Generalitat de Catalunya i publicar la incoació de la impugnació en el BOE i en el DOGC.

La referència a la comunicació de la provisió al president de la Generalitat s'efectua en un apartat separat sense que tingui cap vinculació amb l'acord de suspensió que no incorpora en el text cap destinatari. És per això que no es pot admetre que la provisió del TC de 4 de novembre i, especialment el seu apartat tercer, compleixi les exigències de considerar-se un mandat que vagi dirigit a "*un destinatari concret, precís i determinat*".

Davant d'aquestes referències legals i jurisprudencials, hem de convenir amb el parer de tan preclar raonament exposat a l'informe de la Fiscalia, amb vista a considerar que la provisió esmentada del TC, de 4 de novembre, no incorpora ni un **mandat exprés, ni**

concret, ni determinant, ni un destinatari precís, com exigeix la concreció jurisprudencial del tipus de desobediència que aquesta Il·lma. Sala ha fet seva.

SEGON. Els fets denunciats no revesteixen tipicitat, ja que no s'ha produït cap requeriment per part del TC per al compliment de la seva provisió de 4 de novembre de 2014, cosa que jurisprudencialment s'exigeix perquè hi concorri el tipus de l'article 410 del CP.

1. La inexistència d'aquest element —“requeriment”— en la present causa té una transcendència cabdal en el judici d'admissibilitat que ens ocupa, a tenor dels mateixos precedents jurisprudencials d'aquest alt Tribunal. Així, en el fonament jurídic quart de la recent interlocutòria del TSJC, de 24 de març de 2014, es recullen les exigències típiques que cal valorar per comprovar la virtualitat del delictes de desobediència denunciat. En concret, resulta imperatiu per a l'admissibilitat de la querella constatar la prèvia **existència d'una ordre expressa acompanyada del requeriment oportú**. Precisament, per aquesta inexistència, aquesta Il·lma. Sala va inadmetre llavors la querella interposada pel sindicat Manos Limpias contra el meu mandant, com ha de fer ara amb la de la Fiscalia, ja que **no existia** llavors, ni tampoc existeix ara, **“un requeriment previ, directe i individualitzat, que actuï com a pressupòsit del judici de tipicitat”** (interlocutòria del TSJC, de 24 de març).

L'adversa també va assumir en aquesta causa, juntament amb la **inexistència d'un mandat precís i concret**, l'absència del **requeriment degut**, com es constata novament en el seu informe de 17 de novembre, motiu coadjuvant per rebutjar la interposició de cap acció penal contra el meu representat per part de la Fiscalia de Catalunya. En el seu informe afirma:

“És obvi que el President de la Generalitat es trobava en disposició de conèixer-ne el contingut, i fins i tot s'ordena la comunicació de la resolució a la seva persona, però també ho és que, ja que no es va dirigir cap requeriment contra cap persona concreta o determinada per part del Tribunal emissor de la resolució, si atribuïm a aquesta la condició d'“ordre” i, per tant, pressupòsit del delictes de desobediència, sembla raonable que aquesta ordre hagués d'afectar i comminar, després de la seva publicació en el BOE i en el DOGC, totes les autoritats i funcionaris públics del territori en el qual va tenir lloc la celebració del procés participatiu, conforme al que disposa l'article 87.1 de la LOTC”.

En aquest sentit s'ha pronunciat en nombroses ocasions la jurisprudència del Tribunal Suprem a l'efecte d'apreciar el delictes de desobediència greu en funció de l'**existència d'un requeriment instat en l'execució**, tant de sentències com de mesures cautelars. Així, la STS de 2 de novembre de 1990 ja exposa que el requeriment és al delictes de desobediència i exigeix:

“especificar concretament el contingut d'aquests requeriments i totes les circumstàncies que han de servir per valorar la desobediència greu i transcendent als requeriments judicials en el judici executiu seguit contra els processaments, així com la reiteració en el mandat i persistència en l'incompliment”.

En aquesta resolució es dóna com a indispensable l'existència del requeriment, així com l'especificació del mandat que conté, com a elements determinants per poder avaluar la gravetat de la desobediència. Per tant, més enllà de la mera formalitat de l'existència d'un requeriment, aquest és indispensable al tipus, com a forma d'assegurar el coneixement d'una ordre concreta dirigida a un ciutadà determinat.

En conseqüència, tal com assumeix en el seu informe el mateix Fiscal Superior de Catalunya, no hi ha hagut un mandat exprés ni un requeriment individualitzat com exigeix aquesta Il·lma. Sala i, per tant, no s'ha comès cap delictes de desobediència per part del M. Hble. Sr. Artur Mas i Gavarró, ja que no es pot desobeir el que no s'ha requerit i no es pot cometre el delictes previst a l'article 410 del CP si no se n'és prèviament advertit.

2. Només des d'una metodologia paleopositivista (positivisme formalista), incompatible amb la interpretació neoconstitucional del dret penal, cal entendre l'afirmació continguda en la querella de la Fiscalia respecte al fet que *“la concurrència d'un advertiment personal no apareix reflectida en el judici de tipicitat, ni es desprèn de la jurisprudència del Tribunal Suprem en relació amb el delictes de desobediència de l'article 410 del CP”*. Més encara, aquesta afirmació resulta paradoxal quan el Ministeri Públic pretén fonamentar-la sobre precedents jurisprudencials dimanants de processos en els quals no es valorava la comissió del delictes de desobediència greu de l'article 410 del CP, sinó el delictes de desobediència a l'autoritat o als seus agents de l'article 556 del CP. Precepte penal destinat, a més, a la protecció de l'ordre públic, bé jurídic diferent al que protegeix l'article 410 del CP que és el que ens hauria d'ocupar.

