

A LA EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. ~~EDUARDO GONZÁLEZ GARCÍA~~, abogado de la parte de la parte demandante, de Madrid, actuando en nombre y representación de **D. JOAQUIM TORRA I PLA**, según se acredita mediante poder adjunto que se aporta como **Documento Número 1**, ante la Excma. Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que con fecha 13 de enero de 2020 me ha sido notificada Cédula de Emplazamiento, por la que se nos otorga un plazo de 15 días para comparecer ante esta Excma. Sala a fin de formalizar el Recurso de Casación anunciado e interpuesto contra la Sentencia nº 149 de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 19 de diciembre de 2019, en el Procedimiento Abreviado 1/2019, Diligencias Previas 2/2019, del Tribunal Superior de Justicia de Justicia, Sala Penal de Barcelona.

Y dentro del plazo concedido al efecto, pasamos a formalizar por medio del presente escrito **RECURSO DE CASACIÓN** por los motivos que a continuación se exponen.

A tal efecto, se exponen los antecedentes indispensables para el recto enjuiciamiento del

caso, concretándose, asimismo, los presupuestos de admisibilidad del recurso, y las razones legales que lo amparan.

- I -

ANTECEDENTES

Por razones de economía expositiva, nos abstendemos de reproducir los diversos apartados de los Antecedentes de Hecho y de los Fundamentos de Derecho de la meritada Sentencia, a cuyo contenido íntegro nos remitimos en este momento, dándose por reproducidos, sin perjuicio de las transcripciones o referencias concretas que, en el curso de los razonamientos de los motivos que más adelante se exponen, se hagan de algunos pasajes de dicha Sentencia recurrida, transcribiendo únicamente el Fallo:

*"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 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 (1) AÑO Y SEIS (6) MESES.

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

- II -

FUNDAMENTOS PROCESALES

1.- Es procedente el Recurso por tratarse, conforme preceptúa el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de Sentencia dictada en juicio oral y única instancia.

2.- Igualmente, por haberse preparado en tiempo y forma por todos y cada uno de los motivos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal posibilita y que a continuación se recogen.

3.- También, porque se interpone este escrito por los Letrados y Procurador que suscriben, con presentación de las copias simples establecidas, habiéndose observado los demás requisitos establecidos en la Ley.

4.- Y, finalmente, porque se interpone en nombre del condenado D. Joaquim Torra i Pla.

- III -

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PENALES

**CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL SOMETIMIENTO DEL
PRESENTE PROCESO AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Huelga decir que el presente proceso se encuentra sometido, indiscutiblemente, al Derecho de la Unión Europea. Ello no obstante, en la medida en que, recientemente, esta Excma. Sala ha incurrido en algunos errores en relación con la aplicación del Derecho de la Unión (sirva como ejemplo, sin ir más lejos, el Auto de esta Excma. Sala de 5 de noviembre de 2019, en relación con la condición de diputados al Parlamento Europeo de los Excmos. Sres. Carles Puigdemont i Casamajó y Antoni Comín i Oliveres), consideramos conveniente, antes de adentrarnos en cada uno de los motivos de casación, justificar debidamente el inexcusable sometimiento de esta Excma. Sala, al resolver el presente recurso de casación, al Derecho de la Unión.

Estas consideraciones previas resultan también sin duda pertinentes en la medida que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, pese a estar presidida por quien es candidato a integrar esta Excma. Sala, no sólo no menciona en ningún momento las disposiciones de Derecho de la Unión Europea alegadas en instancia, sino que la única vez en que se refiere tangencialmente a ello, lo hace con desconocimiento manifiesto de las disposiciones aplicables de los Tratados, citando una jurisprudencia que, si cabía alguna duda al respecto, había quedado claramente superada, el día de la fecha de la sentencia de instancia, por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también de 19 de diciembre de 2019, en el asunto C-502/19.

Pues bien, en relación con el sometimiento del presente proceso al Derecho de la Unión, este resulta aplicable desde una triple perspectiva:

a) En primer lugar, no cabe duda alguna acerca de que esta Excma. Sala se encuentra plenamente vinculada por la Directiva (UE) 2016/343 de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Hallándonos, pues, en ese ámbito de

aplicación, resulta también inexcusable la aplicación de los preceptos relativos al proceso penal de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en tanto que la desvirtuación de la presunción de inocencia de mi mandante, como la de cualquier otro acusado en un proceso penal, sólo se podrá hacer con el debido respeto, en dicho proceso, a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta.

b) En segundo lugar, en la medida que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 ha impuesto una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público europeo, lo que supone una limitación evidente del derecho de sufragio pasivo reconocido en el artículo 39.2 de la Carta, es evidente que, desde este punto de vista, esta Excma. Sala se halla también constreñida, a la hora de resolver sobre una sentencia que impone una pena de estas características, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y muy singularmente por sus artículos 39 y 49, como se desprende, por lo demás, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, asunto *Delvigne*.

Además, en la medida que el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho de participación democrática en el ámbito de la Unión, teniendo en cuenta el relevante papel que, para la vida democrática de la Unión, otorgan los Tratados a los parlamentos nacionales, la privación absoluta del derecho de sufragio pasivo en relación con dichos parlamentos nacionales supone una restricción, también, el derecho reconocido en el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea, lo que nos sitúa, igualmente, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

c) Y en tercer lugar, por encontrarse obligada esta Excma. Sala a aplicar el Derecho de la Unión, esta se encuentra plenamente sometida, también (como antes el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que las ignoró completamente) a las obligaciones que los artículos 19 del Tratado de la Unión Europea y 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea imponen, en general, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, así como, en especial, respecto de la independencia e imparcialidad judiciales. Sobre ello volveremos en los correspondientes motivos de casación.

En lo que respecta a su articulación como motivos de casación, cabe recordar, además, que el principio

de equivalencia del Derecho de la Unión impone, cabe recordar que, como ha establecido la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este «exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno».¹

Ello implica que en el presente recurso no se pueda establecer distinción alguna, ni a los efectos del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni a los efectos de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre las infracciones de Derecho interno y las infracciones basadas en la violación, por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019, del Derecho de la Unión.

Por último, a este respecto, cabe recordar la permanente obligación de esta Excma. Sala, como última instancia a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de someter a la consideración del Tribunal de Justicia

¹ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2010, asunto C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, apartado 33.

de la Unión Europea cualquier duda que se pueda suscitar, en un determinado proceso penal en que resulte de aplicación el Derecho de la Unión.

Como ha señalado esta Excma. Sala en su reciente Auto de 9 de enero de 2020, cuando se carezca de referencia interpretativa que no sea incidental, como es el caso en las múltiples alegaciones que hacemos basadas en normas de Derecho de la Unión, será necesario plantear la correspondiente cuestión prejudicial:

*"Con estos presupuestos resuelve el Tribunal otra de las cuestiones, cuya respuesta interesábamos, a saber, el alcance del art. 9, párrafo segundo, del Protocolo de Inmunidades. **Norma que carecía de referencia interpretativa que no fuera incidental, lo que determinaba la necesidad de formular la cuestión**".*

MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN

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 DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL ARTÍCULO 47 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

Desde el inicio del presente procedimiento se ha cuestionado la imparcialidad de la Junta Electoral Central, órgano denunciante ante la Fiscalía General del Estado. Se han aportado argumentos sólidos que obligaban a valorar este importante hecho: al menos dos de sus miembros, el Sr. Carlos Vidal Prado y el Sr. Andrés Betancor Rodríguez, debieron haberse abstenido de participar en el expediente administrativo del que emana la querella presentada por el Ministerio Fiscal contra el President de la Generalitat de Catalunya.

Asimismo, en este motivo primero de casación se desarrollarán las razones para entender que el Magistrado que instruyó el presente procedimiento, Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio, estaba contaminado,

demostró no ser imparcial en el momento en que dictó el auto de acomodación a los trámites del Procedimiento Abreviado. Incluyó aseveraciones muy concluyentes acerca de la responsabilidad penal de mi mandante, vulnerando, además, la presunción de inocencia.

Además, su nombramiento obedece a una propuesta del partido rival al que representa el M. H. Sr. Quim Torra i Pla. Entendemos que estas circunstancias y el hecho de participar en su propia recusación, como juez y parte, al amparo de la inadmisión a *limine*, demostró su afán por que el procedimiento avanzara hasta abrir el juicio oral de mi mandante, en tiempo récord y sin visos de imparcialidad.

Por lo que respecta a los tres miembros del tribunal de enjuiciamiento que han dictado sentencia condenatoria contra mi representado, hay que destacar que dos de ellos, el Excmo. Sr. D. Jesús M. Barrientos Pacho, y la Ilma. Sra. D^a Mercedes Armas Galve, habían participado previamente en las actuaciones, dictando auto de admisión a trámite de la querella que dio origen al presente procedimiento (Folios 49 a 56).

Asimismo, el Presidente de la Sala, quien además preside el Tribunal Superior de Justicia de

Catalunya, se pronunció públicamente acerca del hecho nuclear del debate: apoyó el Acuerdo de la Junta Electoral Central de fecha 11 de marzo de 2019, en cuya virtud se requirió al President de la Generalitat para que retirara símbolos que consideraba eran partidistas en un proceso electoral de elecciones generales, proceso electoral en el que no participaba ni la Generalitat ni el M. H. Sr. Quim Torra i Pla.

Dado que se consideró que el no acatamiento de dicha orden era constitutiva de delito de desobediencia, lo que iba a ser objeto de debate, dejó de serlo, dada la implicación personal del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia, quien apoyó no sólo la legitimidad y la legalidad de la orden emitida, sino el contenido mismo así como que sus órdenes "*son vinculantes*" para todos los "*gobernantes*". Estas opiniones expresadas al día siguiente de emitir la orden que se sostiene fue incumplida, sin duda, venían a determinar el sentido de la sentencia, aun antes de incoarse el procedimiento penal y, mucho antes, de celebrarse el juicio oral. Esta parte considera un gravísimo precedente de falta de imparcialidad y un indudable síntoma de que el juicio oral no constituía un verdadero debate, pues el fallo ya estaba predeterminado.

Así mismo, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Elías Gadea Francés se había 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. Esta parte cuestionó al comienzo del juicio oral su imparcialidad, por inadmisible que resultaba su participación como miembro del Tribunal en el juicio oral contra quien, precisamente, ostentaba -y ostenta- la más alta representación de la Generalitat, esa institución culpable del supuesto hostigamiento contra los jueces en Cataluña.

DESARROLLO DEL MOTIVO

El presente motivo se abordará desde un enfoque que no se puede desvincular de las connotaciones estrictamente políticas de este asunto: es decir, tratándose de que mi mandante es el máximo representante institucional de Catalunya, elegido por el Parlament, que a su vez es el órgano donde reside la soberanía popular, estamos ante decisiones que, revestidas de resoluciones administrativas y judiciales, no han pretendido sino apartar ilegal e ilegítimamente al M. H. Sr. Quim Torra i Pla de los cargos que democráticamente ostenta. Ello que ha quedado perfectamente claro no sólo con la

sentencia recurrida, sino también con posterioridad a la misma, en que ha tenido lugar una inédita ejecución provisional en relación con una condena penal por el delito de desobediencia, prematura y contraria a Derecho, promovida por los denunciantes, la Junta Electoral Central, y amparada por el propio Tribunal Supremo a través de su Sala Tercera.

Hablamos, por tanto, de una clara intencionalidad política que, a su vez, tiene serios visos de constituir una palmaria persecución política. Tanto los denunciantes, que actuaban a instancias de sus adversarios políticos, como el Tribunal llamado a instruir y enjuiciar a mi mandante, no han guardado la más mínima apariencia de imparcialidad, lo que se desprende de los datos objetivos que se han puesto de manifiesto a lo largo del procedimiento judicial y que denunciamos en el presente motivo.

1) Los denunciantes

En primer lugar, habremos de referirnos a los dos partidos políticos que iniciaron el procedimiento administrativo que, a su vez, dio lugar a que la Junta Electoral Central -a partir de ahora JEC- se pronunciara en los términos que dio origen al presente procedimiento judicial, que acabó en

denuncia por presunto delito de desobediencia contra el President de la Generalitat de Catalunya.

Tanto el Partido Popular como el partido Ciudadanos instaron a la JEC a que obligara al M. H. Sr. Quim Torra i Pla para que retirara simbología que ellos consideraron “*partidista*” tanto de la fachada del Palau de la Generalitat como de todos los edificios públicos de toda Catalunya. Dicha simbología considerada ideológica, partidista e inadecuada en periodo electoral por un representante político era la bandera estelada y pancartas que reclamaban “*libertad presos políticos*”, con clara referencia a los entonces acusados en prisión preventiva - hoy condenados - por su participación en el denominado “*Procés*” en el seno de la Causa Especial número 20907/2017 que se enjuició en esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La JEC, órgano con exclusiva competencia en materia electoral, acordó requerir al M. H. Sr Torra i Pla - a pesar de que ni el M. H. Sr. Torra i Pla ni la Generalitat tenían participación alguna en la cita electoral (cabe recordar que se trataba de elecciones a Cortes Generales) - para que retirara dicha simbología considerada “*partidista*”, siendo que dedujo testimonio ante la Fiscalía General del Estado por si aquél pudiera haber incurrido en un

delito de desobediencia, por considerar que no había obedecido sus requerimientos.

Es público y notorio que tanto el Partido Popular como el partido Ciudadanos son formaciones políticas que se han mostrado especialmente hostiles con el President de la Generalitat actual así como con el anterior -hoy exiliado político-. Así mismo, no han ahorrado calificativos malévolos contra mi mandante, llegando a ser, en algunas ocasiones, tremadamente belicosos, ofensivos, infundados y malintencionados.

Dichos partidos, en virtud de la representación que en su día obtuvieron en el Congreso de los Diputados, designaron a varios miembros de la JEC, de los cuales dos se habían mostrado públicamente hostiles y beligerantes contra el Procés y contra quienes lo representaban tanto en el exilio como en las instituciones catalanas, como es el caso del M. H. Sr. Quim Torra i Pla.

Así lo pusimos de manifiesto a lo largo del presente procedimiento, desde nuestro escrito de fecha 20 de mayo de 2019 (Folios 526 a 531).

La respuesta del Magistrado Instructor fue la negativa a valorar estos importantes extremos que

afectaban al órgano denunciante y en el mismo sentido se pronunció la Sala de enjuiciamiento, bajo el pretexto de que no habían sido recusados en el expediente administrativo. Sin embargo, nunca se pretendió recusarlos en el procedimiento penal toda vez que, ni tan siquiera se nos permitió que alcanzaran la condición de testigos, sino que se valorase si estas circunstancias no constituían motivos suficientes para dudar de la imparcialidad de los denunciantes y del sesgo político de su denuncia ante la Fiscalía.

Debe tenerse presente que el Sr. Carlos Vidal Prado, que era entonces y continúa siendo en este momento vocal de la Junta Electoral Central, nombrado por el Congreso de los Diputados, a propuesta del Partido Popular (partido que, junto con Ciudadanos, actúa como denunciantes ante la Fiscalía en el caso que nos ocupa), así como el Sr. Andrés Betancor Rodríguez, que lo fue a propuesta del moribundo partido político Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (es decir, de los dos partidos políticos que han presentado denuncia ante Fiscalía, según consta en la documental aportada con la querella del Ministerio Fiscal), han publicado, el primero, mensajes reiterados en Twitter, y el segundo, artículos de opinión en medios de comunicación, que ponen de manifiesto su absoluta animadversión contra

el Sr. Carles Puigdemont, predecesor de mi representado y líder de la opción política que mi mandante representa y, si nos fijamos atentamente en esos mensajes y artículos veremos que no limitan sus críticas al M. H. Sr. Carles Puigdemont i Casamajó sino, también, las hacen extensivas al M. H. Sr. Quim Torra i Pla y al partido y opción política que ambos representan.

Los artículos del Sr. Betancor reflejan a las claras un radical posicionamiento político que le inhabilita para formar parte de un órgano de obligada imparcialidad y, mucho menos, para participar en decisiones que sólo han pretendido la criminalización de mi representado y la opción política que él y su partido representan. Parece ser que, en algunos momentos, se nos puede olvidar que la Junta Electoral Central tiene la *"fundamental misión de velar por la transparencia y objetividad del proceso electoral"*² y, por tanto, no es nada despreciable el predicar de sus miembros una mínima ponderación que permita asumir que son, al menos en apariencia, imparciales.