No obstant això, cal fer una breu anàlisi de les cites jurisprudencials seleccionades per la Fiscalia per comprovar el contingut de l'article 410 del CP, a compte del que s'ha decidit sobre l'article 556 del CP, per si de cas aquest exercici, *mutatis mutandi*, servís per analogia jurídica en els fets i el procediment que se substancia la present causa.

La primera estranyesa ja sorgeix quan s'observa l'ús per part de la Fiscalia de la **STC 160/1998**, doncs cal recordar, sense necessitat de fonamentar-ho amb una cita de jurisprudència constitucional ja que és per tots coneguda, que **no correspon al Tribunal Constitucional integrar els tipus penals**. D'aquesta manera malament

reflectirà aquesta Sentència el judici de tipicitat en el sentit sostingut pel Fiscal amb vista a la seva pretensió; si de cas això passa per transformar les competències del TC, convertint-lo ara en legislador. Més enllà d'aquesta qüestió, no menor, caldria aturar-se en els antecedents del cas per constatar que abans d'arribar a la jurisdicció penal es van donar quatre provisions contenidores d'una ordre precisa de paralització d'obra dictades per un alcalde i que van ser notificades per diversos agents municipals, tant a l'interessat, com a un empleat de la seva societat, així com a l'encarregat de l'obra, per la qual cosa al recurrent en empara sí que se li va reiterar una ordre concreta de paralització de l'obra.

D'un examen de la casuística de les altres referències jurisprudencials argüides pel Fiscal es desprèn de la mateixa manera que, al condemnat per desobediència, li van ser adreçades en diverses ocasions ordres precises. Així, la STS 1615/2003, d'1 de desembre, tracta d'un supòsit d'incompliment del règim de visites, en el qual el pare dels menors denunciat es constitueix en situació de rebel·lia, i és impossible durant sis anys localitzar-ne el parador, i se'l condemna, en conseqüència, per un delictes de desobediència en haver incomplert l'obligació de retornar els nens, si bé el subjecte havia tingut coneixement de l'ordre mitjançant la notificació de la Sentència recaiguda en l'incident de modificació de mesures, així com a través de diversos actes processals derivats de la denúncia interposada per la seva ex-esposa, produïts tots ells abans del període de rebel·lia.

No obstant això, aquests fets jutjats amb el CP anterior són d'interès perquè ens permeten portar a col·lació el problema d'impunitat a determinades decisions judicials per inaplicabilitat de l'article 556 del CP. Qüestió a la qual va haver de posar remei el legislador amb la promulgació en el CP de 1995 de delictes de desobediència més precisos, com ara el trencament de la custòdia (articles 223 i 227 del CP) o el trencament de mesura cautelar (article 469.1 i 2 del CP), que impedissin considerar com a desobediències no penals a aquestes formes de rebel·lia.

Finalment, la distonia generalitzada en què incorre la jurisprudència esmentada emprada per la Fiscalia és extrema en allò referent a la STS 1095/2009, de 6 de novembre. Aquesta, malgrat que s'esmenta fins en dues ocasions, guarda "poca" relació amb els fets d'aquest procediment, com pot comprovar aquesta Il·lma. Sala. La resolució esmentada té el seu origen de la confiscació, per part de funcionaris públics i amb totes les formalitats legals, de diversos caps de bestiar per al seu posterior sacrifici. Aquests animals van ser traslladats a una finca determinada per procedir segons el que havia acordat l'Administració, moment que va aprofitar l'amo, juntament amb altres subjectes, per recuperar-los. L'a quo el va exonerar de responsabilitat pel delictes de l'article 556 del CP, en considerar que no constava "que l'acció duta a terme, que consistia a emportar-se als animals confiscats del recinte

esmentat, hagués estat expressament prohibida a la corresponent acta anterior, aixecada pels funcionaris de la Conselleria de Ramaderia i Agricultura, després de la declaració del buit sanitari per l'aparició en aquest bestiar d'un brot de brucel·losi.” En contra d'aquest criteri, el TS estima correctament que:

[en] “la doctrina precedent d'aquesta Sala (STS de 10 de desembre de 2004, entre moltes altres), cal advertir que la desobediència prevista a l'article 556 el que realment ha de suposar és una conducta, decidida i terminant, dirigida a impedir el compliment del que es disposa, de manera clara i taxativa alhora, per part de l'autoritat competent, ja que el fet que es requereixi l'acreditació deguda de la notificació d'aquesta decisió, i fins i tot d'un requeriment per ser acatada, encara que sense arribar a la necessitat de l'advertiment respecte de la possible comissió del delictes, té, com a únic fonament i raó de ser, el ple assegurament del coneixement, per part del desobedient, del mandat incomplert, és a dir, el seu propòsit resolt d'incomplir-lo deliberadament (vegeu, en aquest sentit, la STS d'1 de desembre de 2003, per exemple)”.

I en el cas d'aquestes actuacions, la prohibició de no emportar-se els animals, estava implícita en l'ordre que, amb totes les formalitats, van posar en coneixement del propietari els funcionaris públics que van procedir a confiscar els caps de bestiar. De pura lògica i, per tant, això no vol dir que no existís l'ordre i el requeriment precís com vol fer entendre el Ministeri Públic.

3. No obstant això, un cop ressenyada breument la jurisprudència desvirtuada que la Fiscalia ha emprat, cal afirmar que n'existeix una altra de més abundant i majoritària sobre el delictes previst a l'article 556 del CP on es recull l'exigència indispensable que hi concorri una ordre clara i precisa requerida a un destinatari individualitzat com a aspecte inherent a tota desobediència. Així, des de la més recent STS “Cas Avispero” 54/2012, de 7 de febrer, a les STS 8/10, de 20 de gener i 477/09, de 6 de novembre, que imposen la necessitat del mandat exprés, concret i terminant de fer o no fer una conducta específica, ja que “sense ordre expressa no pot existir una negativa oberta al seu incompliment ”; o a la STS 822/1999, de 19 maig, FJ 2n, així com a la STS 1189/1999, de 9 juliol, FJ 1r, en què es pot llegir “cal recordar que **la realitat de la desobediència, palesa i indubtable, a les ordres judicials, se centra en el requeriment efectuat pel Jutjat [...] així com les ordres que, per la via d'auxili judicial internacional, es van efectuar a la recurrent...**”.

És tan obvi que el delictes de desobediència necessita una ordre concreta, clara i precisa, requerida a un destinatari individualitzat, que el mateix MF ha de recórrer en el seu escrit de querella a la pretensió d'imputar al meu mandant pel delictes de l'article

508.1 del CP sota l'argument que aquest no requereix més que un coneixement, encara no formalitzat (notificat) del mandat judicial; per contraposició, ha d'entendre's implícitament, al delictes de desobediència.

En conseqüència, està mancada d'acomodament legal i jurisprudencial l'afirmació continguda a l'escrit de querella sobre que *“la concurrència d'un advertiment personal no apareix reflectida en el judici de tipicitat, ni es desprèn de la jurisprudència del Tribunal Suprem en relació amb el delictes de desobediència de l'article 410 del CP”*, com ha quedat demostrat tant al pas de la jurisprudència de l'article 410 del CP com a la de l'article 556 del CP.

En conclusió, en aquesta causa, la provisió del TC de 4 de novembre no contenia un mandat exprés ni concret, ni tampoc cap requeriment individualitzat com exigeix aquesta II·ma. Sala. I, per tant, no s'han acomplert aquests requisits legals absolutament necessaris per poder observar el delictes de desobediència en la conducta del meu mandant.

La provisió del TC de 4 de novembre reproduïx l'esquema estereotipat, producte de l'automatisme de la suspensió, invocat pel govern (article 161.2 de la CE) en el seu recurs d'inconstitucionalitat presentat el 31 d'octubre. I per això, en una causa tan complexa com aquesta, **resulta un mandat imprecís i general, que a més desoeix la sol·licitud de l'advocat de l'Estat del fet que aquesta resolució inclogués una major precisió, així com un advertiment al Govern de la Generalitat.**

4. Exigències de requeriment en la legislació processal. A més a més, cal portar a col·lació els mecanismes previstos per l'ordenament jurídic per donar eficàcia a les resolucions sobre mesures cautelars i en particular a la mesura de suspensió prevista a l'article 161.2 de la CE. La possibilitat de suspendre cautelarment una disposició o resolució adoptada pels òrgans de les comunitats autònomes i que és objecte d'impugnació davant el Tribunal Constitucional està prevista expressament en el mateix article 161.2 de la CE, així com també a l'article 77 de la LOTC, que remet a efectes procedimentals als articles 62 a 67 de la LOTC. No obstant això, aquests preceptes, més enllà de preveure la suspensió automàtica de la disposició o resolució impugnada i l'obligació de notificació de la “interlocutòria” del Tribunal (que no provisió, tipus de resolució que erròniament ha utilitzat el Tribunal Constitucional) res estableixen en relació amb els efectes d'aquesta. La llacuna s'ha d'integrar, llavors, a través de les altres disposicions de la mateixa LOTC i, si no és possible, tal com indica l'article 80 de la LOTC, amb les disposicions de la LOPJ i de la LEC.

Les resolucions del Tribunal Constitucional tenen eficàcia immediata, i tots els poders públics estan obligats al compliment d'allò que el Tribunal Constitucional resolgui. En relació amb l'execució de les resolucions dictades pel Tribunal Constitucional, la LOTC resulta minsa i regula únicament dues disposicions de caràcter executiu, l'article 92 i l'article 95.4 de la LOTC. Així, d'acord amb l'article 92 de la LOTC:

“El Tribunal podrà disposar en la sentència, o en la resolució, o en actes posteriors, qui ha d'executar-la i, si escau, resoldre les incidències de l'execució.

Podrà també declarar la nul·litat de qualsevol resolucions que contravinguin les dictades en l'exercici de la seva jurisdicció, en ocasió de l'execució d'aquestes, prèvia audiència del Ministeri Fiscal i de l'òrgan que les va dictar”.

De la seva banda, l'article 95.4 de la LOTC estableix que el Tribunal *“podrà imposar multes coercitives de 600 a 3.000 euros a qualsevol persona, investida o no de poder públic, que incompleixi els requeriments del Tribunal dins dels terminis assenyalats i reiterar aquestes multes fins al total compliment dels interessats, sense perjudici de qualsevol altra responsabilitat que els pertoqui”*. Aquesta disposició, més enllà de preveure una possible conseqüència a l'incompliment, és de rellevància perquè parteix de la base que, perquè puguin imposar-se les multes coercitives, ha d'existir un requeriment previ.

No obstant això, més enllà del que preveu l'article 92 de la LOTC, no s'estableix res respecte del procediment que cal seguir per aconseguir donar eficàcia a la resolució. Segons s'acaba de descriure, per aconseguir l'eficàcia de les seves resolucions, el TC podrà acordar la nul·litat de qualsevol resolució que les contravingui o bé, disposar *“qui ha d'executar la resolució”*, així com *“resoldre les incidències de l'execució”*. És a dir, que la LOTC parteix de la base que, paral·lelament a la sol·licitud de nul·litat (que no serà una opció vàlida en tots els casos), podrà haver-hi, en cas que sigui necessària, una activitat de tipus executiu exercida pel mateix Tribunal Constitucional. De fet el mateix Tribunal ha indicat que pot adoptar totes les mesures que calguin per preservar la seva jurisdicció (ITC 107/2009, de 24 de març) i que correspon

“a aquest Tribunal resoldre, si escau, les incidències d'execució de les seves pròpies resolucions. A aquest efecte, ha de vetllar perquè les sentències i decisions que adopti s'executin, per qui resulti obligat a fer-ho, en els seus propis termes i de la manera més diligent possible, i evitar que es produeixin incompliments simulats o inexactes i dilacions indegudes en l'execució, sense que s'hagi d'oblidar que el mateix article 92 de

la LOTC permet que aquest Tribunal disposi a la sentència o resolució que dicti qui ha d'executar-la”.