El día 26 de junio de 2018, el mismo Sr. Carlos Vidal Prado se mostraba absolutamente contrariado

² Así lo afirman en su propia página web:
<http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/admelectoral/jecentral/competencias> - última revisión el 3.2.2020

con los jueces del Tribunal Superior de Schleswig-Holstein que habían autorizado la puesta en libertad del Sr. Carles Puigdemont, a los que acusaba nada menos que de «*dynamitar*», por ello, el espacio de libertad, seguridad y justicia:



Carlos Vidal Prado
@carlosvidalp

Estos jueces alemanes siguen dando ejemplo de lo que creen en Europa, dinamitando el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Alemania incumple el plazo máximo de la euroorden: retrasa de nuevo su fallo sobre Puigdemont - El Independiente elindependiente.com/politica/2018/... vía @indpcom



Es decir, este “demócrata” instalado en el seno de la JEC no sólo vierte opiniones políticas contrarias a la postura que mantiene mi representado sino que, además, se permite criticar públicamente resoluciones judiciales con las que discrepa cuando su papel, como miembro de la JEC, ha de ser de absoluta neutralidad o, al menos, debería parecerlo.

Nadie duda del derecho que le asiste al Sr. Vidal en materia de libertad de expresión, sobra decirlo,

pero sí ha de tenerse presente que quien ocupa una posición dentro de un órgano que tiene por función la “fundamental misión de velar por la transparencia y objetividad del proceso electoral” ha de ser, necesariamente prudente y discreto respecto de sus opiniones políticas si lo que se pretende es, al menos, mantener las formas y la apariencia de imparcialidad.

También el Sr. Carlos Vidal Prado, el día 30 de octubre de 2018, ante el ejercicio por el Sr. Carles Puigdemont de sus derechos a las libertades de expresión y reunión participando en la presentación de un libro, manifestaba en la red social Twitter:

 CARLOS VIDAL PRADO
@carlosvidalp

Mañana, Puigdemont presenta este libro en la Delegación de la Generalitat en Bruselas. ¿no hará nada el Gobierno de España? ¿Y @JosepBorrellF ?

Aquest dimecres 31 d'octubre, a les 18 h, a Brussel·les, a la Delegació del Govern davant la UE (rue de la Loi, 227)

Presentació-tertúlia
Més Operació Urnes
Amb el president Carles Puigdemont, la delegada Meritxell Serret i els autors

MÉS OPERACIÓ URNES
LA NOVA EXÈRCITA
Pels drets i l'esperança

ET TORNARÀS A EMOCIONAR!

Es paga confirmació: mesoperaciurnes@gmail.com

21:57 · 30/10/18 · Twitter for Android

Este último mensaje de Twitter refleja la postura del Sr. Vidal Prado respecto a la opción política que mi mandante representa y, claro está, ante lo que él considera pasividad por parte del Ejecutivo Central se puso manos a la obra y, usando y abusando de su posición en la JEC participó, si es que no instigó, un acuerdo que ha servido de base a la Fiscalía para criminalizar a mi mandante y de la que este procedimiento trae causa.

Estos comentarios, de algunos de los cuales se hizo eco la prensa, y que son solo unos pocos ejemplos de sus manifestaciones en relación con el Sr. Carles Puigdemont y la opción política que representa mi representado, demuestran la evidente parcialidad del vocal de la Junta Electoral Central Sr. Carlos Vidal Prado, que no solo pone de manifiesto que carecía de la imparcialidad objetiva para decidir sobre la reclamación interpuesta por el Partido Popular en contra de mi mandante, sino que pone de manifiesto, ante la total ausencia de argumentos jurídicos de la decisión y que esa animadversión fue el único motivo que lo llevó a adoptar tal acuerdo del que este procedimiento trae causa.

Lo mismo cabe decir del Sr. Andrés Betancor Rodríguez, en los términos que se señalarán a continuación.

El Sr. Andrés Betancor Rodríguez, también vocal de la Junta Electoral Central desde el año 2017, a propuesta del partido Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía, ha publicado diversos artículos en medios de comunicación en los que demuestra su total falta de imparcialidad para participar en cualquier decisión de la JEC que haga relación con asuntos relacionados con Catalunya, con la opción política que representa mi mandante y, especial y específicamente, con respecto al MHP Torra.

El más destacado y sorprendente es el publicado en el diario Expansión el día 30 de enero de 2018 y reproducido en su blog personal en fecha 14 de abril de 2018³ cuyo título es más que elocuente: *“Puigdemont, inelegible”*.

Sirva como ejemplo de la falta de imparcialidad, y si se nos permite de decoro, que el Sr. Betancor, junto con otros miembros de la JEC, un año después de estas manifestaciones votó a favor de acordar la *“inelegibilidad”* del MHP Puigdemont en la contienda electoral europea del 26 de mayo de 2019⁴, acuerdo que fue, luego, revocado por los Juzgados de lo

³<https://andresbetancor.blogspot.com/2018/04/puigdemont-inelegible.html>
- última revisión el 3.2.2020

⁴<http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?anyosesion=2019&idacuerdoinstruccion=67617&idsesion=935&template=Doctrina/JEC Detalle> - última revisión el 2.2.2020

Contencioso-Administrativo de Madrid. Dicho de otra forma, no es que solo expresen sus ideas políticas, que todos las tenemos, sino que, peor aún, utilizan su posición institucional para hacer política dictando resoluciones abiertamente parcializadas y llenas de intencionalidad política y, a través de esas resoluciones, alteran la realidad política y, como en el caso que nos ocupa, generan hasta procesos penales ad hoc en función de esos mismos intereses políticos.

Es verdaderamente inaudito, también peligroso en términos democráticos, que, aprovechándose de su infinito poder (por lo ya visto tanto en periodo electoral como fuera de él), los antes mencionados miembros de la JEC, animados por su deseo de aniquilar a sus enemigos políticos, como se aprecia en el presente caso, dictaran una resolución abiertamente arbitraria y extravagante a fin de criminalizar el comportamiento de mi mandante, cosa que consiguieron gracias a la inestimable ayuda del Ministerio Fiscal (de cuya dependencia del poder ejecutivo se han jactado miembros de diversos gobiernos) que, sin base legal alguna, se prestó a presentar la querella de la que este procedimiento trae causa.

Esta parte sostuvo al inicio del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, que este asunto era crucial para valorar no sólo la falta de imparcialidad del Magistrado Instructor, que validó sin ningún reparo ni filtro procesal todo lo actuado, sino para invalidar todo el procedimiento (ver Minuto 00:33:25 en adelante).

La Sala de enjuiciamiento resolvió en sentencia en el mismo sentido que ya hiciera el magistrado instructor: como en su día, el MHP Torra no promovió un incidente de recusación ante la JEC ni en el procedimiento administrativo que se siguió en torno a lo resuelto el día 21 de marzo de 2019, eso quiere decir que hubo un *“tácito reconocimiento de la imparcialidad”* de los dos miembros de la JEC.

Añade el Tribunal a quo un nuevo argumento:

“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 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 del 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 en puesta en conocimiento al Magistrado Instructor de estas circunstancias le obligara a 'dar pábulo' 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 22 y siguientes de la LOPJ)."

Es decir, toda la argumentación para no valorar las gravísimas sospechas de falta de imparcialidad sobre estos dos miembros de la JEC giran en torno a la supuesta obligación de mi mandante consistente en deber de recusar en el procedimiento administrativo. Como no los recusó, pues entonces se aquietó a esta extravagante e injusta situación, a juicio de la Sala a quo.

Ciertamente, mi defendido no recusó a los miembros de la JEC, sino que presentó querella contra ellos, lo que es dudosamente interpretable como "tácito reconocimiento de la imparcialidad", tal cual consta en el presente procedimiento. Y, si se nos permite, **la interposición de querella ha de interpretarse como una suerte de recusación de mayor entidad**

jurídica que la mera recusación pero, ni tan siquiera, se hace mención ni razonamiento alguno a este hecho que, además, fue expuesto, probado y razonado por esta parte.

Así, es público y notorio que los tuits y textos publicados por ambos miembros de la JEC fueron conocidos por esta parte una vez fueron difundidos por los medios de comunicación como noticia, precisamente, que llamaba la atención sobre la relación de ambos con la JEC. Es decir, cuando dichos tuits y textos publicados se enviaron por parte de sus autores, no teníamos razón para conocer todas y cada una de las opiniones de los distintos miembros de la JEC y, el mensaje que traslada la resolución recurrida es grave: a partir de ahora hay que investigar, inmediatamente, la vida y milagros de los miembros de cada órgano administrativo que vaya a decidir algún tema que a uno le pueda afectar. Fue a raíz de noticias que circularon por las redes sociales y otros medios de comunicación, relacionando a ambas personas con la JEC cuando esta parte tuvo conocimiento, tal cual hemos venido insistiendo.

Así mismo, llama poderosamente la atención el hecho de pretextar no entrar a valorar estas gravísimas circunstancias de ambos miembros de la JEC invocando

las normas de competencia de conocimiento de la recusación a jueces y magistrados, ex artículo 224 LOPJ. Esta parte nunca ha pretendido tal cosa, creemos que esta endeble razón esgrimida por el Tribunal excede del marco del debate y no se hará perder el tiempo a esa Excma. Sala con tal vacuidad, sin perjuicio que dicho razonamiento bien puede esgrimirse como una más de las múltiples evidencias sobre la falta de imparcialidad del Tribunal a quo.

Sin embargo, sí merece la pena detenerse en un extremo que consideramos relevante. Al parecer se reprocha a esta parte que no haya instado la recusación de un órgano administrativo y por no haberlo hecho, el castigo no es otro que permitir que prosiguiera un procedimiento penal contra el President de la Generalitat, hasta su condena, mediante una intolerable abstracción de las circunstancias que rodeaban a los denunciantes, gravemente contaminados de parcialidad.

Llama prodigiosamente la atención que se abunde en la posibilidad de recusar (siempre subsidiaria de la obligación de abstención), y no en la propia obligación de abstención.⁵ Por eso, en el bien

⁵ Como ha recordado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente sentencia de 11 de julio de 2019, asunto Škrlj c. Croacia, apartado 45, para no vulnerar el derecho al juez imparcial, deben abstenerse de oficio cuando concurran los supuestos legalmente previstos o, en definitiva, carezcan de la necesaria imparcialidad. Lo mismo cabe decir de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia

entendido de que esta parte ni aspiró ni aspira a que dichos miembros de la JEC fueran recusados por los magistrados que enjuiciaron al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, siempre pusimos de manifiesto este anómalo y gravísimo hecho consistente en que por un órgano manifiestamente parcial se denunciara un presunto delito de desobediencia. No se les ocurrió abstenerse sino todo lo contrario, se aprovecharon de su cargo para lesionar los intereses de mi mandante y de sus votantes y, de paso, para cooperar necesariamente en el apartamiento de un cargo político que es la máxima autoridad en la Generalitat de Catalunya y que representa a todos los catalanes con el quebranto que ello tiene en el plano de las garantías democráticas.

Básicamente, *"estos razonamientos no satisfacen tampoco el deber de ponderación con la intensidad constitucionalmente exigible cuando concurren los intereses constitucionales vinculados al derecho de representación política"* dicho en palabras de los Excmos. Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avocado núm. 2226-2018.

de la Unión Europea de 1 de julio de 2008 en el asunto *Chronopost*, a la que después haremos referencia.

Pero es que además los citados vocales de la JEC han sido recusados sin éxito en multitud de ocasiones por el grupo político de mi mandante o alguno de sus miembros. Dichas recusaciones han sido sistemáticamente rechazadas sin ningún argumento que permita recuperar mínimamente la confianza en la imparcialidad de este órgano administrativo-electoral cuya capacidad expansiva o colonialista, en términos de competencias, habrá de ser revisada, algún día, en sede constitucional o, incluso, penal.

Todo ello no viene sino a reforzar las dudas que en otros motivos desarrollaremos sobre la legalidad y legitimidad de las órdenes que se dictaron, a efectos de la valoración jurídico-penal que merece el hecho de que las mismas no fueran atendidas inmediatamente.

En cualquier caso lo que confunde, o al menos pretende confundir, el Tribunal a quo es la falta de imparcialidad de los miembros de la JEC al momento de dictar una determinada resolución, y su no recusación, con algo que es parecido pero no idéntico: la valoración de sus móviles cuando adquirieron la condición de denunciantes. Sí, el a quo se confunde porque la recusación que se nos reclama, en el proceso administrativo, nada tiene que ver con la valoración de ellos, como grupo

denunciante, a efectos de determinar, por ejemplo, la *"ausencia de incredibilidad subjetiva"*.

Hay dos momentos claros, y que el a quo confunde: uno, aquél en el cual los miembros de la JEC adoptan un acuerdo sancionador y, otro, en el que se transforman en denunciantes. Pues bien, a efectos procesal-penales lo que se haya hecho o dejado de hacer en sede administrativa nada tiene que ver con la valoración que ha de hacerse de esos miembros de la JEC como sujetos denunciantes ante la Fiscalía y de cuya denuncia trae causa el presente procedimiento. En cualquier caso **no fueron recusados pero sí querellados que es, como venimos diciendo, una suerte de "recusación" mucho más intensa.**

Mención aparte merece la representación del Ministerio Fiscal, que actúa tanto en el momento de la querella como en el acto del juicio oral en la persona de D. Francisco Bañeres. Concurre en el Fiscal Superior de Catalunya, como se verá, el dudoso honor de haber protagonizado junto al presidente de la Sala enjuiciadora -como en Fuenteovejuna- un escándalo público relacionado con el fondo del asunto. En concreto, se levantó ostensiblemente de un acto institucional al escuchar la expresión *"presos políticos"* en boca del presidente del Parlament de Catalunya. Y no es para

nada irrelevante que fuera esa la expresión que contenían las pancartas cuya retirada se pidió insistentemente por los denunciantes y que motivó la querella inicial del Ministerio Fiscal.

2) El magistrado instructor Ilmo. Sr. Don Carlos Ramos Rubio

El magistrado instructor de las actuaciones había intervenido en el dictado del auto de admisión a trámite de la querella presentada por el Fiscal, desoyó las alegaciones que cuestionaban la imparcialidad de la JEC y fue recusado en dos ocasiones. Las dos veces en que fue recusado él mismo resolvió inadmitir a trámite su propia recusación y no ahorró agrios calificativos contra esta defensa así como impidió que, conforme a la ley, ambas recusaciones fueran resueltas por otros magistrados. Sí, en cambio, entró en cuestiones de fondo que no le correspondía a él resolver, por cuanto no se limitó a argumentar el motivo por el que decidió inadmitir a *limine*, lo que supuso una verdadera actuación arbitraria y con absoluto olvido de las normas procedimentales.

En primer lugar, respecto a la negativa a entrar a valorar las gravísimas circunstancias en las que la JEC intervino en contra de mi mandante, por las

manifestaciones públicas realizadas por dos de sus miembros en su contra, entendemos que se trató de un mero pretexto para continuar el presente procedimiento hasta su desenlace que no fue otro que el conseguir sentar en el banquillo de los acusados a mi mandante.

En escrito presentado por esta parte el día 20 de mayo de 2019 (Folios 526 a 531), ya se puso de manifiesto ante el magistrado que dos de los miembros de la JEC estaban contaminados y no debían haber participado en las decisiones gravemente lesivas que este órgano administrativo adoptó en contra de mi mandante. Así mismo, aportamos documentos que probaban y sustentaban dichas alegaciones.

Mediante resolución de 27 de junio de 2019, sin dar en absoluto respuesta a esta legítima pretensión de que, al menos, se tuvieran en cuenta estos relevantes hechos que afectaban a la imparcialidad del órgano administrativo que denunció ante Fiscalía a mi mandante, el magistrado instructor D. Carlos Ramos Rubio esgrimió como pretexto que en el procedimiento administrativo no habían sido recusados estos vocales tan profundamente contaminados antes de adoptar las resoluciones que

dieron lugar a la incoación del presente procedimiento penal.

Sin embargo, esta parte nunca tuvo intención de recusar a dichos vocales en el presente procedimiento, sino que estas circunstancias, que indudablemente demostraban el sesgo, la contaminación y la intencionalidad política de la JEC - como denunciantes, fueran tenidas en cuenta y valoradas antes de avanzar en esta burda persecución política en contra de mi mandante.

Por más que esta defensa siempre adujo, con prueba documental, que estos hechos que afectaban a la imparcialidad de ambos vocales de la JEC habían sido conocidos por esta parte gracias a su publicación en los medios de comunicación, no se nos creyó. No hay mala fe ni negligencia en esta defensa sino por parte de quien ocultó estos datos antes de decidir denunciar a mi mandante y, por ende, no se abstuvo.