Com s'indicava, la declaració de nul·litat pot, en alguns casos, en funció de la naturalesa de l'acte o resolució per la qual es contravingui allò que disposa el Tribunal Constitucional, ser insuficient als efectes de poder aconseguir donar eficàcia a la resolució. Caldrà acudir a complementar les llacunes existents a través de les disposicions de la LOPJ i, especialment, pel contingut de la matèria —execució— amb les de la LEC, de conformitat amb l'article 80 de la LOTC.

Si bé és cert que l'article 80 de la LOTC limita l'aplicació subsidiària de la LEC respecte a determinades matèries assenyalades en aquest precepte, entre les quals no hi ha ni les mesures cautelars ni el procediment d'execució forçosa, cal tenir en compte que el mateix Tribunal Constitucional ha admès l'aplicació, per via d'analogia, d'altres preceptes de la LEC, respecte d'aquelles qüestions no resoltes a la LOTC. En aquest sentit la ITC indica que:

“L'aplicació supletòria, sigui de la Llei orgànica del Poder Judicial, sigui de la Llei d'enjudiciament civil, al fet a què fa referència l'article 80 de la LOTC, amb independència que sigui admissible en algun supòsit mes allà dels explícitament esmentats en aquest últim precepte —per raó d'analogia i «en la mesura en què no vagi contra la Llei orgànica i els seus principis inspiradors» (STC 86/1982, fonament jurídic 2n)—, només té sentit plantejar-la en absència d'una regulació específica de la nostra pròpia Llei orgànica, doncs d'una altra manera més que de supletòrietat estariem en presència d'una regulació alternativa a la continguda a la Llei orgànica que, per mandat constitucional (article 165 de la CE), és l'única per la qual pot regir-se el procediment que cal seguir davant aquest Tribunal” (ITC 46/1998, de 24 de febrer). En el mateix sentit, la ITC 260/1997, de 14 de juny.

Doncs bé, si acudim a les disposicions de la LEC sobre mesures cautelars, l'article 738 de la LEC estableix que el jutjat ha de donar eficàcia immediata a allò que s'acordi a la interlocutòria sobre mesures cautelars. Les resolucions sobre mesures cautelars tenen eficàcia immediata, sense que se'n requereixi la fermesa perquè siguin eficaces. La manera com es doni eficàcia a una mesura concreta dependrà de la seva naturalesa, i es podrà acudir a les disposicions sobre execució forçosa quan ens trobem davant una actitud reticent de l'obligat.

En general, les mesures cautelars consistents en la suspensió d'un acte s'equiparan a una obligació de no fer, i es concreten en l'abstenció a portar a terme un comportament determinat. No obstant això, si analitzem l'extensió de les activitats que, de conformitat amb la provisió del TC de 4 de novembre haurien estat suspeses (i

això sense perjudici del ja indicat *supra* sobre la manca de concreció d'aquesta), cal posar de manifest que el compliment del previngut pel TC pot requerir d'un comportament omissiu, en el sentit de no portar a terme una determinada conducta, des del moment de notificació de la resolució en endavant, que contravingui la prohibició que porta implícita la suspensió. No obstant això, en la mesura que la resolució té eficàcia respecte dels actes fets des del dia 31 d'octubre i que aquests poden tenir una continuïtat en el temps, i que, per tant, es materialitzen en el moment de rebre la notificació, el compliment podria exigir una conducta activa, tendent a posar fi a una activitat (per exemple, ordenar la desconnexió de la pàgina web). El compliment del que ordena la provisió del TC de 4 de novembre és, doncs, una activitat de naturalesa complexa que podria requerir que es duguessin a terme un gran nombre d'actuacions.

En qualsevol cas, seran aplicables les disposicions sobre execució no dinerària. D'acord amb l'article 699 de la LEC *“quan el títol executiu contingui una condemna de fer o no fer o de lliurar alguna cosa diferent a una quantitat de diners, en la interlocutòria en què es despatxi l'execució es requerirà a l'executat que, dins del termini que el tribunal estimi adequat, compleixi en els mateixos termes el que estableixi el títol executiu”*. Un cop efectuat el requeriment l'anterior, caldrà procedir de manera diferent segons la naturalesa de la prestació a fer.

El procediment d'execució forçosa, per la seva naturalesa, només es posa en marxa quan la part executant constata que s'està portant a terme la conducta infractora (condemnes de no fer) o bé que no s'està donant compliment a la conducta esperada (condemnes de lliurar quantitats de diners o obligacions de fer). Per tant, un cop efectuada la constatació anterior, el que procedeix és instar el despatx de l'execució, que haurà d'anar acompanyada del requeriment previst a l'article 699 de la LEC. Aquest precepte, a més, s'haurà de complementar amb les previsions específiques per a cada tipus d'obligació, regulades als articles 705 a 711 de la LEC. Sobre aquest tema, l'article 710 de la LEC, que regula les condemnes d'obligacions de no fer, estableix que *“si el condemnat a no fer alguna cosa infringeix la sentència, **se li ha de requerir, a instàncies de l'executant, per part del secretari judicial responsable de l'execució, que defaci el mal fet si és possible, indemnitzi els danys i perjudicis causats i, si escau, s'abstingui de reiterar el trencament, amb l'advertiment d'incórrer en un delict de desobediència a l'autoritat judicial”***.

De la seva banda, l'article 705 de la LEC reitera l'obligació de requerir l'executat quan el títol executiu contingui una obligació de fer, i fixar per fer-ho un termini per complir-lo, que s'haurà de determinar en funció de la naturalesa del que s'hagi de fer i de les circumstàncies que hi concorrin.

Així mateix, l'article 709 de la LEC, quan regula les condemnes a un fer personalíssim, estableix que quan no es compleixi el requeriment de l'article 699 de la LEC, l'executant podrà instar al jutjat perquè s'imposin a l'executat multes coercitives mensuals amb la finalitat de compel·lir-lo perquè compleixi l'obligació. A més, s'haurà de reiterar el requeriment, de manera trimestral, al llarg d'un any.

Com es pot observar, la LEC no dóna una solució homogènia per a tots els tipus d'obligacions, i preveu mesures de diferent naturalesa, com ara el compliment per part d'un tercer, la imposició de multes coercitives o el lliurament d'un testimoniatge al Ministeri Fiscal a l'efecte que puguin obrir-se diligències penals per la possible comissió d'un delictes de desobediència. No obstant això, aquesta última possibilitat **es vincula a l'exigència d'advertir prèviament l'executat de la possibilitat de poder incórrer en la comissió d'aquest delictes si persisteix en l'incompliment. A més, és comú a tot tipus d'obligacions l'exigència d'efectuar un requeriment previ.**

Finalment, cal destacar que part de la doctrina processal estima que **perquè es pugui incórrer en desobediència és necessari que la intimació sigui notificada personalment a l'executat a l'efecte d'assegurar-se que l'obligat té coneixement efectiu del requeriment i de l'advertiment.** Per a això és necessari que s'hagi efectuat una notificació directament al Molt Honorable Senyor Artur Mas i Gavarró, President de la Generalitat de Catalunya, a través d'un dels mecanismes previstos a l'article 270 de la LOPJ.

A aquest efecte és important destacar que la provisió del TC de 4 de novembre va ser formalment notificada al Molt Honorable Senyor Artur Mas i Gavarró el 6 de novembre de 2014, per mitjà d'una carta certificada remesa al Departament de Presidència de la Generalitat de Catalunya. Per tant, només poden tenir rellevància penal els fets esdevinguts amb posterioritat a aquesta data. La publicació en el BOE de la provisió del TC de 4 de novembre, el dia 5 de novembre, no compliria l'exigència que la notificació fos personal.

En el mateix ordre de coses, per analogia, s'hi podrien aplicar també les disposicions de la LJA relatives a l'eficàcia de les mesures cautelars. Sobre aquest particular, l'article 134 de la LJA estableix que *“la interlocutòria que acordi la mesura s'ha de comunicar a l'òrgan administratiu corresponent, el qual en disposarà l'acompliment immediat, i li serà aplicable el que disposa el capítol IV del títol IV, excepte l'article 104.2, és a dir, les disposicions sobre execució forçosa.*

En aquest sentit, l'article 112 de la LJA preveu que:

“Un cop transcorreguts els terminis assenyalats per al total compliment de la decisió, el jutge o tribunal haurà d'adoptar, prèvia audiència de les parts, les mesures necessàries per aconseguir l'efectivitat del que s'ha ordenat.

*Singularment, un cop acreditada la seva responsabilitat, **previ advertiment** del secretari judicial notificat personalment per a la formulació d'al·legacions, el jutge o la sala podran:*

*a) **Imposar multes coercitives de cent cinquanta a mil cinc-cents euros a les autoritats, funcionaris o agents que incompleixin els requeriments del jutjat o de la sala, així com reiterar aquestes multes fins a la completa execució de la decisió judicial, sense perjudici d'altres responsabilitats patrimonials que els pertoquin. A la imposició d'aquestes multes els serà aplicable el que preveu l'article 48.***

*b) **Deduir el testimoniatge oportú de particulars per exigir la responsabilitat penal que els pugui correspondre”.***

D'acord amb el que s'ha exposat anteriorment, podem extreure les conclusions següents:

1. L'ordenament jurídic preveu mecanismes per aconseguir l'eficàcia de les mesures cautelars acordades pels òrgans judicials, i remetent a aquest efecte a les disposicions sobre execució forçosa.
2. **Tot i que no existeixen mesures executives homogènies per a tot tipus d'obligacions sí que és comuna la necessitat de practicar en primer lloc un requeriment adreçat a l'executat que, si escau, pot anar acompanyat d'un advertiment de poder incórrer en un delict de desobediència en cas de persistir en l'incompliment.**
3. D'acord amb l'exposició fàctica de la querella, si bé amb posterioritat a l'emissió de la provisió del TC de 4 de novembre de 2014 (o més concretament, des que es va notificar personalment el 6 de novembre) i fins al 9 de novembre, es van portar a terme diferents actes dels quals n'és el responsable el Molt Honorable Senyor Artur Mas i Gavarró que, segons el parer del Fiscal, incomplirien la mesura cautelar de suspensió acordada, **no es va instar per part del Govern, a diferència del que va succeir respecte de la mesura de suspensió acordada per la provisió de 29 de setembre de 2014, cap incident d'execució amb la finalitat d'aconseguir el compliment efectiu de la provisió esmentada.**
4. Com s'ha exposat, **el Govern de l'Estat no va acudir al mecanisme processal previst legalment per aconseguir el compliment de les resolucions judicials i això es pot deure a dos motius:** a) o bé perquè el Govern va estimar que els actes que es van fer amb posterioritat al 4 de novembre no constituïen un

incompliment de la resolució del Tribunal Constitucional (possibilitat que sembla desprendre's de les declaracions públiques efectuades per alguns membres del Govern durant aquests dies); o bé, b) va fallar en la diligència deguda, i va consentir aquesta situació. En aquest cas, no cal sinó recordar que el dret només empara el litigant diligent, *vigilantibus et senar dormientibus jura subveniunt*.