En segundo lugar, tras el dictado del auto de acomodación de las diligencias previas por el procedimiento abreviado de fecha 27 de junio de 2019, esta parte hubo de recusar al Magistrado-Instructor, habida cuenta del exceso en muchas de sus afirmaciones, que más parecía estar

transformando un auto de inculpación formal en una sentencia condenatoria:

- *"La solicitud de suspensión mencionada constituía una argucia para no cumplir lo dispuesto en los Acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019", -Antecedente de Hecho OCTAVO, N°15-*
- *"Por si cupiera alguna duda sobre la voluntad obstativa del querellado", -Antecedente de Hecho OCTAVO, N°17-*
- *"De nuevo, por si cupiera todavía alguna duda sobre la voluntad decididamente obstativa del querellado" -Antecedente de Hecho OCTAVO, N°20*
- *"Se trata de un argumento de conveniencia que no merece ningún crédito, ni siquiera como causa de un eventual error de tipo o de prohibición, si bien esta es una cuestión que no corresponde dilucidar en esta fase" -Fundamento de Derecho TERCERO, 2)*
- *"Lo que el querellado pretendió al sustituir dichos símbolos por otros (...) no fue sino persistir en la desobediencia, sin que pueda admitirse, tampoco, que la oscuridad de tales Acuerdos pueda provenir del hecho de..." -Fundamento de Derecho TERCERO, 2)*

Estas manifestaciones, en ningún momento, vienen acompañadas de razonamiento alguno que permitan entender que sean realizadas con respeto al derecho a la presunción de inocencia que ampara, aún, a mi defendido tal cual prevé la Directiva (UE) 2016/343;

ni tan siquiera vienen expresadas en términos condicionales como correspondería a la fase de instrucción en que fueron proferidas para, de esa forma, salvaguardar la presunción de inocencia de mi representado y la apariencia de imparcialidad del Juez instructor.

Se trata de frases, razonamientos y manifestaciones rotundas y de evidente culpabilidad que reflejan, en toda su intensidad, la posición ya asumida por parte del instructor y que, por la fase procesal en la que nos encontramos, atentan, indudablemente, contra el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Todo ello erosionando paulatinamente la garantía fundamental de un juicio con todas las garantías.

Así, ya dijimos en las recusaciones instadas⁶ que:

"En la fase procesal en la que nos encontramos, y por el carácter de la resolución dictada las frases antes citadas, que no son las únicas, expresan la posición del instructor pero, además, contravienen lo recogido, y así preceptuado, en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el

⁶ Incidente de recusación de fecha 6 de julio de 2019.

juicio en tanto en cuanto se están vertiendo afirmaciones en las que se presenta a mi representado como culpable de unos hechos aún pendientes de enjuiciamiento y por los cuales ni siquiera ha sido acusado aún por lo que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia."

Igualmente, realizó una calificación alternativa, a fin de tratar el difícil escollo planteado por la calificación inicial del Ministerio fiscal en la querella presentada. Nunca antes se había planteado por las acusaciones una calificación alternativa, en relación con el delito de denegación de auxilio y sí lo abordó el magistrado instructor en el auto de acomodación por el procedimiento. Se trató de una ocurrencia para ofrecer posibilidades a las acusaciones, a fin de que el procedimiento no languideciera con la acusación por un delito de desobediencia, que se atisbaba complejo en su aplicación, salvo si se vulneraba el principio de legalidad.

El hecho de ayudar a la acusación se hizo evidente, pues la acusación del partido político Vox cogió el guante, calificando de forma alternativa como delito de denegación de auxilio.

Cabe añadir lo que ya advertimos más arriba: la respuesta a la primera recusación instada, además,

estuvo plagada de reproches absolutamente injustificados hacia esta parte. No sólo porque resolvió en su favor inadmitir a *limine* la recusación -por más que cuando hubo de instruir la recusación de sus compañeros, esa sí decidió tramitarla-; no, no solo por esa decisión, sino porque, de paso, desahogó graves e infundadas descalificaciones contra esta parte. Era evidente su disgusto por haber sido recusado, sin embargo, el exceso en el reproche hacia esta defensa es indicador de la evidente falta de imparcialidad de este magistrado y del grave desconocimiento de su propia función.

Así expresó, mediante Auto de fecha 11 de julio de 2019, que:

*"De todas formas, como adelantamos, la inadmisión de la recusación procede además porque constituye un manifiesto abuso de derecho y un fraude procesal dirigido descaradamente a remover al juez instructor natural y a dilatar el procedimiento, como resulta del hecho de que **está fundada en motivos irreales, inventados o arbitrarios y en una causa legal ajena a los mismos**".* (La negrita es nuestra; el enfado y la salida de tono lo son del Instructor.)

Cabe decir que el disgusto hacia esta parte se hace evidente, por cuanto que nos reprocha *inventar* o

esgrimir arbitrariamente motivos fundados precisamente en manifestaciones incluidas en el auto de transformación en Procedimiento Abreviado, redactado por el propio recusado o en la propia declaración de nuestro defendido. Hechos no inventados sino plasmados documentalmente, que a juicio del instructor recusado basábamos en una *causa legal ajena*.

Sin embargo, pese a incluirse todos estos extremos en las recusaciones instadas contra el magistrado instructor, las mismas fueron arbitrariamente desestimadas por quien no era competente para hacerlo.

Encontramos gravísimo que ante una actuación tan sesgada y contaminada, se hubiera decidido proseguir el presente procedimiento, cuya investigación estaba siendo instruida por este polémico magistrado.

En tercer lugar, resulta relevante el carácter político de la designación del magistrado, quien había sido nombrado a propuesta de un partido político rival de aquel al que pertenece mi defendido, lo cual se corresponde con un problema sistémico de imposible resolución en la sede en la que nos encontramos sin perjuicio de las

consecuencias que tal vulneración debe tener respecto de la sentencia cuya casación aquí estamos instando.

Igualmente, como ya dijimos con motivo de la recusación instada⁷ que:

"El Ilmo. Magistrado D. Carlos Ramos Rubio ocupa su plaza en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña gracias a la propuesta formulada por el Partido Socialista de Catalunya (PSC), quien, contribuyó a la terna propuesta por otras dos formaciones (ERC e ICV), siendo que quien lo propuso fue, precisamente, el PSC. Así, el Parlament de Catalunya eligió una terna de juristas para proveer la plaza de magistrado de la Sala Civil y de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya mediante Resolución 97/VII, el 30 de junio de 2004, según documento adjunto nº 6. Más tarde, el Magistrado recusado fue finalmente el designado por el Parlament.

Esta propuesta, como decimos, provino del PSC. Este partido se ha destacado enormemente por su interés en que el MHP Sr. Torra i Pla dimita o convoque elecciones. Es decir, se trata de un posicionamiento político de indudable significado e intensidad, puesto que no se refiere al Govern, como haría cualquier grupo de la oposición, sino a la mismísima

⁷ Incidente de recusación de fecha 17 de septiembre de 2019.

persona que asume la presidencia de la Generalitat y que es el acusado en el presente procedimiento.

Tanto es el interés que tiene el PSC -partido estrechamente vinculado con el Magistrado recusado- por apartar a nuestro defendido, que se celebró un Pleno el día 4 de abril de 2019, a iniciativa de esta formación política para reprobar al Govern, reclamando "al President de la Generalitat que de manera inmediata se someta a una cuestión de confianza o convoque elecciones", documento adjunto nº 7.

Evidentemente, este tipo de iniciativas no había prosperado antes porque lo instaron grupos que habían constituido tradicionalmente la oposición (PP y C's), pero fue en abril de este año, a instancia del PSC, cuando se materializa la obsesión política de esta formación acerca de que mi defendido convoque elecciones o dimita, tal cual expuso la portavoz del PSC en dicho pleno.

Se trata, por tanto, de un objetivo político que persigue al PSC, formación que propuso el nombramiento del magistrado recusado.

La forma en que se ha llevado a cabo la instrucción de la presente causa -dictando con inusitada celeridad un auto de Procedimiento Abreviado que prejuzga claramente al imputado- y sin respetar los trámites establecidos legalmente para resolver su propia recusación -lo resuelve él mismo, "juez y parte"- nos hacen dudar de su necesaria imparcialidad para resolver el presente incidente.

Nos hace desconfiar de una suerte de predeterminación del fallo, en el que el objetivo político no logrado por la formación que propuso su nombramiento- muy estrechamente vinculado, por tanto- podría lograrse judicialmente, pues la inhabilitación que conlleva la pena del delito de desobediencia tendría el efecto buscado políticamente y, cuanto más rápido, mejor según parece deducirse."

Sin embargo, también este extremo fue resuelto por el magistrado instructor, inadmitiendo a limine la recusación, es decir, actuando como juez y parte, sin dar trámite a dicho incidente, lo cual es grave o muy grave desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego.

Esta circunstancia viene agravada por el hecho de que, planteado nuevamente al inicio del juicio, los tres magistrados de sala se negaran a valorarlo y se remitieran a lo actuado.

Parece evidente que, en el marco de una causa penal contra un cargo público democráticamente elegido, acusado en un proceso que, de resultar en condena, puede acarrear su inhabilitación para el cargo público que ostenta, se vea afectado el derecho a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

Europea, en relación con el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea, cuando la instrucción de la causa contra el cargo público acusado recaiga en un juez de extracción parlamentaria propuesto en su día, entre otros, por un partido político de la oposición parlamentaria, que ha marcado públicamente como objetivo político que el acusado deje de ostentar el cargo público para el que ha sido democráticamente elegido, teniendo en cuenta que el propio presidente del tribunal enjuiciador ha manifestado públicamente que la apariencia de imparcialidad de los jueces de extracción parlamentaria, en este tipo de instrucciones, puede verse comprometida (llegando a calificar la instrucción por los jueces de extracción parlamentaria de «anomalía»), y teniendo en cuenta, además, que el resultado de una eventual sentencia condenatoria, una vez firme, implicaría que el acusado dejara de ostentar su actual cargo público, esto es, el objetivo político fijado por el partido político que propuso al juez de extracción parlamentaria instructor de la causa.

El proceso penal, incluida la fase de juicio oral, pertenece, sin duda alguna y como hemos justificado ut supra, al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, al que se encuentra indiscutiblemente sometido.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 2 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016 -ya mencionada, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, extiende su ámbito de aplicación «*a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales*». Y en este sentido, «*es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión*».

Incumbía, pues, en este caso, a la Sala enjuiciadora y ahora a la casacional, la garantía de todos los derechos a los que se refiere la mencionada directiva, que debe ser interpretada, a su vez, de conformidad con los Tratados y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A este respecto, resultan particularmente relevantes los artículos 19.1 del Tratado de la Unión Europea y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Como ha recordado nuevamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente sentencia de 5 de noviembre de 2019, la exigencia de independencia de los órganos jurisdiccionales, cuya observancia, en virtud del artículo 19.1 TUE, párrafo segundo, deben garantizar los Estados miembros con respecto a los órganos jurisdiccionales nacionales que son competentes para resolver cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión, comprende también un aspecto de orden interno: la imparcialidad, entendida como «**la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica**». (La negrita es nuestra)

En este sentido, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce que «*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley*».

Pues bien, la instrucción de la causa, en el presente asunto, no cumplió con la obligación de imparcialidad derivada del Derecho de la Unión. Y ni qué decir de la fase de enjuiciamiento, como expondremos *ut infra*.

Como se puso de manifiesto en el incidente de recusación, el Ilmo. Sr. Carlos Ramos Rubio, que ha sido el instructor de la presente causa, es un magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de extracción parlamentaria, propuesto en su día por el Partit dels Socialistes de Catalunya, tal cual hemos explicado *ut supra*.

El Excmo. Sr. Jesús María Barrientos Pacho, entonces candidato a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y ahora miembro del Tribunal sentenciador, en la entrevista del proceso selectivo que le llevó a su actual responsabilidad, que tuvo lugar ante la comisión de calificación del Consejo General del Poder Judicial el 12 de enero de 2016, respecto de las instrucciones dirigidas por jueces de extracción parlamentaria, afirmó lo siguiente:⁸

⁸ Transcribimos literalmente, salvo error, las palabras literales del Excmo. Sr. Jesús María Barrientos Pacho, actual presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre esta cuestión, ante la comisión de calificación del Consejo General del Poder Judicial el 12 de enero de 2016. La intervención completa, de público acceso, se puede consultar en el siguiente enlace (minutos 32:25 a 35:20): <http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=68fab3c2a0b32510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD>

«Bien, esto en cuanto al nuevo diseño de esta Sala Civil y Penal... En el proyecto que he anticipado ya propongo una... algunas medidas para paliar algunas anomalías, o al menos yo [las] considero así, orgánicamente establecidas e implantadas en la configuración de estas Salas Civiles y Penales que procede del hecho de que, al menos en Cataluña, dos de los cinco magistrados proceden de extracción parlamentaria, y esa extracción concreta de los dos magistrados de propuesta parlamentaria (sin perjuicio y sin cuestionar en absoluto su objetividad y absoluta dedicación y capacidad [y] categoría jurídica de ambos, a quienes conozco personalmente y en ningún momento voy a cuestionar), pero **sí que creo que desde la Presidencia deberá de procurarse condiciones que hagan desaparecer cualquier apariencia de imparcialidad (sic) que pudiese proyectar su intervención.**

En mi propuesta va... actuando como juez unipersonal, que está ocurriendo actualmente, que uno de los compañeros de extracción parlamentaria está dirigiendo la instrucción contra tres encausados ahora (o investigados, antes imputados) pertenecientes (lógicamente políticos) a una extracción política, una orientación política, coincidente con la mayoría parlamentaria que propone a este magistrado para ocupar esa plaza en el Tribunal Superior.

Insisto en que no se trata de preservar su imparcialidad objetiva, que está garantizada, pero sí la apariencia de imparcialidad que la sociedad, con toda legitimidad, tiene derecho a cuestionar.

En la propuesta que yo redactaba para paliar esta situación pasaba porque dentro de las normas de reparto de asuntos a la entrada, cuando se refiriese a la instrucción de causas penales contra aforados, aquellos magistrados que respondan a esta extracción parlamentaria corran turno, de tal forma que esa ponencia sea asumida por el siguiente en el turno, y lógicamente cuando entre la siguiente causa, también para instrucción, dirigida contra persona no aforada, o contra no aforada político, pueda asumir esa ponencia. Simplemente se trataría de correr el turno para que este magistrado individualmente no asumiese ese tipo de investigaciones.

*Creo que esa apariencia de imparcialidad no se vería comprometida en su actuación en tribunal (se vería diluida por la decisión colegial), pero en las intervenciones unipersonales creo que sí pueden verse y de hecho se está cuestionando hacia afuera esa posible tacha».*⁹ (La negrita es nuestra)

Si el propio presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró, el 12 de enero de

⁹ La rotundidad de este discurso no se vio, luego, puesta en práctica cuando al propio, entonces candidato, Excmo. Sr. Barrientos, le ha tocado resolver un caso, éste, en el que tenía un supuesto igual al que criticaba lo que bien puede entenderse como otro ejemplo más, no ya de falta de coherencia sino de parcialidad respecto de mi representado.

2016, ante la comisión de calificación del Consejo General del Poder Judicial, que las instrucciones de los jueces de extracción parlamentaria en las causas contra cargos públicos electos puede verse comprometida o cuestionada, llegando a calificar tal participación de los jueces de extracción parlamentaria de «anomalía», no se puede pretender que esta parte no entienda que, efectivamente, la apariencia de imparcialidad objetiva del Ilmo. Sr. Ramos Rubio se ha visto comprometida a lo largo de toda la instrucción de la presente causa, vulnerando el derecho al juez imparcial. A los efectos oportunos, no remitimos a toda la documentación aportada en el incidente de recusación.

De todo ello se desprende que el Ilmo. Sr. Ramos Rubio carecía de la necesaria apariencia de imparcialidad objetiva para instruir esta causa, lo que ha supuesto la vulneración del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que también el juez de instrucción se encuentra obligado a ser imparcial e independiente.

Por ello, y en la medida que toda la instrucción de la presente causa se encuentra sujeta a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, resulta evidente que la instrucción por el Ilmo. Sr. Ramos Rubio de la presente causa no colmó las exigencias del derecho a un juez imparcial derivadas del Derecho de la Unión, y en particular la de los artículos 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 19.1 del Tratado de la Unión Europea.

3) En relación a los tres magistrados que enjuiciaron y han condenado a mi mandante

3.1- El auto de admisión a trámite de la querella

El auto de admisión de la querella presentada por el Ministerio Fiscal fue dictado por, entre otros, el Excmo. Sr. Jesús Barrientos Pacho y la Ilma. Sra. Magistrada Mercedes Armas Galve. Ambos han formado Sala para enjuiciar y, finalmente, condenar a mi mandante.

Concretamente, en dicho auto¹⁰, se razonó lo siguiente:

Fundamento Jurídico Segundo 1.):

¹⁰ Auto de fecha 1 de abril de 2019 (Folios 49 a 56).

"La presente resolución no asume ni da por supuestas, en absoluto, todas y cada una de las valoraciones fácticas y jurídicas que se contienen en la querella, más allá de constatar que:

- a) en ella se identifica correctamente el Tribunal al que se dirige, cuya competencia resulta de los arts. 73.3.a) LOPJ y 70.2 EAC;
- b) procede de una institución cuya legitimación para formularla resulta de lo dispuesto por los arts. 124 CE, 105.1 LECrim y 1 y 3.4 EOMF; y
- c) contiene, en efecto, una relación circunstanciada de hechos, no solo con expresión del lugar y de la fecha de los mismos, sino también de la identidad de la persona contra la que se dirige la acción penal y a quien se atribuye indiciariamente su comisión, todo lo cual, sin embargo, es susceptible y está necesitado de una investigación ulterior, que habrá de ser acometida con autonomía de criterio, de forma independiente y con respeto al principio de contradicción por el magistrado a quien se designará instructor de los hechos descritos en la querella, que es quien deberá decidir sobre la pertinencia de las diligencias de instrucción cuya práctica también se solicita en la querella –incluida la unión al procedimiento de la documentación que se acompaña con ella– o sobre la práctica de las que pueda interesar la defensa o, en su caso, la de aquellas otras que el propio instructor considere indispensables para el exacto y cabal conocimiento de los hechos y para su inicial subsunción.