5. Les mateixes observacions són també extrapolables al Ministeri Fiscal, el qual va tenir coneixement de la causa el 13 d'octubre de 2014, quan el Tribunal Constitucional va acordar traslladar-li l'escrit de l'Advocacia de l'Estat pel qual es promovia incident d'execució per l'incompliment de la provisió del Tribunal Constitucional de 29 de setembre de 2014, sense que hagi emprès cap acció legal sobre aquest tema fins a la formulació d'aquesta querella, i va consentir d'aquesta manera que es portessin a terme tots els actes que ara es presenten com a constitutius de delictes.

TERCER. Les conductes imputades al M. Hble. Sr. Artur Mas i Gavarró no se subsumeixen en la negativa oberta, contumaç i reiterada, disposada en el delictes de desobediència de l'article 410 del CP.

1. L'absència dels elements típics ressenyats *supra* ja hauria de procedir, per si mateixa, a la inadmissió de la querella. No obstant això, cal indicar que tampoc és procedent subsumir els fets denunciats per la Fiscalia en la resta d'exigències legals que el delictes de desobediència requereix, com exigeix aquesta II·lma. Sala, i la resta de jurisprudència, **que la desobediència sigui oberta i reiterada**. Identificada aquella amb la negativa franca, clara, patent, indubtable, indissimulada, evident o inequívoca (interlocutòria del TSJC, de 24 de març de 2014; sentències del TS 54/2008, de 8 d'abril i 263/2001, 24 de febrer) i aquesta amb la contumàcia, és a dir, amb el repetir del comportament rebel.

Per mitjà d'aquesta doctrina, s'ha admès la comissió del delictes per part de l'alcalde que, tot i ser requerit fins a cinc ocasions per un tribunal, es nega a complir el que se li ha ordenat (STS 1037/2000, de 13 de juny). En el mateix sentit, ens hem d'aturar a la STS 54/2008, de 8 d'abril, "Cas Atutxa", portada a col·lació pel MF en el seu escrit de querella a fi de reproduir, de nou interessadament, la doctrina del TS a l'efecte de fixar l'abast de l'expressió "obertament" que ha de significar la negativa de la desobediència penalment típica. No obstant això, és procedent estar d'acord amb el Fiscal quan adverteix amb la doctrina jurisprudencial que la negativa no necessàriament ha de ser

expressa, i s'identifica amb la negativa franca, clara, patent, indubtable, indissimulada, evident o inequívoca. I com es manifesta en aquesta Sentència:

“si bé aclarint que aquest vocable s'ha d'interpretar, no en el sentit literal que la negativa hagi d'expressar-se de manera contundent i explícita emprant frases o fent actes que no ofereixin dubtes sobre l'actitud desobedient, sinó que també pot existir quan s'adopti una passivitat reiterada i evident al llarg del temps sense donar compliment al mandat, és a dir, quan sense oposar-s'hi o negar-lo, tampoc es faci l'activitat mínima necessària per dur-lo a terme, màximament quan l'ordre és reiterada per l'autoritat competent per a això, o el que és el mateix, quan la postura pertinaç de passivitat es tradueixi necessàriament en una palpable i reiterada negativa a obeir (STS 485/2002, de 14 de juny). O el que és el mateix, aquest delictes es caracteritza, no solament perquè la desobediència adopta en aparença una forma oberta, terminant i clara, sinó també és punible «la que resulti de passivitat reiterada o presentació de dificultats i traves que en el fons demostrin una voluntat rebel» (STS 1203/1997, d'11 d'octubre).”

Per tant, el comportament rebel, en els casos de passivitat a l'acatament del mandat judicial, exigeix la **contumàcia o reiteració** de la negativa davant del que s'ha ordenat, tal com ha resolt la doctrina jurisprudencial unànime del Tribunal Suprem. Així, s'al·ludeix en diverses resolucions a la reiterada i evident passivitat al llarg del temps (entre moltes altres, sentències del TS 485/02, de 14 de juny; 849/94, de 26 d'abril; 225/1994, de 4 de febrer...). En atenció a això, el President del Parlament del País Basc, així com el vicepresident primer i la vocal segona, van ser condemnats en cassació per la comissió del delictes de desobediència de l'article 410.1 del CP, mitjançant la ja reiterada Sentència del Tribunal Suprem, 54/2008, a causa de la suposada renúncia continuada a complir el mandat de la Sentència de 23 de maig de 2003 de la Sala Especial d'aquest Tribunal, que obligava a la dissolució del grup parlamentari vinculat a l'esquerra abertzale.