Fundamento Jurídico Segundo 2)

"Una última precisión es necesaria. Hemos dicho en otras ocasiones que el art. 313 LECrim dispone que no proceda la admisión a trámite de una querella – aceptada que hubiere sido la competencia para conocer de ella– cuando los hechos a que se refiera no sean constitutivos de delito.

Esta previsión, formulada de forma negativa, no altera en absoluto el sentido de lo expuesto en el apartado anterior.

En efecto, tal como está redactado el art. 313 LECrim, la valoración jurídica que se exige a la hora de decidir la admisión a trámite de una querella no es la misma ni tiene la misma intensidad que la que se requiere para decidir su inadmisión.

En este último caso, la restricción del ius ut procedatur del querellante y, por tanto, de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), requiere que la decisión de inadmisión sea motivada y fundada en una de dos razones: bien porque los hechos relatados no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal; bien porque, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de dichos hechos, no se ofrezca en la querella ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo, aunque sea indiciario, puesto que la valoración de su significación penal no puede hacerse exclusivamente a resultas de que pudieran ser acreditados en la instrucción subsiguiente.

En cambio, la decisión sobre su admisión a trámite solo requiere la constatación de que la querella cumple a priori los requisitos establecidos legalmente, tanto los descritos en el art. 277 LECrim como los contenidos en el art. 313 LECrim.

Por lo que se refiere a este precepto, tanto la doctrina del TC como la del TS sostienen que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya *ab initio* en los hechos denunciados las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya.

En el primer caso, existe un *ius ut procedatur* conforme al cual, sin más requisito que la comprobación apriorística de la apariencia delictiva de los hechos descritos en la querella y de su verosimilitud deducida de un principio de prueba que avale razonablemente su realidad, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. Por el contrario, en aquellos casos en los que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querella, carecen de ilicitud penal o de la más mínima verosimilitud deberá procederse a la inadmisión y archivo motivados (cfr. SSTC 31/1996 de 27 feb. FJ11, 34/2008 de 25 feb. FJ2, 106/2011 de 20 jun. FJ2; AATC 129/2001 de 4 jun. FJ2, 360/2003 de 10 nov. FJ2; AATS2 16 nov. 2009, 26 sep. 2011, 18 jun. 2012, 21 ene. 2015, 11 dic. 2015, 5 ene. 2016, 11 jul. 2016).

Como recuerda el auto del TS2 de 2 marzo 2018 (RJ 2018\1186): "...el TC declara que debe distinguirse

entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya «*ab initio*» en los hechos denunciados las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya. En el primer caso existe un «*ius ut procedatur*» conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No así por el contrario en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querella, carecen de ilicitud penal (STC 138/1997 de 22 jul.). En el mismo sentido la Sentencia del TC 96/2001 de 2 de abril declara que «cuando la resolución judicial no excluya «*ab initio*» en los hechos denunciados las normas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de Sumario, Diligencias Previas o Preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquél o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de Plenario, sólo caben por las razones legalmente previstas de sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso 789.1 LECrim (SSTC 108/83 y 148/87)». En definitiva, la admisión a trámite de una querella no exige la constancia acreditada de lo que afirma, sino la posible relevancia penal de los hechos que contiene, de suerte que sólo si apriorísticamente se descarta su tipicidad procederá la inadmisión «*a limine*», mientras que, cuando no se excluya «*ab*

initio», habrá de admitirse a trámite la querella, y será luego en el ámbito del proceso correspondiente donde ha de decidirse en su caso el sobreseimiento, si procede.”

Fundamento Jurídico Segundo 3)

*“En atención a todo lo expuesto ut supra, teniendo en cuenta que la querella del Fiscal Superior de Cataluña se dirige contra persona aforada ante este Tribunal Superior de Justicia, conforme al art. 73.3.a) LOPJ y el art. 70.2 EAC; que cumple los requisitos descritos en el art. 277 LECrim; que **la relación circunstanciada de hechos que incorpora presenta a priori una apariencia delictiva**, conforme a lo que exige sensu contrario el art. 313 LECrim; y que aporta un principio de prueba de los mismos, como requiere la jurisprudencia, procede aceptar la competencia para conocer de la misma, decidir su admisión a trámite y designar instructor, que deberá acomodar el procedimiento a las normas del Título II el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de lo dispuesto en su art. 760 LECrim.”*

(la negrita es nuestra)

Pues bien, de lo anterior se desprende que a criterio de ambos magistrados, así como de su compañero en la mencionada resolución, en el caso que nos ocupa, desde el principio se cumplía, indiciariamente, los requisitos legales y

jurisprudenciales para admitir a trámite la querella de la que este procedimiento trae causa.

Es decir, en principio **el criterio ya expuesto en su día es que los hechos indiciariamente tenían apariencia de delito y que aparecía con visos de verosimilitud que mi mandante podía ser responsable de los mismos.**

Obviamente dicha percepción, impresión y convencimiento no tenía el nivel de certeza que debería tener al finalizar el juicio, pero no cabe duda que se trata de los mismos hechos, de las mismas evidencias (luego pruebas) y de la misma persona en el seno del mismo procedimiento y, por tanto, se cumple literalmente con lo previsto en el artículo 219.11^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial habiendo "*resuelto el pleito o causa en anterior instancia*" (la admisión a trámite es anterior instancia al juicio oral).

Se argumentará de contrario que el auto de admisión a trámite es una suerte de resolución de mero trámite y que la misma no contamina al Tribunal pero no es así si, como se razona en el propio auto de admisión a trámite, se ha de hacer un juicio de inferencia y ponderación, que se habría hecho, que

es muy similar al que ha tocado hacer, ahora, una vez practicada la prueba en el plenario.

La única diferencia entre el proceso intelectual a realizar en la admisión a trámite y el juicio oral radica en la intensidad de la certeza, así como del caudal probatorio, pero no sobre los hechos y el derecho a aplicar. En un caso como el que nos ocupa, y teniendo presente también lo sucedido en el plenario, es evidente que el "*caudal probatorio*" no ha diferido entre una y otra etapa procesal porque los hechos probados se basan, especial y concretamente, en la documentación contenida en la propia querella sobre cuya admisibilidad ya se habían pronunciado. Entiende esta parte que haberse mantenido en la Sala de enjuiciamiento implicó una vulneración del Artículo 24.2 de la Constitución -derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra la del Juez imparcial- y de los Artículos 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -derecho al Juez imparcial-.

En cuanto al "*caudal probatorio*" interesa indicar que, como recoge la propia sentencia aquí recurrida, la única prueba practicada en el juicio oral y que ha sido, si bien parcialmente, valorada es la de los

agentes de policía que hicieron un tendencioso reportaje fotográfico, el resto es toda prueba documental que constaba adjunta a la querella sobre cuya admisibilidad se pronunciaron estos Magistrados.

Al respecto basta una remisión a los fundamentos jurídicos de la sentencia, si es que así se les puede llamar, donde se establece lo siguiente:

"Se ha contado en el acto del juicio con la declaración testifical de algunos de los agentes de la Policía Nacional a los que se encargó la toma de fotografías en los diferentes edificios en los que se llevaron a cabo las comprobaciones, coincidiendo todos ellos en que se limitaron a constatar lo que aparecía en las fachadas de cada edificio, siguiendo las órdenes que les habían sido dadas, sin haber recibido directrices ni información (dice la agente 119961) por parte de sus superiores sobre lo que había antes o después de su intervención, señalando el agente 126618 que la orden fue la de fotografiar lo que hubiera en ese momento en las fachadas.

Hicieron las fotografías con su teléfono móvil y las incorporaron a las actas que obran en autos, firmando oportunamente.

La agente 89874 refiere que acudió a los lugares que obran en las actas los días 19, 20 y 22, y que este último día ya no vio que hubiera simbología de ningún tipo.

Y el agente 125108 asevera que no le dieron ninguna pauta de cómo debía actuar: simplemente, **levantó el acta con lo que vio en las fachadas de los edificios a los que acudió.**

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". (La negrita es nuestra y las incertezas de la Sala sentenciadora)

Con independencia de lo pobre del fundamento hemos de decir, en relación con lo que se alegará ut infra - sobre tutela judicial efectiva - que, en resumidas cuentas, la diferencia entre la admisión a trámite de la querella y la sentencia radica en la declaración de esos agentes de policía que, además, declaran sobre un hecho público y notorio: la existencia de los símbolos en las fachadas de algunos edificios públicos de Barcelona. El

prejuicio y la contaminación de estos dos Magistrados es evidente.

Más aún, y como se verá ut infra, estos dos Magistrados, que terminarán formando parte de la Sala sentenciadora, usarán los argumentos y decisiones adoptadas previamente, para el establecimiento de hechos y elementos imprescindibles para el dictado de la sentencia llegando a establecer en ella que determinados elementos objetivos del tipo quedaron "**zanjados**" en la fase de instrucción de la que ellos, con el dictado de la resolución de admisión a trámite, también participaron.

Todo esto ya lo advertimos en el procedimiento y al inicio de las actuaciones, pero sin éxito alguno, lo cual no empece que esta parte insista, habida cuenta de la relevancia, por cuanto afecta al derecho al juez imparcial.

En este sentido, este Excmo. Tribunal tiene declarado que:

"Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio, bien sea derivado de su contacto anterior con el objeto del proceso o

bien de su relación con las partes. Es por eso que no puede apreciarse en el Juez, respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschmidt).¹¹

En el presente caso se cumple con ambas prevenciones establecidas por este Tribunal Supremo: a) haber tenido contacto anterior con el objeto del proceso y, b) relación con las partes, como se verá ut infra.

A nivel doctrinal, entre a otros, debemos tener en cuenta a López Betancourt y Fonseca Lujan cuando sostienen que:

"Sobre el defecto de parcialidad, se ha precisado que en buena medida depende de la imagen que proyecte el tribunal. Se da gran importancia a las apariencias para valorar la imparcialidad, puesto que «lo que está en juego es la confianza que los

¹¹ STS 1372/2005, de 23 de noviembre

tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática». Es decir, **el tribunal no sólo en su comportamiento debe abstenerse de realizar ninguna acción que le haga perder la confianza de las partes y de la sociedad; también su diseño estructural debe dejar claro que está garantizada su imparcialidad**. Cualquier vicio en la dimensión subjetiva u objetiva que desacredite esa imagen de imparcialidad, puede conducir a que se estime violentada la garantía, aun sin necesidad de que ese órgano haya dictado resolución alguna".¹²

Siguiendo a los mismos autores, que han realizado un estudio sistemático de la jurisprudencia del TEDH, en lo que afecta a España, tenemos que:

"La violación a este derecho puede presentarse también por otra clase de circunstancias procesales; por ejemplo, **cuando el órgano judicial encargado de juicio, se ha «contaminado» formulando una opinión previa del asunto, al intervenir tomando decisiones en el mismo en la etapa de instrucción**. En los casos que se refieren, se considera en duda la imparcialidad objetiva del tribunal de juicio por la participación previa del magistrado en la decisión sobre la prisión provisional del procesado, **acto que no consiste simplemente en un conocimiento**

¹² JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO SOBRE EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: SENTENCIAS CONTRA ESPAÑA DE INTERÉS PARA MÉXICO- Revista de Derecho UNED, núm. 21, 2017 - Página 368

somero del asunto, sino que implica una opinión sobre la eventual responsabilidad de la persona".¹³

Si el TEDH entiende vulnerada la garantía del derecho al Juez imparcial porque en una etapa anterior el Juez o Tribunal se ha pronunciado en relación a la prisión provisional mucho más ha de considerarse violada dicha garantía cuando el objeto de pronunciamiento, por muy indiciario o somero que haya sido - que en este caso lo fue con gran intensidad, lo fue sobre los hechos, el derecho aplicable y la participación del afectado.¹⁴

Como si nada de lo anterior fuese bastante, hay un elemento de la sentencia aquí recurrida que viene a avalar, más si cabe, la percepción sobre la falta de imparcialidad del órgano de enjuiciamiento que basa su sentencia en un "prejuicio" sobre los hechos y los elementos constitutivos del tipo por el cual viene condenado mi patrocinado; sostiene la sentencia, en su razonamiento jurídico quinto, que:

"En realidad, todas estas cuestiones se han ido desgranando no sólo en la fase de instrucción, sino con anterioridad, en el expediente administrativo incoado por la Junta Electoral Central, y, en muchas

¹³ Idem páginas 368 y 369

¹⁴ Por todas *Sentencia Cardona Serrat c. España*, 26 de octubre de 2010 y *Sentencia Alony Kate c. España*, 17 de enero de 2012

ocasiones, se trataba de las alegaciones que el propio interesado formulaba ante el órgano electoral".

Básicamente, para la Sala sentenciadora era evidente que todo lo planteado ya estaba resuelto con anterioridad y, por tanto, igual lo que sobraba era el juicio porque su sentencia la tenían decidida desde antes.

Pero nos adentraremos más aún en el mismo razonamiento donde se entra, claramente, a dar por "zanjado" un elemento esencial del tipo penal refiriéndose a una decisión previa adoptada en una fase anterior al juicio oral. Así, dentro del mismo Razonamiento Jurídico Quinto, exponen que:

"I.- Por razones de sistemática -y porque pronunciarse en primer lugar sobre ello deviene necesario ya que los hechos enjuiciados tienen su origen en los Acuerdos emanados de la Junta Electoral Central daremos respuesta, antes que nada, a uno de los argumentos esgrimidos, desde el principio, por la defensa del MHP, que niega el carácter de autoridad superior que ostenta la Junta Electoral Central en materia electoral, con el consecuente incumplimiento, a su entender, de uno de los requisitos del artículo 410.1 C.P.

A pesar de que ya fue planteado y resuelto en trámite de instrucción -y de que **quedó zanjado en auto de 30 de julio**, que resolvía el recurso de apelación contra el auto de Procedimiento Abreviado- no está de más hacer algunas consideraciones sobre esta cuestión, que se halla en íntima relación con el reconocimiento de competencia exclusiva, en este caso, de la Junta Central Electoral para resolver las incidencias que le fueron planteadas por un partido político, y que engarza con lo que ya hemos abordado sobre las materias que le son propias.

El argumento utilizado otra vez en plenario por el acusado para amparar su inobservancia del mandato de la Junta Electoral Central, es el que niega a este órgano electoral su condición de autoridad superior a la que se refiere el artículo 410,1 C.P., además de defender que la competencia que ejerció en la decisión y ejecutividad de sus Acuerdos correspondía, en realidad, a la Junta Electoral Provincial.

Como se observa rápidamente, carece de sentido negar autoridad a la JEC porque no es un órgano superior a la Presidencia de la Generalitat para defender que las competencias que se arroga la Junta Electoral Central en el que caso que nos ocupa, corresponden, en realidad, a la Junta Electoral Provincial, porque si aquélla, a entender del acusado, no es autoridad superior, no vemos de qué modo puede sostenerse que la Junta Electoral Provincial sí ostenta esa condición.

Como, con acierto, razonaba el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al recurso de reforma contra el auto de acomodación a Procedimiento Abreviado interpuesto por la defensa del MHP Sr. Torra, Cataluña no cuenta con una ley electoral propia, y no se ha podido desplegar la previsión contenida en el artículo 8.2 de la LOREG, de modo que al no tener nuestra Comunidad Autónoma una Junta Electoral Autonómica, las reclamaciones de contenido electoral respecto de actos que afecten al territorio de más de una provincia deben resolverse, necesariamente, por la Junta Electoral Central: así se desprende del artículo 19.2 LOREG.” (La negrilla es nuestra, el prejuzgamiento de la Sala sentenciadora)

Del razonamiento anterior se hace evidente que la Sala a quo no necesitaba del juicio oral para determinar elementos objetivos del tipo por el que habían decidido condenar al MHP Torra, eso venía ya resuelto, con anterioridad al juicio oral, en el auto de 30 de julio tras el cual quedó “**zanjado**”, en docto término de la propia Sala a quo, un tema tan trascendental como el que hace referencia al carácter o no de autoridad superior por parte de la JEC y respecto de mi representado. El “*prejuicio*” es evidente y lo que sobra, una vez más, es el juicio.

Pero no es el único ejemplo que nos aporta la Sentencia recurrida sobre dicho “*prejuicio*”, vulnerador del derecho a un juez imparcial, sino que en ese mismo razonamiento encontramos otro ejemplo:

“con acierto, razonaba el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al recurso de reforma contra el auto de acomodación a Procedimiento Abreviado interpuesto por la defensa del MHP Sr. Torra” (la negrita es nuestra y el prejuicio del Tribunal sentenciador).