Amb la finalitat de comparar els fets dels quals porta causa aquesta Sentència, amb els aquí denunciats pel fiscal, cal recordar que, després de la sentència de la Sala Especial esmentada de l'article 61 de la LOPJ, es van remetre diversos oficis a la Mesa del Parlament Basc, i que alguns d'aquests contenien un requeriment, fins i tot un advertiment, amb un esment exprés de possible concurrència d'un il·lícit penal si no complien el mandat de la Sala. Cal tenir ben present que, després de la Sentència de la Sala de 23 de maig de 2003, es va obrir un **procediment d'execució**, i el Tribunal sentenciador va dictar una **primera interlocutòria**, el 24 d'abril de 2003, que pel que sembla va ser desatesa pel President del Parlament Basc, i que va motivar el pronunciament del Tribunal en una **segona interlocutòria** el 20 de maig, en **execució** de la Sentència i, posteriorment, el 5 de juny, mitjançant una **provisió** amb un

advertiment exprés en què s'instava al compliment del que s'havia disposat. Fins i tot, el Tribunal sentenciador va dictar una **tercera interlocutòria**, el 30 de juny, en què fixava diverses mesures d'execució amb un nou requeriment més l'**advertiment** i l'**advertència** que l'actitud renuent dels condemnats podia resultar subsumible en injust penal. Finalment, l'1 d'octubre, en l'execució de la Sentència, el Tribunal Suprem va anul·lar diversos acords de la Mesa del Parlament Basc que no obeïen el mandat d'execució.

Com es pot apreciar, el meu mandant no ha pogut reiterar el comportament contumaç i propi del delictes de desobediència passiva semblant al descrit, ja que, com ja s'ha comentat, la **provisió de 4 de novembre ni tan sols va ser instada a la seva execució** per part de l'Advocacia de l'Estat. Per cert, referent a això, en el "Cas Atutxa", el Ministeri Fiscal no va formular acusació, ni davant el TSJ del País Basc, ni en cassació davant el Tribunal Suprem. Cosa que no deixa de sorprendre atesos uns fets i els altres.

2. En aquest ordre d'idees, com s'ha exposat *supra*, la necessitat de constatar l'existència d'un **comportament contumaç davant del que s'ha ordenat** es deriva del segon requisit vinculat al mateix bé jurídic protegit en el delictes de desobediència, és a dir, el de la **reiteració —previ requeriment i/o advertiment— per al compliment del que s'ha resolt**. La qual cosa, combinadament, integra el plus d'antijuridicitat propi del dret penal, i permet així distingir entre desobediències penals i no penals, "*i és que no tot incompliment d'una resolució judicial integra el delictes de desobediència*", com recorda la mateixa STS 54/2008, FJ 3r.

El bé jurídic protegit per aquest delictes obliga, en nom de la seva protecció correcta, a **una actuació proactiva per part dels poders públics que permeti constatar l' eminent contingut intencional de rebel·lia propi d'aquest**. Així, en el "Cas Atutxa", van ser tant l'Advocacia de l'Estat, com la mateixa Fiscalia, qui van instar l'execució de la Sentència de la Sala Especial, davant la renúncia de la Mesa del Parlament Basc, a fi que s'acomplís el que havia disposat la Sala Especial. **No obstant això, en el nostre cas, l'Advocacia de l'Estat no va instar l'incident d'execució de la provisió de 4 de novembre del TC, cosa que sí que va fer amb la del 29 de setembre**. I no obstant això, ara la Fiscalia pretén suplir els errors de l'Advocacia de l'Estat, i els seus propis, amb el recurs contra l'acció penal, sense haver donat la possibilitat d'acomplir un mandat tan imprecís com genèric emès pel TC, amb la qual cosa, aquesta actuació del Ministeri Públic violenta els principis constitucionals de fragmentarietat i *ultima ratio* que han de dirigir l'acció penal.

3. En resum, així les coses, tal com s'ha anat desgranat al llarg d'aquest **recurs**, els requisits típics del delictes de l'article 410 del CP no es donen en els fets esdevinguts després del 4 de novembre i denunciats per les parts. Primer, perquè el mandat de la

provisió del TC dictat en aquesta data, tal com ha quedat demostrat, **no és concret i no està dirigit a cap subjecte singularitzat**. Aquesta indeterminació va motivar que la Generalitat presentés un escrit d'aclariment davant el TC perquè aquest especificqués els termes del mandat suspensiu. A aquesta inconcreció se suma la manca de completesa, ja que el TC no va resoldre l'incident d'aclariment fins al 4 de desembre de 2014. Per cert, la sol·licitud d'aclariment instada per la Generalitat, no lliga amb l'actitud rebel del meu mandant que el tipus penal de desobediència exigeix.

D'altra banda, tampoc hi ha hagut cap **requeriment**, ni menys encara cap **advertiment** als querellats, tal com exigeix la jurisprudència. I això es deu al fet que l'Advocacia de l'Estat no va interposar cap **incident d'execució** contra la provisió del TC de 4 de novembre, davant l'actuació del Govern de Catalunya que, segons el parer de l'Estat, incomplia el mandat de suspensió de la provisió, cosa que sí va fer contra la provisió del TC de 29 de setembre. Però aquesta possibilitat existia, ja que tots els fets denunciats eren públics i notoris, i n'hi hauria hagut prou amb aquesta denúncia en l'incident d'execució perquè el TC no hagués tingut més remei que requerir en concret el Govern català, en cas que ho hagués considerat pertinent, perquè posés fi a actuacions singularitzades. Com que es va procedir en aquest sentit, al marge de l'incident d'execució, i al marge de la voluntat del TC, el meu mandant no ha pogut desenvolupar la conducta contumaç i de reiterada rebel·lia que, a l'efecte del bé jurídic protegit, s'exigeix per apreciar la desobediència típica.