Los razonamientos o argumentos condenatorios le venían al Tribunal de mucho antes del juicio: incluso de la fase de instrucción y de la intermedia... una vez más, el juicio sobraba.

Sorprende que la Sala de enjuiciamiento haya de acudir a las actuaciones previas en la fase de instrucción y no a la prueba practicada en el acto del juicio oral, por cuanto, no solo se ha dejado contaminar, dando de paso, a entender que la fase de instrucción ya era suficiente para condenar a mi mandante, sin esperar a la celebración del juicio oral. No solo el Tribunal ha mirado hacia atrás, hacia otra fase -preparatoria del juicio oral-, sino que, además, con este “*prejuicio*” expresado en la sentencia recurrida realiza una auténtica dejación de sus funciones, permitiendo que el juez instructor

se sume al dictado de la sentencia o, peor aún que éste supla las funciones de la sala de enjuiciamiento, tal cual denunciamos más arriba con lo que ello implica en materia de predeterminación del fallo.

Resulta interesante ver cómo la sentencia vino condicionada por la previa participación de los Magistrados en otras resoluciones y ello se vuelve a reflejar en el ya tan citado fundamento jurídico quinto de la sentencia aquí recurrida donde parece confundirse nuestros argumentos porque, seguramente, solo servían para entorpecer un cauce procesal previamente recorrido hasta la convicción de los Magistrados sentenciadores.

Dice ese razonamiento que:

"carece de sentido negar autoridad a la JEC porque no es un órgano superior a la Presidencia de la Generalitat para defender que las competencias que se arroga la Junta Electoral Central en el que caso que nos ocupa, corresponden, en realidad, a la Junta Electoral Provincial".

Si no hubiesen prejuzgado seguramente lo habrían comprendido y, sinceramente, no es un proceso tan complejo.

Lo que esta parte planteaba, y plantea, son dos cosas distintas: a) que la Junta Electoral Central no era competente para el dictado de las resoluciones de las que la posterior denuncia trajo causa sino que lo era la Junta Electoral Provincial, y b) que, en cualquier caso, ni la Junta Electoral Central ni la provincial son autoridades superiores al President de la Generalitat de Cataluña a los efectos previstos en el artículo 410 del Código Penal.

Como se puede apreciar no son tan complejas las alegaciones que hacíamos, y hacemos, pero si ya existía un “*prejuicio*” es evidente que resultaba complejo entenderlas y, seguramente, de dicho “*prejuicio*” proviene tan absurda confusión.

3.2- Manifestaciones públicas del Presidente de la Sala, Excmo. Sr. Jesús Barrientos Pacho, quien lo es también del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Procedimiento de elección de la Presidencia del Tribunal.

Ya se pusieron de manifiesto en el momento oportuno,¹⁵ pero merece la pena destacar algunas de ellas por su relevancia en el objeto de enjuiciamiento y otras por la evidente animadversión

¹⁵ Incidente de recusación de fecha 9 de septiembre de 2019.

contra todo lo que políticamente representa mi mandante.

El día 12 de marzo de 2019 el magistrado Presidente del TSJC y de la Sala que enjuició y ha condenado al Molt Honorable President de la Generalitat realizó una rueda de prensa en Tarragona¹⁶ e hizo expresas referencias al Acuerdo de 11 de marzo de 2019 dictado por la JEC, por la que resolvió requerir a mi mandante para que retirara lazos amarillos o esteladas de cualquier edificio público dependiente de la Generalitat. En concreto, dijo 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)

¹⁶ <https://www.20minutos.es/noticia/3585953/0/barrientos-tsjc-defiende-orden-retirar-lazos-esta-juego-equilibrio-politico/> (consultado por última vez en fecha 31 de enero de 2020)
<https://www.europapress.es/catalunya/noticia-barrientos-tsjc-defiende-orden-retirar-lazos-juego-equilibrio-politico-20190312175156.html> (consultado por última vez en fecha 31 de enero de 2020)

- a pesar de estar expuestas a impugnación, las decisiones **"son vinculantes para los gobernantes"** (La negrita es nuestra, el prejuicio del Excmo. Sr. Barrientos)
- 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 procés 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", ha concluido (La negrita es nuestra el prejuicio del Excmo. Sr. Barrientos)

Lo anterior se puso de manifiesto igualmente a través de nuestro escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, de incidente de recusación del citado Magistrado-Presidente.

Se hacía evidente que el magistrado que presidió la Sala de enjuiciamiento no debía haber juzgado ni, por ende, dictado sentencia en este procedimiento. Era tal su implicación personal e institucional, señalando, como máxima autoridad judicial en Catalunya, cuál era su criterio en este grave conflicto institucional -entre la JEC y el President de la Generalitat- y cuál era su posicionamiento, que debió haberse abstenido de participar en el

juicio. Sin duda, debió haberse abstenido de realizar tales manifestaciones, habida cuenta de que su criterio no era como cualquier idea u opinión expresada por cualquier ciudadano, sino que como máxima autoridad, representaba la línea a seguir cuando el asunto se judicializara.

¿Cuál era -y es- su criterio que tan anticipadamente adelantó? Ni más ni menos se empleó a fondo en el elemento objetivo del delito:

1- la orden de la JEC era legítima: dictada por órgano competente y revestida de legalidad. El acuerdo de la JEC era "vinculante" para los gobernantes. Es decir, consideraba que era de obligado cumplimiento; por lo que no acatar, debía considerarse como falta de cumplimiento o desobediencia. No cabe otra interpretación.

2- La exhibición de "esteladas" o de pancartas reclamando la libertad de presos políticos, por lo que invoca "la neutralidad y objetividad de los espacios públicos", lo cual se alinea con los postulados de la JEC, en cuanto que considera que estos símbolos son "partidistas".

3- Hace alusión, así mismo, a la "limpieza del proceso electoral": es decir, realiza una

interpretación sesgada de las competencias de la JEC, pues ésta no puede intervenir para dirigirse a autoridades que no participan en el proceso electoral. Hay que tener en cuenta que esta parte invocó, precisamente este motivo para entender que la JEC carecía de competencia alguna para requerir al President de la Generalitat, quien no participaba en el proceso electoral, puesto que entonces nos hallábamos en un periodo de campaña electoral de elecciones generales, no autonómicas.

4- La exhibición de lazos amarillos o pancartas reivindicando "libertad presos políticos", en clara alusión a los entonces procesados ante este Tribunal por haber intervenido en la convocatoria del referéndum del día 1 de Octubre de 2017, no es una reivindicación partidista sino en el marco de una petición sobre exigencia de cumplimiento de Derechos Fundamentales. En este sentido tanto la ONU -Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias- como numerosas ONGs, nada sospechosas de militar en ningún partido que se presentase a las elecciones generales, se han pronunciado sobre la situación de mantener en prisión a 9 personas -entre ellas 2 activistas- por ejercitar su derecho a la libertad de expresión, de manifestación, de representación política e ideológica.

Básicamente, el magistrado que presidió el juicio prejuzgó en estas declaraciones todas las controversias jurídicas de este juicio. Todo esto se invocó en la correspondiente recusación¹⁷ y en el juicio¹⁸, en defensa de nuestro mandante, para acreditar que la orden o requerimiento de la JEC era ilegítima e ilegal, por lo que no había obligación de cumplirla. Los elementos del tipo delictivo no se cumplían, por lo que debía entrar en juego la eximente del apartado 2 del artículo 410 del Código Penal.

Así mismo, no le cupo duda al Excmo. Sr Magistrado que así se pronunció 9 meses antes de que se sentara a celebrar el juicio oral, acerca de lo que esta parte vino a sostener, a saber, que la JEC no es autoridad superior sobre el President de la Generalitat ni sobre ninguna Comunidad Autónoma.

Ante este posicionamiento anticipado del Magistrado ¿quedaba alguna duda sobre el sentido de la sentencia, teniendo en cuenta su ascendiente sobre el resto de magistrados que componían la sala, por ser el mismísimo Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña?

¹⁷ Incidente de recusación de fecha 9 de septiembre de 2019.

¹⁸ Minuto 00:33:25 del juicio oral.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entendió que todas estas manifestaciones del Magistrado Sr. Barrientos se habían hecho en su condición de Presidente del TSJC pero que no afectaría a su imparcialidad como Presidente de la Sala de enjuiciamiento; básicamente lo que **han venido a sostener es que el Magistrado Sr. Barrientos estaría dotado de capacidad de disociación cognitiva que le permitiría mantener, por una parte, en una esfera mental su convencimiento de culpabilidad mientras que, por otra, un esfera que le permitiría mantener la imparcialidad.** Todos sabemos que eso es un absurdo y quien lleva dos sombreros al mismo tiempo ha de extremar sus cautelas a la hora de emitir sus opiniones en público so riesgo de encontrarnos en una situación como la actual.

Sobre la consideración que le merece, al Excmo. Sr. Barrientos la expresión “*presos políticos*”, en clara referencia a los entonces procesados y luego condenados por el Tribunal Supremo por un delito de sedición en la Causa Especial 20907/2017, y que después protagoniza la pancarta objeto de estos autos, hay que tener en cuenta su gesto de rechazo en un acto público.

Como “*Espantada*¹⁹” conceptuaron numerosos medios de comunicación lo realizado por el Magistrado -y otras autoridades públicas- durante un acto público el 23 de febrero de 2018 en el colegio de abogados de Barcelona. Eso ocurrió cuando el President del Parlament manifestó que: “*cabe denunciar la existencia de presos políticos acusados por delitos inexistentes de rebelión y de sedición*” que son unas declaraciones que van en línea con las conclusiones establecidas por el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas²⁰.

Mayor aversión y rechazo no cabe expresar en un acto de gran solemnidad como aquél de realizar el gesto de levantarse de su asiento, en la primera fila, ostensiblemente visible. Entendemos que la libertad de expresión de las autoridades, sean las del Parlament y su Govern, sean las que representan a otras instituciones -como en este caso es el poder judicial representado por el Magistrado Excmo. Sr. Barrientos- son ampliamente reconocidas, y así debería ser siempre.

La especial significación de la Causa Especial 20907/2017, que el Grupo de Trabajo de la ONU ha

¹⁹ <https://www.catalunyapress.es/texto-diario/mostrar/1017067/espantada-fiscales-abogados-acto-colegio-abogados-barcelona> - Última consulta el 1.2.2020

²⁰ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session84/A_HRC_WGAD_2019_6.pdf

censurado por haber dado lugar a la "detención arbitraria" de quienes en ella fueron condenados, ni de lejos acaba en la referida espantada. La pancarta que motivó el inicio del procedimiento penal de hecho pedía la libertad de estos "presos políticos" específicamente. Y por si todo esto no contaminara lo suficiente al Tribunal, resulta que éste ha considerado necesario citar en tres ocasiones la sentencia dictada el 14 de octubre de 2019 por el Tribunal Supremo en dicha causa especial.

Por si no fuera suficiente, resulta que conjuntamente -como en Fuenteovejuna- con el presidente del Tribunal, la referida espantada al escuchar la expresión "presos políticos" en un acto institucional fue protagonizada también por D. Francisco Bañeres, Fiscal Superior de Catalunya. Si ello sería significativo en cualquier caso, más lo es cuando fue este ilustre representante del Ministerio Fiscal quien interpuso la querella del que este procedimiento trae causa y ejerció la acusación en el acto del juicio.

Pocas pruebas más elocuentes cabe encontrar de la complicidad ideológica entre la acusación y el presidente del Tribunal que el haber protagonizado juntos estos hechos. Y no nos sirve obviamente la

invocación de la libertad de expresión si de lo que se trata es de exteriorizar el prejuicio sobre un elemento esencial del juicio que posteriormente habrán de impulsar y presidir respectivamente el Fiscal Superior y el presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Por todo ello, no se nos debe pedir un sobre esfuerzo de abstracción acerca de lo sucedido meses antes del juicio contra el President de la Generalitat: ¿de verdad es admisible que se nos exija que percibamos como mero partícipe en una sala de enjuiciamiento a quien meses antes, en representación de ese mismo Tribunal, alabó, celebró y apoyó el Acuerdo dictado por la JEC de 11 de marzo de 2019? ¿Podía esta defensa percibir la imparcialidad del Tribunal, desde una forzada separación entre la labor estrictamente jurisdiccional de este mero partícipe del Tribunal de enjuiciamiento y la encarnizada posición contra símbolos y contra las instituciones de la Generalitat y, en resumidas cuentas, contra quien representa la máxima autoridad de la Generalitat, allí mismo sentado en el banquillo de los acusados?

No obstante lo planteado en trámite de recusación y en el trámite de cuestiones previas, fue rechazada nuestra pretensión una vez más. El Tribunal tuvo una

oportunidad de apartar a su Presidente y éste tuvo la ocasión de abstenerse, tan obvias razones y sólidos argumentos existían para ello, sin embargo, lamentablemente, es demasiado tarde, la sentencia está dictada y en ella ha participado un magistrado, el Excmo. Sr. Barrientos, gravemente contaminado y con evidentes y palmarios prejuicios. La nulidad de la sentencia en este extremo emerge por sí sola, casi sin esforzarnos en grandes contorsiones retóricas, es palpable, es visible, es grosera y burda. Representa, sin duda alguna, una parodia de lo que debe ser la Justicia en un país democrático, es una imagen nada representativa de un sistema basado en la imparcialidad y en la objetividad, en la equidad y en el imperio de la ley. Desde luego, se espera el más absoluto y rotundo reproche, con la consecuente declaración de nulidad del juicio y de la sentencia dictada.

Hemos de insistir respecto de la relevancia de la falta de imparcialidad del Excmo. Magistrado Sr. Barrientos porque, además de formar Sala, era el Presidente del Tribunal y, en este sentido, su rol ha terminado siendo determinante. En este punto cabe recordar cómo se ha pronunciado ya, en contra de España el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en

un caso que guarda grandes similitudes con el presente²¹, afirmando que:

"65. Este Tribunal considera que **el hecho de que la Presidenta del Tribunal hubiera usado públicamente expresiones que implicaban que ya se había formado una opinión desfavorable en relación al primer demandante antes de que el caso se hubiera resuelto, aparece como claramente incompatible con su participación en el segundo procedimiento criminal** (véase *Morice v. Francia* [GC], no 29369/10, §§ 79-92, TEDH 2015, *Olujić v. Croacia*, no 22330/05, § 59, de 5 de febrero de 2009, *Buscemi v. Italia*, no 29569/95, § 68, TEDH 1999-VI; and, *mutatis mutandis*, *Lavents v. Letonia*, no 58442/00, §§ 118 y 119, de 28 de noviembre de 2002).

66. En lo que se refiere a la falta de imparcialidad de la Presidenta del Tribunal en relación con el resto de los demandantes, este Tribunal pone de relieve que todos los demandantes estaban imputados por su pertenencia a la misma organización terrorista. Este tipo de delito necesariamente implica un cierto grado de actuación colectiva. En efecto, los tribunales internos analizaron varios medios de prueba que implicaban simultáneamente a todos los demandantes, sus fuertes vínculos personales y sus actividades comunes. Por lo tanto, en ese contexto, no puede descartarse completamente

²¹ TEDH Sentencia Otegi Mondragón y otros contra España de 16 de octubre de 2018 en las demandas no 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15 y 5053/15

que la opinión desfavorable de la Presidenta del Tribunal referida a la culpabilidad del primer demandante pudiera haber tenido también un impacto negativo en el resto de los demandantes. **El comportamiento previo de la Presidenta del Tribunal (así como la posterior anulación de la sentencia por el Tribunal Supremo) podría justificar objetivamente los temores del resto de los demandantes sobre su imparcialidad.**

67. El último tema sería determinar si la falta de imparcialidad objetiva de la Presidenta del Tribunal pudiera también generar temores sobre la de los dos restantes magistrados que integraban la formación de la Sección Cuarta. Este Tribunal es de la opinión de que el mismo razonamiento que llevó al Tribunal Supremo a estimar que la Presidenta del Tribunal carecía de imparcialidad y que era necesario repetir el juicio con una nueva y diferente composición de la Sección debe ser aplicable al presente caso. Además, **este Tribunal estima que la alegación del Gobierno relativa a que la Presidenta del Tribunal no era ponente en el segundo procedimiento no es decisivo para decidir sobre la cuestión de imparcialidad objetiva fundada en el artículo 6.1 del Convenio.** En efecto, **debido al secreto de las deliberaciones, no es posible saber cuál fue la influencia real de la Presidenta del Tribunal en esa ocasión** (véase, mutatis mutandis, Morice [GC], anteriormente citado, § 89). En consecuencia, la imparcialidad de esa formación de la Sección podía

ser susceptible de una duda razonable.” (La negrita es nuestra)

Si en el caso de Otegi Mondragón y otros contra España el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que: “68. *Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal considera que en este caso los temores de los demandantes pudieran ser considerados como objetivamente justificados.* 69. *Este Tribunal, en consecuencia, concluye que ha existido una vulneración del artículo 6.1 del Convenio*²²” ¿qué va a ocurrir en el supuesto en que nos veamos obligados a recurrir hasta dichas instancias europeas?