L'Estat constitucional de dret exigeix l'acompliment de les garanties penals i obliga a l'eficiència de l'Estat en l'ús de l'*ius puniendi*. No es disposa d'aquesta poderosa eina per esmenar la imprevisió dels negligents, menys encara quan aquests són qui van promoure la suspensió de les actuacions i havien de ser-ne, com a part sol·licitant, els guardians. El dret penal s'aplica amb observança estricta de la llei –cosa que determina que no qualsevol desobediència és penalment rellevant, sinó tan sols aquella que compleix els requisits del delictes– i aquesta aplicació s'articula, a més, sobre diversos principis constitucionals, entre ells, el d'*ultima ratio* –per la qual cosa l'Estat ha d'esgotar tots els mecanismes no penals al seu abast per fer front a la posada en perill dels interessos aquí pretesament protegits abans d'exercir l'acció penal-. I, per això, no tot eventual incompliment d'una resolució constitueix la desobediència típica de l'article 410 del CP. La protecció penal de la funció judicial exigeix, a l'efecte del delictes de desobediència, esgotar els mecanismes processals disposats per al compliment de les resolucions judicials. I, com a mínim, abans d'activar l'*ius puniendi*, resulta necessari que es procedeixi a l'execució de la resolució judicial que s'entengui desobeïda, perquè així, el tribunal que l'hagi dictat, determini si s'ha complert o no el que havia ordenat i, en cas negatiu, dirigeixi l'ordre precisa per reiterar-ne l'acompliment.

En aquest últim sentit, mereix ser esmentada la SAP de Madrid, 10/2005, de 7 de març, per la seva tremenda claredat:

“...mai la primera resposta de l'ordenament jurídic a l'incompliment és la qualificació de la conducta com a delicte de desobediència. En el cas de l'ordre jurisdiccional contenciós, la renuència de l'Administració a executar una resolució judicial pot anar seguida del requeriment a fer-ho acompanyat de l'advertiment d'incórrer en un delicte de desobediència. Cal tenir en compte que fer executar el que s'ha jutjat, també en l'ordre contenciós administratiu, és competència exclusiva dels tribunals (article 117.3 de la Constitució i article 103.1 de la Llei 29/98, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa) i les parts estan obligades a complir aquestes resolucions judicials (article 134 en relació amb l'article 103.2 de la Llei esmentada) i, si les incomplissin, el Tribunal podrà executar la resolució pels seus propis mitjans o requerir la col·laboració de les autoritats i agents de les diferents administracions públiques, i adoptar les mesures necessàries perquè la decisió adquireixi l'eficàcia que, si escau, seria inherent a l'acte omès (articles 134 i 108 de la LJCA). Només quan això no sigui suficient es deduirà el tant de culpa per delicte de desobediència, doncs només llavors es passa de l'incompliment a la negativa oberta a complir, què és el que exigeix el tipus penal de l'article 410 del Codi penal, i és que la desobediència requereix un conflicte entre dues voluntats amb predomini inicial d'aquella contrària a allò que legítimament ha ordenat qui té l'atribució de decidir; conflicte que exigeix que la negativa a complir, si més no, es plasmí en actes concloents i una mínima recepció o notícia d'aquesta negativa per part de qui emet el mandat legítim, que pugui requerir-ne el compliment i verificar l'oberta rebel·lia a aquest mandat, i és impensable que existeixi quan ni tan sols consta que el Tribunal tingui coneixement de l'incompliment del que s'ha acordat a la interlocutòria...”

En definitiva, els fets denunciats no se subsumeixen en el delicte de desobediència, tal com ha estat ratificat per la doctrina jurisprudencial. Considerar ara el contrari, a través d'una mutació dels elements que l'han configurat, suposaria una grollera lesió al principi de seguretat jurídica de l'article 9.3 de la CE, al qual la jurisprudència ha de servir en el nostre Estat de dret.

QUART. Les conductes imputades al M. Hble. Sr. Artur Mas i Gavarró, manquen de rellevància penal després de la reforma operada per la LO 2/2005.

Com s'ha anat desgranant al llarg d'aquest escrit, la pretensió del Fiscal està mancada de fonaments juridicopenals sòlids que emparin el seu escrit de querella. El Ministeri Públic no és una part privilegiada del sistema jurisdiccional i, per tant, comparteix amb la resta d'operadors la inexistència d'un dret incondicionat a l'admissibilitat de la seva pretensió.

És funció d'aquesta Il·lma. Sala evitar aquesta querella infundada i prevenir així les conseqüències costoses que afavoreix, que no són altres que la criminalització d'un procés de participació política i democràtica que el mateix legislador espanyol va voler despenalitzar mitjançant la LO 2/2005, de 22 de juny. Aquesta reforma del CP va derogar el delictes de convocatòria de processos electorals o consultes populars per la via del referèndum, quan l'autoritat convocant manqués de competències per fer-ho, ja que aquest comportament no presentava una entitat suficient per merèixer el retret penal. La *voluntas legislatoris* és clara, i com es posa en relleu en l'exposició de motius de la LO 2/2005, aquesta va voler relegar la canalització d'aquest tipus de situacions a altres instruments jurídics i polítics més adequats que el dret penal.

En conclusió, la posada en marxa d'una pretensió punitiva, com assenyala la jurisprudència unànime, **exigeix un extremat judici de ponderació** (STC de 13 d'octubre de 1992) **per evitar querelles infundades, amb les seves costoses conseqüències** (STC de 8 de febrer de 1993). En conseqüència, d'acord amb tot el que s'ha dit, la querella presentada per la Fiscalia està mancada del més mínim acomodament argumental, en fets i en dret, ja que no evidencia el més mínim judici de subsumció del *factum* en cap delictes, la qual cosa ha de determinar la seva inadmissibilitat per part d'aquesta Il·lma. Sala.

Per tot això,

A LA IL·LMA. SALA DEMANO: Que admeti aquest escrit i, d'acord amb el que s'hi expressa, tingui per interposat un recurs de súplica contra la interlocutòria esmentada i que, un cop estimat aquest recurs, n'acordi la revocació i en el seu lloc es dicti una interlocutòria per la qual s'acordi inadmetre a tràmit la querella del Ministeri Fiscal.

És justícia que respectuosament demano a Barcelona, el 15 de gener de 2015

Xavier MELERO
ICAB 17794