La falta de imparcialidad demostrada por, entre otros, el Excmo. Magistrado Sr. Barrientos, actuando como Presidente de la Sala de Enjuiciamiento y desdoblado de la posición de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es de tal intensidad que, como decimos, la única pregunta que debemos hacernos es ¿hasta dónde se quiere que lleguemos para acreditar una clara vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos?

²² TEDH Sentencia Otegi Mondragón y otros contra España de 16 de octubre de 2018 en las demandas no 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15 y 5053/15

Es evidente que en el marco de una causa penal de estas características, el comportamiento público del Excmo. Sr. Barrientos se opone el derecho a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea.

A estos efectos, resulta relevante, además, para determinar si la composición de la Sala colma las exigencias derivadas del derecho a un juez imparcial, que el presidente del tribunal se haya manifestado públicamente, en su condición de tal y reiteradamente, en contra de las posiciones políticas del cargo público democráticamente elegido que es acusado en el juicio penal.

El proceso penal, incluida la fase de juicio oral, pertenece, sin duda alguna, al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, al que se encuentra indiscutiblemente sometido.

En este sentido, cabe recordar, una vez más, que el artículo 2 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, extiende

su ámbito de aplicación «a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales». Y en este sentido, «es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión».

Incumbía, pues, en este caso, a la Sala de enjuiciamiento y ahora a esta Excma. Sala, la garantía, en este juicio penal, de todos los derechos a los que se refiere la mencionada directiva, que debe ser interpretada, a su vez, de conformidad con los Tratados y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A este respecto, y como hemos dicho *ut supra*, resultan particularmente relevantes los artículos 19.1 del Tratado de la Unión Europea y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Como ha recordado nuevamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente sentencia de 5 de noviembre de 2019, la exigencia de independencia de los órganos jurisdiccionales, cuya observancia, en virtud del artículo 19.1 TUE, párrafo segundo, deben garantizar los Estados miembros con respecto

a los órganos jurisdiccionales nacionales que son competentes para resolver cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión, comprende también un aspecto de orden interno: la imparcialidad, entendida como «**la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica**». (La negrita es nuestra)

En este sentido, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce que «*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley*».

Pues bien, la composición de la Sala de enjuiciamiento, en el presente asunto, no cumple con la obligación de imparcialidad derivada del Derecho de la Unión. Esto es particularmente cierto en lo que respecta a su presidente, el Excmo. Sr. Jesús María Barrientos Pacho.

Hemos de insistir, esto se puso de manifiesto en el incidente de recusación desestimado por Auto de 9 de octubre de 2019, es notorio que, en su condición de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Excmo. Sr. Barrientos Pacho, al día siguiente de la adopción del Acuerdo de la Junta Electoral Central de 11 de marzo de 2019 supuestamente desobedecido, del que el hoy condenado en el presente juicio era el único destinatario (decisión que su defensa considera manifiestamente contraria a Derecho y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), y cuya legalidad y pertinencia ha sido objeto de valoración en el presente procedimiento, se pronunció públicamente sobre dicha decisión, avalándola, y llegando a manifestar que tal decisión era «**tan obvia que no debería siquiera ser necesaria, porque ese es el estado normal de las cosas**». (La negrita es nuestra, la vulneración del derecho al juez imparcial es del Excmo. Sr. Barrientos)

Todo ello, a pesar de que tal decisión excedía palmariamente las competencias de la Junta Electoral Central, por ser el presidente de la Generalitat una autoridad ajena a la organización del proceso electoral a las Cortes Generales de 28 de abril de 2019 y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en la sentencia de 6 de mayo de 2013 (recurso n.º 848/2011):

"La Junta Electoral Central, sobre quienes intervienen en el procedimiento electoral puede ejercitar una serie de potestades, como la de resolución de recursos contra los actos de órganos electorales inferiores, disciplinaria, dictar instrucciones, entre otras previstas en la citada Ley Orgánica.

Sin embargo, las competencias de la Junta Electoral se limitan, en cuanto a los actos realizados por funcionarios o autoridades, incluidos los jueces, y en general terceros ajenos a la organización del proceso electoral, a dar traslado de los hechos que puedan ser constitutivos de delito a la jurisdicción penal, reforzando la obligación general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en su caso al ejercicio de la potestad sancionadora, si disponen que, pese a no ser constitutivas de delito, las conductas pueden ser incardinadas en los tipos sancionadores previstos en la Ley. En este sentido el artículo 153.1, referido tanto a autoridades o funcionarios como a particulares en general, sostiene que los actos que contravienen la Ley Orgánica Electoral General podrán ser sancionados. Lo que no podrán es ser anulados, sencillamente porque no son actos administrativos sobre los que se ejercita una potestad de revisión, y en

consecuencia la revisión jurisdiccional de un acto de la Junta Electoral que no sanciona no puede ir más allá, al revisar la potestad administrativa ejercitada, que lo que esta permitía, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.” (La negrita es nuestra)

Si bien dicha sentencia contó con un voto particular discrepante que entendía de forma más amplia las competencias de la Junta Electoral Central, en la línea que las entienden las acusaciones en el presente proceso penal, esa posición quedó en minoría, y no es la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como venimos insistiendo, es notorio que el Excmo. Sr. Barrientos Pacho se ha pronunciado públicamente repetidamente, en su condición de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en contra de las posiciones políticas del presidente de la Generalitat, como se puso de manifiesto en el incidente de recusación que dio lugar al Auto de 9 de octubre de 2019.

De todo ello se desprende que el Excmo. Sr. Barrientos Pacho carece de la necesaria imparcialidad objetiva y subjetiva para presidir este juicio penal, lo que vulnera el artículo 47 de

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por ello, y en la medida que esta Excma. Sala va a tener que decidir, en el presente proceso penal, de conformidad con la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, habrá de tener en consideración que la composición de la Sala no colma, ni mínimamente, las exigencias del derecho a un juez imparcial derivadas del Derecho de la Unión, y en particular la de los artículos 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 19.1 del Tratado de la Unión Europea.

En resumen: el resultado, vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya lo sabemos y las únicas cuestiones en debate son: el cuándo se quiere reconocer y quién ha de hacerlo. Creemos que no es necesario esperar a la intervención de Tribunales europeos y puede, y debería, hacerse en esta sede.

A todo esto cabe añadir, además, que la forma de designación del Excmo. Sr. Barrientos Pacho como Presidente del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña tampoco garantiza la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, de conformidad con los estándares del artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea, así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El hecho de que el Excmo. Sr. Barrientos Pacho fuera elegido Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por un órgano de sustrato estrictamente político como es el Consejo General del Poder Judicial condiciona la independencia e imparcialidad del Tribunal en términos igualmente no aceptables desde el punto de vista del marco que establece el Derecho de la Unión.

3.3- Manifestaciones públicas del Magistrado D. Joaquín Gadea Francés

Así mismo, se cuestionó al inicio del juicio la imparcialidad de este Ilmo. Magistrado, quien había comparecido en diversos momentos, 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 tan gravísima afirmación. Pues bien, precisamente, ante él se encontraba sentado en el banquillo de los acusados a la más alta representación de la Generalitat. Es

no sólo lógico sino justo reclamar la nulidad del juicio y de la sentencia dictada en la que intervino este Ilmo. Magistrado, pues poca imparcialidad cabía esperar de quien así se había expresado públicamente y, además, sin pruebas que lo sustentaran. Unas manifestaciones públicas con claro tinte político. Nada nos ha extrañado recibir una sentencia condenatoria, habida cuenta de las circunstancias descritas.

Así, el 31 de octubre de 2019, conociendo que iba a formar parte de la Sala que juzgaría al presidente de la Generalitat, **el mismo día en que el presidente de la Generalitat se autoinculpó ante los juzgados en relación con los hechos que han dado lugar a la sentencia de 14 de octubre de 2019 en la causa especial n.º 20907/2017 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, el Ilmo. Sr. Joaquín Elías Gadea Francés manifestó en el canal de televisión Trece TV lo siguiente:

«Periodista: A mí me gustaría preguntarle, ¿tiene usted conocimiento de escenas de hostilidades concretas que se hayan realizado contra ustedes en los últimos días, justo cuando ha ocurrido -cuando se han enrarecido todavía más- el ambiente en Cataluña?

Respuesta del Sr. Gadea Francés: Mire, en nuestra asociación venimos subrayando la existencia de actos

de hostilidad desde hace mucho tiempo. Y es algo muy serio que yo creo que desde determinadas instancias deberían empezar a tomárselo con más seriedad. Ha habido actos de hostilidad concretos y ustedes han hecho referencia a algunos de ellos. (...) Ha habido actos contra las sedes judiciales (...). **En los últimos días, seguro que estarán al tanto, se están produciendo las autoinculpaciones masivas en las sedes judiciales**, especialmente aquí en Barcelona, y es verdad que son concentraciones pacíficas, pero ustedes no se pueden imaginar el retraso que ello supone a la hora de celebrar los juicios. Tenga en cuenta que entrar, acceder al edificio judicial en estas condiciones es muy complicado. La policía está haciendo bien su trabajo, filtra la gente que entra dentro del edificio, pero eso supone exigirles que presenten documentación, las notificaciones como que tienen una citación judicial dentro del edificio, no todo el mundo va con su citación... En definitiva, eso genera unos problemas y unos atrasos en el día a día y en el funcionamiento que hace que sea muy complicado nuestro trabajo».

«Periodista: Yo le quería hacer una pregunta. Como tenemos un sistema de justicia muy, muy complicado, por el cual ustedes dependen del Estado, la Administración de la Justicia es una transferencia autonómica y por tanto la gestión depende de las autonomías, nos ha relatado los casos de hostigamiento personales, pero la Generalitat, en el caso como administradora competente de la

Administración de la Justicia, ¿también está torpedeando la función de los propios jueces en relación con el proceso abierto en Cataluña? Me gustaría que nos explicara cómo está funcionando esto, como se está comportando la Generalitat en este terreno.

Respuesta del Sr. Gadea Francés: (...) *Sin ir más lejos hace unos días nos mandaron un correo electrónico diciéndonos que el Centro de Estudios Jurídicos iba a organizar una charla sobre las primeras reflexiones a raíz de la sentencia del procés. Una charla, desde luego, que como se pueden imaginar, llamaba la atención por ser muy poco neutral. Moderada, además, o presentada, por la consellera de Justicia. Imagínense el interés jurídico que puede tener que modere o que vaya a esta charla la consellera de Justicia. Sí que es verdad que nosotros estamos viviendo que desde la Generalitat se llevan a cabo actuaciones que a nosotros nos incomodan mucho».*

«Periodista: Claro. Bueno, pues don Joaquín Gadea, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura en Cataluña y juez decano de Tarragona, le agradecemos su presencia en *El Cascabel*. Y nuestro apoyo, porque están trabajando en unas circunstancias bastante comprometidas y difíciles. Así que cuenta por lo menos con nuestro apoyo.

Respuesta del Sr. Gadea Francés: *Muchas gracias y sobre todo gracias por darnos la oportunidad de poder expresar este tipo de circunstancias y poder*

denunciarlo en un medio a nivel estatal». (La negrita es nuestra la contaminación y falta de imparcialidad del Magistrado Sr. Gadea)

Todas estas manifestaciones ponen de manifiesto la falta absoluta de apariencia de imparcialidad del Ilmo. Sr. Joaquín Elías Gadea Francés, que, conociendo que iba a formar parte de la Sala que iba a juzgar al acusado, escasos días antes del inicio del juicio oral, «denunció» públicamente en televisión: determinadas actuaciones de miembros del Gobierno que preside el acusado, incluido su presidente; (ii) sentirse personalmente «hostigado» e «incomodado» por el Gobierno que preside el acusado; y (iii) sentirse «preocupado profundamente» por las actuaciones de ese Gobierno.

Naturalmente, si bien el Ilmo. Sr. Gadea Francés, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, tiene reconocida plena libertad para hacer las manifestaciones que tenga por conveniente, ello no es incompatible con que, el hecho de hacer tales manifestaciones públicas, tan cercanamente, además, al momento del juicio oral, lo priva de la apariencia de imparcialidad necesaria respecto del acusado, que es el presidente de la Generalitat respecto de la que llevó a cabo lo que él mismo calificó de «denuncias» en televisión. Tal imparcialidad que es exigible de conformidad con el

artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Respecto a la denegación de esta importante alegación, en fase de cuestiones previas, hay que resaltar el excesivo formalismo que se nos exige, pues si bien no fue recusado con anterioridad, sí fue cuestionado previo el comienzo de la celebración del juicio oral. Entendemos que el deber de abstención es previo al derecho de recusar y en este caso concreto, la respuesta no respondió a los estándares marcados por la propia jurisprudencia del TEDH -por ejemplo, asunto Gómez de Liaño y Botella c. España 22 julio 2008- que postula el análisis circunstancial de cada caso, sin que interpretaciones inflexibles eludan la valoración de la reclamación de la defensa.

En todo caso, sorprende la sugerencia que contiene la sentencia sobre la supuesta extemporaneidad o falta de planteamiento en tiempo y forma de la recusación de este magistrado. Y ello porque las manifestaciones públicas que se esgrimen fueron vertidas en un medio de comunicación en días previos al juicio, de tal modo que no había vencido el plazo para recusarle cuanto empezó la vista.

Por ello, la alegación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 sobre la supuesta extemporaneidad del planteamiento no sólo no es corresponde con la realidad, sino que, además, resulta irrelevante, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, al respecto, la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de julio de 2008 en el asunto *Chronopost*, ha establecido lo siguiente:

*"44. El derecho a un proceso justo, tal como se garantiza en el artículo 6, apartado 1, del CEDH, constituye un derecho fundamental que la Unión Europea respeta en tanto que principio general en virtud del artículo 6 UE, apartado 2 (sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 29*).*

45. Ese derecho a un proceso justo implica que toda persona deberá poder ser oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley. Tal derecho es aplicable en el marco de un recurso jurisdiccional contra una decisión de la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia de

17 de diciembre de 1998, Baustahlgebebe/Comisión, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 21).

46. *Las garantías de acceso a un tribunal independiente e imparcial y, en particular, las que determinan tanto el concepto como la composición de éste, constituyen la piedra angular del derecho a un proceso justo. Éste implica que todo órgano jurisdiccional está obligado a verificar si, por su composición, es un tribunal independiente e imparcial cuando surja sobre este punto una controversia que no parezca de entrada carente manifiestamente de fundamento.* Dicha verificación es necesaria para la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable (véase a este respecto TEDH, sentencia Remli c. Francia de 23 de abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, p. 574, apartado 48). En este sentido, **tal control constituye un requisito sustancial de forma cuya observancia es de orden público.**

47. De ello se desprende que, si en el marco de un recurso de casación surgiera sobre este punto una controversia que no fuera manifiestamente carente de fundamento, como sucede en el presente asunto, **el Tribunal de Justicia está obligado a verificar la regularidad de la composición de la formación del Tribunal de Primera Instancia que dictó la sentencia recurrida.**

48. Dicho de otro modo, debe considerarse que **un motivo de esa índole, basado en la irregularidad de**

la composición del Tribunal de Primera Instancia, como es el motivo del que conoce el Tribunal de Justicia, constituye un motivo de orden público que debe ser examinado de oficio (sobre el examen de oficio de los motivos de orden público, véase, en particular, la sentencia de 2 de abril de 1998, *Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 67*).

49. *Por tanto, el examen de dicho motivo puede tener lugar en cualquier fase del proceso* (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de febrero de 1997, *Comisión/Daffix, C-166/95 P, Rec. p. I-983, apartado 25*)". (La negrita es nuestra)

Hallándonos, en los términos que hemos señalado *supra*, en un litigio indiscutiblemente encuadrado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, es evidente que esta Excm. Sala, ineludiblemente, debe partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de verificar que se cumple con el derecho a un tribunal imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la reciente sentencia de 11 de julio de 2019 en el asunto *Skrlj c. Croacia*, ha señalado:

"45. Turning to the particular circumstances of the present case, where the trial judge was aware of the circumstances justifying his withdrawal before the hearing leading to the applicant's conviction, **the Court does not find it necessary to rule on whether the applicant, as he claimed, had actually lodged an application for the judge's disqualification or, as the Government seemed to suggest, no such application had apparently been made. What in this specific context the Court considers relevant is the fact that an obligation on the part of a judge sitting in a case to inform immediately the president of the court of the circumstances justifying his removal is expressly set out in the national law** (see paragraph 21 above, section 104(3) of the Minor Offences Act). Consequently, it was primarily for Judge B.L.V., who was aware of the circumstances, to ask the President of the Pazin Minor Offences Court to be removed from the case."

Es evidente que esa misma obligación existe en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con todo, a pesar de que esta jurisprudencia fue aducida en el acto del juicio oral, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no hace ninguna alusión a ella en su sentencia.

Son reproducibles, en este punto, las consideraciones y citas jurisprudenciales realizadas *ut supra* respecto al Magistrado Sr.

Barrientos y en relación con la sentencia del TEDH en el caso Otegi Mondragón y otros contra España.

3.4- Tratamiento y forma de dirigirse a mi mandante, despojándole de honores, anticipando así la condena.

Mi mandante, le guste o no al Tribunal *a quo*, no sólo es diputado al Parlamento de Cataluña, sino que es además el President de la Generalitat, por tanto, es la máxima autoridad de Cataluña y, miren por donde, también representante del Estado en Cataluña. Quienes le denostan lo hacen, igualmente, con la institucionalidad que representa, sea esta la catalana como la estatal.

El artículo 67 del Estatut de Catalunya así lo establece:

"1. *El Presidente o Presidenta tiene la más alta representación de la Generalitat y dirige la acción del Gobierno. También tiene la representación ordinaria del Estado en Cataluña.*

2. *El Presidente o Presidenta de la Generalitat es elegido por el Parlamento de entre sus miembros.*

Puede regularse por ley la limitación de mandatos.

3. *Si una vez transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura, ningún candidato o candidata es elegido, el Parlamento queda disuelto automáticamente y el Presidente o Presidenta de la*

Generalitat en funciones convoca elecciones de forma inmediata, que deben tener lugar entre cuarenta y sesenta días después de la convocatoria.

4. *El Presidente o Presidenta de la Generalitat es nombrado por el Rey.*

5. *Una ley del Parlamento regula el estatuto personal del Presidente o Presidenta de la Generalitat. A los efectos de precedencias y protocolo en Cataluña, el Presidente o Presidenta de la Generalitat tiene la posición preeminente que le corresponde como representante de la Generalitat y del Estado en Cataluña.*

6. *Como representante ordinario del Estado en Cataluña, corresponde al Presidente o Presidenta:*

a) Promulgar, en nombre del Rey, las leyes, los Decretos leyes y los Decretos Legislativos de Cataluña y ordenar su publicación.

b) Ordenar la publicación de los nombramientos de los cargos institucionales del Estado en Cataluña.

c) Solicitar la colaboración a las autoridades del Estado que ejercen funciones públicas en Cataluña.

d) Las demás que determinen las leyes."

Los tratamientos honoríficos u honores que merece esta autoridad son anejos al relevante cargo que ocupa; no olvidemos que no sólo es la más alta representación de Cataluña, también ostenta la representación ordinaria del Estado en Cataluña y, su designación es parlamentaria, es decir, proviene de la soberanía popular.

El artículo 8.1 de la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat y del Govern, dedicado a los "Derechos honoríficos y protocolarios", establece que:

"1. El presidente o presidenta de la Generalidad recibe el tratamiento de muy honorable señor o muy honorable señora, tiene derecho a utilizar como distintivos la bandera de Cataluña y el escudo de la Generalitat y tiene derecho a recibir los demás honores que corresponden a la dignidad del cargo".
(La negrita es nuestra)

Estos honores, así como el tratamiento que ha de recibir están establecidos como un derecho del President, por el cargo que ocupa y constituye, por tanto, una obligación de todos aquellos quienes se dirigen a él, incluidos los magistrados que lo han enjuiciado, que, de conformidad con el artículo 9.1 de la Constitución, se encuentran sometidos también a la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat. Por tanto, en el trato oficial, como sin duda es el acto de un juicio oral, no se trata de una fórmula opcional de cortesía. El cargo que ocupa hace al M. H. Sr. Quim Torra i Pla acreedor de ese tratamiento en función de la representación que ostenta en Cataluña, de todos los catalanes.

Este tratamiento honorífico podría llegar a entenderse afectado por la pena inhabilitación especial que pretende imponer la sentencia recurrida, en previsión de lo establecido en el artículo 42 del Código Penal: *"La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación."*

Por tanto, no es sino tras condena penal firme que un cargo público se podría ver privado del cargo que ocupa *"y de los honores que le sean anejos"*. Tratándose de un cargo electivo, como es el President de la Generalitat, tras la condena firme no perdería automáticamente el cargo que ocupa sino que ello requeriría de una decisión de los órganos del Parlament de Catalunya, pues se trata de un cargo representativo, que procede de la voluntad de la ciudadanía, mediante sufragio universal, libre y directo.

Así, antes, durante y después del dictado de sentencia, mi mandante conserva el tratamiento

honorífico de Molt Honorable o, incluso, podría abreviarse en "President", pues sigue haciendo alusión al relevante cargo representativo que ocupa. Lo que no es aceptable, so pena de vulnerar el derecho al juez imparcial -también el derecho fundamental a la presunción de inocencia- es despojarle de sus honores o tratamiento honorífico antes incluso de dictarse la sentencia condenatoria, como ocurrió en el presente caso.

Pudimos escuchar cómo el Presidente de la Sala se dirigió a mi mandante como "Señor Torra", sin más, a lo largo de la sesión del juicio oral. Cuando esta parte se quejó por el tratamiento que estaba recibiendo, despojándole de sus honores de forma anticipada al dictado de sentencia, el Presidente de la Sala se justificó en la premisa de que todos somos ciudadanos iguales ante la ley y que esa igualdad rige para todos, incluido el President de la Generalitat.

Es asombroso que se facilitara este endeble argumento, por cuanto esta parte no pretendía dotar, procesalmente hablando, de distinción extraordinaria al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, era evidente que estaba siendo tratado como cualquier otro ciudadano acusado, sentado en el banquillo de los acusados y, al menos en teoría, eran aplicables

los derechos fundamentales que rigen en todo procedimiento penal para los acusados.

La exhibición de menosprecio, porque no fue otra cosa, por parte de la sala de enjuiciamiento hacia mi mandante, no sólo despojándole de su tratamiento honorífico de forma anticipada sino con el irrespeto que ello supuso, hizo patente que ya se tenía una convicción de condena, antes de que se practicara la prueba en el plenario. Desde el mismo momento en que el Presidente de la sala se dirigió a él para que tomara asiento al comenzar el juicio; actitud persistente a lo largo del juicio, que, incluso, justificó como consta en la grabación (Minuto 00:00:44 en adelante).

Prueba de que se cometió una vulneración que puso de manifiesto la falta de imparcialidad del órgano a quo así como la consecuente vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es el hecho de que se ha intentado subsanar en la misma sentencia. Así, se observa cómo en el texto de la resolución no se ha omitido el tratamiento de Molt Honorable President y se ha incluido en todas las menciones que se hacen a él. Concretamente, **se pasa de no tratarle ni una sola vez como Muy Honorable President o President a hacerlo en 71 ocasiones a lo largo de la sentencia.**

Este tardío gesto refuerza la alegación sobre vulneración del derecho invocado, pues demuestra que el Tribunal quebró su imparcialidad, como el derecho a la presunción de inocencia, al degradarle durante la celebración del juicio y acredita que esta cuestión no es baladí.

No procedería considerar que se subsanó tal vulneración, pues lo que percibió mi mandante no es otra cosa que la animadversión hacia su persona y el empeño por condenarle, aún antes de que se practicara la prueba. Esta percepción, como vemos, no es meramente subjetiva ni propia de una persona con gran susceptibilidad, sino que es objetivable, como puede desprenderse de la grabación del juicio oral.

En este sentido, podemos concluir que el Tribunal a quo no superó el test de imparcialidad a que se refiere constante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni en el trámite subjetivo ni en el trámite objetivo.

Así, podríamos resumir lo que venimos diciendo en la siguiente sentencia del TEDH²³:

²³ Caso Blesa Rodríguez contra España de 1 de diciembre de 2015

"El Tribunal reitera que la imparcialidad debe evaluarse por medio de un análisis subjetivo, que consiste en tratar de determinar la opinión personal de un juez concreto en un asunto determinado; y por medio de un análisis objetivo, que consiste en confirmar si el juez ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima en este sentido (ver, entre otros precedentes *Morice c. Francia* [GC], nº 29369/10, §§ 73-78, 23 de abril de 2015; *Pescador Valero c. España*, anteriormente citado, § 21; y *Thomann c. Suiza*, 10 de junio de 1996, § 30, *Informes sobre Juicios y Decisiones* 1996-III)."

Aquí, una vez más, es de aplicación lo expuesto *ut supra* en cuanto al derecho al Juez imparcial según lo ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia del caso *Otegi Mondragón y otros contra España*²⁴.

Tenemos, por tanto, que los temores anunciados de falta de imparcialidad cuando se expresaron en el trámite de cuestiones previas fueron confirmados por el tenor y la fundamentación de la sentencia. En consecuencia, los siguientes motivos de casación se remitirán con frecuencia a este primero, pues buena parte de los defectos formales y materiales de la

²⁴ TEDH Sentencia *Otegi Mondragón y otros contra España* de 16 de octubre de 2018 en las demandas no 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15 y 5053/15

sentencia recurrida se pueden vincular con la falta de imparcialidad del Tribunal.

MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN

INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, 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 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, POR INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4 BIS, APARTADO 2, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

Se denuncia vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías sobre la base de la inobservancia del artículo 4 Bis, apartado 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado el planteamiento de cuestiones prejudiciales planteada por esta parte al finalizar el juicio oral y una vez había quedado fijado el marco fáctico y jurídico del debate. La Instrucción 1/2016 de la Fiscalía General del Estado así como el Informe de 27 de junio de 2014 del Consejo General del Estado recomiendan en relación a la forma de aplicarse el artículo 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea.

Sin embargo, una vez planteadas dichas cuestiones prejudiciales, la Sala dictó resolución *in voce*, en cuya virtud las inadmitió a trámite, alegando que se habían planteado extemporáneamente y que eso crearía indefensión a las partes. Esta parte formuló respetuosa protesta.

Esta decisión vulneró el derecho a un proceso con las debidas garantías porque la creación de un incidente de planteamiento de cuestiones prejudiciales, por el que las partes tienen la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga -ex art 4bis LOPJ- no solo viene establecido legalmente sino que de por sí no causa indefensión.

Al día siguiente, día 19 de noviembre, esta parte presentó recurso de súplica contra la inadmisión de las cuestiones planteadas al finalizar el informe durante el juicio oral, e insólitamente, se expulsó dicho recurso del procedimiento, mediante providencia de 20 de noviembre de 2019, por la que "se devolvió" porque "no cabía recurso alguno", salvo lo que quisiéramos "articular" en el recurso de casación -"sin perjuicio de su articulación contra la sentencia que ponga fin al juicio oral..."-.

No se dictó auto de inadmisión del recurso de súplica -decisión notablemente incorrecta también-sino que no se nos permitió ni siquiera presentarlo, lo que, además, supone una grave vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, al privarnos de los recursos establecidos en la ley, como sucedió en este caso.

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 sobre la aplicación de las normas de procedimiento y sobre la inaudita expulsión de un recurso previsto en la ley.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Al concluir la sesión del juicio oral del día 18 de noviembre de 2019, en su informe esta parte interesó el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es decir, una vez finalizado el juicio, esta parte propuso, mediante lectura, dichas cuestiones prejudiciales, a fin de que dicho incidente se tramitara correctamente, tal cual establece la LOPJ en su artículo 4 bis.

Una vez expuestas, tratamos de presentarlas por escrito en el acto, a lo que el Excmo. Magistrado que presidía la sala, se negó, aduciendo que no era el momento procesal oportuno, pues se causaba indefensión a las demás partes.

Esta parte formuló respetuosa protesta al respecto. Además, el día siguiente presentó un recurso de súplica contra dicha resolución dictada *in voce*.

Sin embargo, aunque se trató de iniciar un incidente al finalizar el juicio y antes de dictar sentencia, mediante providencia de 20 de noviembre de 2019, se procedió a la devolución de nuestro recurso, "sin perjuicio de su articulación contra la sentencia que ponga fin al juicio oral...". Es decir, se nos indicó, de paso, que debíamos incluir nuestra queja en este recurso de casación dando ya a entender que sería el caso: tener que recurrir por ser la sentencia desfavorable y ello a pesar de no haberse iniciado aún las deliberaciones.

Evidentemente, no llevaba razón alguna la Sala, dado que no se trata de un extremo objeto de debate, sino de un incidente procesal, acabado el juicio y previo el dictado de la sentencia. Tanto como cuando al finalizar el juicio oral, en causa con preso, la

defensa solicita la libertad de su cliente y se tramita como un incidente, cuya denegación no da lugar a incorporarlo al recurso contra la sentencia.

En todo caso, lo que resulta absolutamente anómalo es que se nos devolviera el recurso. Una cosa es que se niegue a tramitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales, que ya es grave, y otra que ni siquiera se nos permita presentar recursos contra las decisiones de la Sala. Y ello porque si la Sala entendía que no cabía recurso alguno, debió haber dictado lo procedente en su caso pero nunca debió expulsar nuestro recurso del procedimiento. Es gravísimo lo sucedido y solo se explica a la luz de lo alegado en nuestro primer motivo de casación, sobre la falta de imparcialidad del Tribunal *a quo*.

No otra cosa refleja la actitud manifiestamente obstativa de la Sala, pues, se da la circunstancia de que dichas cuestiones prejudiciales versaban mayoritariamente sobre la alegada falta de imparcialidad del Tribunal, que a todas luces había ya prejuzgado el caso.

Por tanto, en el presente caso estamos ante una inopinada resolución *in voce* dictada por un órgano colegiado y, por tanto, entendimos que el cauce legalmente previsto para su impugnación es el propio

del recurso de súplica previsto en el artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal *a quo*, al dictar la resolución consistente en inadmitir a trámite las cuestiones prejudiciales leídas al finalizar el informe, prescindió total y absolutamente de las normas de procedimiento, causando efectiva indefensión y, al mismo tiempo, creó una vía resolutiva no prevista en el ordenamiento jurídico toda vez que, es patente, no se ha respetado lo establecido en las normas de aplicación.

Así, el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, claramente, la forma en que ha de resolverse este tipo de situación. Hemos aquí de citar dicho precepto que establece que:

"1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Es decir, justamente lo que estábamos y estamos reclamando)

2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes". (Sensu contrario, para decidir no plantearla cuando se ha solicitado

expresamente, el cauce previsto es el mismo de este precepto)."

El argumento usado por el Tribunal para inadmitir a trámite nuestras cuestiones prejudiciales no solo se aparta de la legalidad sino que, además, carece de cualquier tipo de apoyo doctrinal o jurisprudencial, como bien podrá comprobar esta Excma. Sala.

No existe un solo precedente jurisprudencial en que se establezca que el planteamiento de la necesidad de que el Tribunal eleve cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pueda incluir en la fase de informe. Ni un solo precedente jurisprudencial en que el artículo 737 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya sido interpretado de la forma en que lo hizo la Excma. Sala en el acto del juicio oral respecto del planteamiento de las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como tampoco existe precedente jurisprudencial alguno que lo haya interpretado así respecto del planteamiento, en su caso, de una cuestión de constitucionalidad.

Es más: a la vista del artículo 4 bis.2 LOPJ, el argumento utilizado por el Presidente del Tribunal en el acto del juicio, según el cual el hecho de

plantear la necesidad de elevar las cuestiones prejudiciales en la fase de informe habría dejado a las demás partes “sin posibilidad de hacer alegaciones a sus propuestas”, no puede calificarse sino de mero pretexto con la única pretensión de vulnerar los derechos de esta parte, es decir de una decisión arbitraria. El momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión prejudicial es una vez concluso el proceso, antes de dictar sentencia, como señaló el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 27 de junio de 2014, como veremos más adelante.

Máxime teniendo en cuenta que la Instrucción 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, a la que nos referiremos a continuación, dispone lo siguiente:

“El art. 4 bis LOPJ no especifica la forma en la que debe darse audiencia a las partes. En atención a la trascendencia del dictamen a emitir, que por su propia naturaleza exige reflexión y estudio previo, los Sres. Fiscales interesarán el traslado para alegaciones por escrito, oponiéndose a informar en sede de audiencia o vista pública.”

Que se establezca claramente que se han de oponer, los fiscales, “a informar en sede de audiencia o vista pública” es un reconocimiento expreso de que el momento procesal oportuno para el planteamiento

de la cuestión prejudicial es ese: el de la audiencia o vista pública tal cual lo hizo esta parte y lo que se establece como criterio de actuación para la Fiscalía, es el contestar de manera reflexiva, por escrito, con posterioridad.

En este sentido, cabe recordar la elemental distinción existente entre la petición de planteamiento de una cuestión prejudicial (sea europea o constitucional) respecto de las pretensiones en el proceso penal.

Y no solo porque el artículo 4 bis.2 LOPJ establece un trámite de audiencia específico respecto del planteamiento de las cuestiones prejudiciales (por lo que en ningún caso se podría alegar indefensión por ninguna de las partes), sino, especialmente, porque la cuestión prejudicial, europea o constitucional, son instrumentos que la Sala, como juez o tribunal de la Unión Europea, podría haber planteado de oficio, incluso aunque no hubiera sido solicitada por ninguna de las partes.

En este sentido, cabe insistir en que las cuestiones prejudiciales cuyo planteamiento se pide al Tribunal son absolutamente coherentes con las conclusiones presentadas, así como con las vulneraciones de

derechos fundamentales que esta parte ha venido denunciando a lo largo de todo el proceso penal.

La denegación aquí alegada, además, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva y, además, vulnera incluso el derecho al juez imparcial, toda vez que nuestros planteamientos iban y van en directa relación con la falta de imparcialidad del Juez de Instrucción y de algunos de los miembros de esta Excma. Sala. Cabe no olvidar, además, que la cuestión prejudicial es un instrumento de garantía, también, del derecho al juez predeterminado por la ley, que para la recta interpretación del Derecho de la Unión Europea no es otro que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pareció que la Sala *a quo* olvidó que el principio de equivalencia, uno de los ejes rectores del Derecho de la Unión, obliga a dar el mismo trato a las normas de la Unión que a las internas, lo que en este caso se ha omitido totalmente. Obviamente que también ha de tenerse presente el principio de primacía que es el otro gran olvidado en la precipitada y no meditada resolución adoptada por la Sala de enjuiciamiento y la omisión de ambos principios conlleva, igualmente, la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías.

Así, hemos de señalar aquí cuál es la postura de la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 1/2016 en la que, entre otras cosas, instruye a los señores fiscales en el siguiente sentido:

"La primacía del Derecho comunitario ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) desde la sentencia Van Gend en Loos en 1962 y Costa en 1964 y asumida por el TC, que ha declarado que "**el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento**" (STC no 145/2012, de 2 de julio).

El TJUE sostiene que es el órgano jurisdiccional interno quien ha de dejar sin aplicación, **en virtud de su propia autoridad e iniciativa**, toda disposición contraria al Derecho comunitario, sin esperar a su derogación o declaración de inconstitucionalidad (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77).

La regulación básica de la cuestión prejudicial se contiene en los arts. 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Esta regulación ha sido desarrollada en otros textos normativos comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009 (en adelante, ETJUE); y

por el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (en adelante, *RPTJ*), que regula la materia en su Título Tercero, bajo la rúbrica "de las cuestiones prejudiciales" (arts. 93 a 118).

Las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012 (en adelante, *RTJ*) sistematizan la jurisprudencia comunitaria al respecto, con el fin de "orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento" (apartado 6 *RTJ*).

Las RTJ definen la cuestión prejudicial como "un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión".

Compete al *TJUE* dar la interpretación y controlar la validez de las normas que conforman el ordenamiento comunitario en aras a garantizar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros de la *UE* (arts. 267 *TFUE*, 94 *RPTJ* y apartados 2, 11 y 15 *RTJ*). El art. 19.3 b) *TUE* dispone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará de conformidad con los Tratados "con carácter prejudicial, a petición de

los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones".

Dispone el art. 267 TFUE que "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.**

En las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, la expresión de la duda del Juzgador tiene un alcance más amplio que en la cuestión de inconstitucionalidad. El artículo 94 RPTJ exige que la petición de decisión prejudicial contenga "la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión". Las RTJ señalan que debe incluirse un "breve resumen de los argumentos pertinentes de las partes en el litigio principal" (apartado 23) y que "el órgano jurisdiccional remitente puede, en su caso, indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta

que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial" (apartado 24).

El Tribunal Constitucional considera que no puede declarar la infracción de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (SSTC no 111/1992, de 14 de septiembre; 201/1996, de 9 de diciembre), **salvo cuando la falta de planteamiento suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías** (SSTC no 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio y 78/2010, de 20 de octubre).

En la reciente STC Nº 99/2015, de 25 de mayo expresamente se declara que "el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación".

Por el contrario, cabe entender que si conforme al art. 267 TFUE procede plantear obligatoriamente la cuestión prejudicial de interpretación, **la vulneración de tal obligación, inaplicando la Ley por contraria al Derecho de la Unión, supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.**

El art. 4 bis LOPJ contiene unos requisitos mínimos de tramitación de la cuestión prejudicial: **1) que se dé audiencia a las partes para que puedan alegar**

lo que estimen al respecto y 2) en todo caso, que ésta se decida mediante auto, lo que exige motivación." (La negrita es nuestra)

Como bien puede apreciarse, nada de esto se hizo.

Sigamos con la interpretación de la Fiscalía General del Estado, en la mencionada Instrucción, se hizo al respecto:

"Como expresara el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 27 de junio de 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, deba ser cuando el proceso ha quedado concluso y antes de dictar sentencia o resolución definitiva". (La negrita es nuestra)

Justamente este punto es el que priva de razón, junto con las formales, a la decisión adoptada *in voce* porque lo hicimos en el momento procesal oportuno, pues aunque resultara incómodo, era legalmente oportuno, necesario e imprescindible.

Continúa la Instrucción de Fiscalía como sigue:

"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". (La negrita es nuestra)

Así, vemos que no existe otro momento más oportuno que una vez delimitado el marco fáctico y jurídico, al finalizar los alegatos, para plantearla por más que la Sala a quo no lo considerase así.

La Instrucción 1/2016 continúa así:

"Debe no obstante introducirse una matización flexibilizadora, aplicando mutatis mutandis las consideraciones efectuadas en la Instrucción 2/2012, de 27 de junio, sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad: cabrá admitir la decisión de plantear la cuestión prejudicial antes cuando, aunque no pudiese considerarse concluso el proceso, de dicha circunstancia no se derive un planteamiento prematuro de la cuestión. Esta posibilidad

excepcional se constríñe, como regla general, a las leyes procesales, y sólo es admisible en el caso de leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso hasta sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso." (La negrita es nuestra)

Obsérvese que esta posibilidad excepcional no se da en el caso que nos ocupa y, por tanto, el momento procesal era el correcto y la decisión de la Sala a quo fue la incorrecta. Nada le impedía recabar la opinión de las demás partes antes de resolver conforme al artículo 4 bis de la LOPJ.

Finalizamos la transcripción de la Instrucción 1/16, con la siguiente recomendación para los Sres. Fiscales:

"En cuanto a la posibilidad de que la presentación de la cuestión acarree la suspensión del procedimiento, el Informe del CGPJ considera que "debe entenderse que la presentación de una cuestión debe ir seguida de la suspensión del proceso a quo, a la espera de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". Parece conveniente asumir esta pauta.

El art. 4 bis LOPJ no especifica la forma en la que debe darse audiencia a las partes. Partiendo de que el efecto del planteamiento de la cuestión deriva en un resultado de singular trascendencia como es la suspensión del proceso nacional hasta que el TJUE se pronuncie, causaría absoluta indefensión a las partes no oírlas sobre este extremo. En atención a la trascendencia del dictamen a emitir, que por su propia naturaleza exige reflexión y estudio previo, los Sres. Fiscales interesarán el traslado para alegaciones por escrito, oponiéndose a informar en sede de audiencia o vista pública.

La providencia de traslado debe precisar, como ocurre con las cuestiones de inconstitucionalidad, el objeto y el alcance de la duda, de modo que el Fiscal y las demás partes no tengan que determinar cuál es el objeto exacto del traslado que se le confiere. Si la providencia de traslado no identifica correctamente las normas de Derecho europeo en relación con las que se suscita la cuestión prejudicial interpretativa o de validez, su aplicabilidad para resolver la cuestión objeto del litigio y, en su caso, las normas nacionales que podrían estar en contradicción, deberá interponerse el recurso en cada caso procedente pues tales deficiencias impiden valorar correctamente la procedencia del planteamiento de la cuestión. Si la exposición del órgano jurisdiccional no es suficiente, los Sres. Fiscales habrán de recurrir la providencia de traslado. En caso de que, ni siquiera a través del recurso quede claro el alcance

de la cuestión, los Sres. Fiscales informarán en el sentido de que no procede su planteamiento ante el TJUE.

En todo caso, debe tenerse presente que "la apreciación de la pertinencia y la necesidad de la cuestión prejudicial es responsabilidad única del órgano jurisdiccional que acuerda la remisión prejudicial" y que la remisión prejudicial "debe producir sus efectos siempre que no haya sido anulada o modificada por el."

Si bien es obvio que la Sala a quo no venía obligada al planteamiento de las cuestiones prejudiciales solicitadas por esta parte, también lo es que sí estaba obligada a tramitarlas conforme a Derecho, dando lugar a una resolución fundada en Derecho, también en relación con su decisión de denegar el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

En cualquier caso, y como se expuso en la vista oral y en el momento procesal oportuno, si la finalidad de la Sala era impedir el planteamiento de estas cuestiones por razones de agenda, las mismas podrían ser reproducidas en sede casacional, lo que obliga al órgano jurisdiccional, en ese caso Tribunal Supremo, a su remisión por ser última instancia en el caso de dudarse de la interpretación que esta parte aporta sobre el Derecho de la Unión aplicable al caso y que, como no puede ser de otra forma,

viene amparada por sólida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si todo lo anterior es grave, más lo es un hecho sorprendente: **la sentencia ni tan siquiera recoge, en sus antecedentes, que esta parte haya realizado tal planteamiento prejudicial.**

Interesa destacar que los cuatro últimos antecedentes recogidos en la sentencia aquí recurrida establecen:

"CUARTO.- La defensa del acusado MHP Joaquim Torra i Pla elevó a definitivas las conclusiones provisionales en las que había negado la comisión de delito alguno, para terminar por interesar la libre absolución de su defendido.

QUINTO.- Tras el trámite de informes de cada una de las partes, el acusado hizo uso de su derecho a dirigir al Tribunal la última palabra, tras lo cual se declaró el juicio visto para sentencia.

SEXTO.- En el presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales." (La negrita es nuestra para resaltar la omisión alegada)

Consta en el acta del juicio oral, que afortunadamente es videográfica, que dichas cuestiones prejudiciales fueron planteadas y una cosa es hayan sido inadmitidas o rechazadas y otra

muy distinta que se omita, incluso, su planteamiento tal cual se puede comprobar en dicha acta (Vídeo 7, minuto 0.42.16, hora: 17.46.24).

Se plantearon unas importantes cuestiones prejudiciales, se inadmitieron a trámite con omisión de las normas de aplicación y, como si nada de eso fuese suficiente, se ha procedido a omitir tal antecedente en la Sentencia y, claro está, ni mucho menos se llega a razonar nada de ellos. Dicho en otros términos: se actúa como si fuese algo que no sucedió pero sí que ha pasado y ahí está el acta para acreditarlo.

En cualquier caso, y por mucho que se pretenda tapar el sol con las manos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá que pronunciarse sobre este caso en lo relativo a la interpretación de los artículos 20, 21, 39.2, 47 y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que cabe recordar que son normas que incluso de oficio debe aplicar el Tribunal), por estar el presente proceso penal dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como lo está por cuanto la sentencia condenatoria incorpora la inhabilitación de nuestro defendido para todo cargo público electivo de la Unión Europea. Sin embargo, entonces creímos que en aras a la pulcritud procesal y de garantía de los

derechos fundamentales invocados la sede natural y racional para esa remisión era aquélla donde se intentó, sin perjuicio de la obligación que el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea impone sobre esta Excma. Sala en cuanto al planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

MOTIVO TERCERO DE CASACIÓN

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 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 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y 47 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

Se denuncia en este motivo la absoluta falta de motivación contenida en la sentencia; se trata de, por una parte, una falta absoluta de motivación mínimamente razonable y, de otra, en una evidente incongruencia omisiva al no darse respuesta a ninguno de los planteamientos realizados por la defensa en el plenario.

Son reiteradas las remisiones que se realizan a decisiones, de fondo, adoptadas en otras fases del procedimiento, lo que implica un prejuzgamiento como se ha expuesto en otros motivos del presente 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 y que, de no compartirse por parte del Tribunal, debieron ser contestados de manera fundada pero no silenciándolos como se ha hecho en la sentencia aquí impugnada.

El juicio oral no consiste en un mero trámite sino que es el momento culmen de cualquier proceso y, lo que ahí se planteaba y se sigue sosteniendo, requería de un pronunciamiento expreso del Tribunal no pudiéndose acudir a la teoría de la desestimación implícita toda vez que, por ser cuestiones que afectan a derechos fundamentales, su omisión conlleva, como aquí alegamos, la vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva.

DESARROLLO DEL MOTIVO

La sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendido como derecho a obtener del Tribunal una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente. Más concretamente, presenta un déficit de razonamiento y fundamentación que solo puede ser consecuencia de la predeterminación del fallo, que a su vez resulta de la falta de imparcialidad del tribunal.

Se alega que la sentencia impugnada incurre en vulneración manifiesta del derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte. Ello es así porque, contraviniendo el contenido sustantivo del derecho fundamental no constituye a ningún efecto una **resolución razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones deducidas en su día por esta parte.**

De hecho, el Tribunal no realiza un análisis consistente en contrastar los fundamentos de las acusaciones con los argumentos de la defensa. La sentencia se limita a expresar el punto de vista ya conocido, como se demuestra en el Motivo Primero del presente recurso, de los magistrados sin demostrar una posición abierta, es decir imparcial, frente a los argumentos esgrimidos por la defensa. En este sentido, sorprende el orden de presentación de los argumentos, que empiezan por la conclusión condenatoria y acaban por el rechazo de los elementos exculpatorios.

Como se pone de manifiesto, no hay ninguna referencia ni discusión detallada en la sentencia, ni referencias jurisprudenciales, de los argumentos que ponen en duda la competencia de la JEC, la relación de jerarquía con la presidencia de la Generalitat o el amparo legal de los requerimientos

que se dicen desobedecidos. Hay solamente una confirmación de los prejuicios ya expuestos públicamente por el presidente del Tribunal en su rueda de prensa del día 12 de marzo de 2019.

En efecto, tras un primer fundamento dedicado a las cuestiones previas, el fundamento jurídico segundo de la sentencia comienza de forma sumamente elocuente:

"SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de desobediencia del artículo 410.1 C.P., del que es autor el acusado, MHP Joaquim Torra i Pla, en los términos del art. 28, párrafo primero, del C.P."

Parece evidente que la técnica utilizada por el órgano sentenciador dista mucho de ser la adecuada en un proceso intelectivo como el requerido para el dictado de una sentencia que, entre otras cosas, se sustenta en lo que ha de ser un perfecto silogismo que la Real Academia Española define como "1. Argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos".

Aquí, la Sala sentenciadora, a efectos de hecho, derecho aplicable y autoría parte de una premisa: que los hechos son constitutivos de un delito de

desobediencia del artículo 410 del Código Penal y que el autor es mi representado el M.H.P. Torra para, acto seguido, justificar dicha conclusión si bien de manera absolutamente deficiente como se verá ut infra.

Como sostiene Victoria Iturralde²⁵:

"para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales.

Al respecto, continúa Iturralde afirmando que:

*"a través de las teorías de la argumentación jurídica se pretende dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: el relativo a **cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente posibles**. En otras palabras, para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales. Ahora bien, la*

²⁵ "Sobre el silogismo judicial", Victoria Iturralde - ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO VIII (1991) Páginas 239-272

cuestión reside en determinar qué hay que entender por "decisión judicial razonalmente justificada".

El término *razonabilidad* (referido a la decisión judicial), se emplea con dos sentidos diferentes: **razonabilidad externa y razonabilidad interna**. En el primer sentido, se dice que la decisión jurídica es razonable si las premisas han sido debidamente justificadas. En el segundo, la razonabilidad se refiere a la forma correcta de razonamiento. Así, es un lugar común señalar que el razonamiento judicial es razonable si el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico.

Pues bien, uno de los instrumentos que se aduce como garantía de razonabilidad de las decisiones judiciales es el carácter lógico de las mismas.

"La lógica" se convierte en el discurso iusfilosófico en una garantía de certeza y seguridad jurídica, y, correlativamente, en un obstáculo a la inclusión de criterios subjetivos en la decisión".

(La negrita es nuestra)

Y, también nos recuerda dicha autora que:

"la justificación interna de una decisión judicial se refiere a la relación entre las premisas y la decisión . Esta relación puede calificarse bien como "**inferencia**" bien como "**transformación**". Con el primero de los términos se indica que la relación entre las premisas y la conclusión (decisión

judicial) es una relación lógica a la que se llega por medio de una inferencia en el sentido que este término tiene en la lógica formal. El empleo del segundo vocablo denota que la relación premisas conclusión no tiene dicho carácter, sino que consiste en una transformación, un Salto". (La negrita es nuestra)

En el caso que nos ocupa es evidente que no se han aplicado las reglas de la lógica a la hora de realizar el proceso intelectivo que ha llevado a la sentencia condenatoria ni que se haya realizado una adecuada inferencia sino, más bien, una transformación o "salto" de un punto a otro pero, en este caso, partiendo ya de la conclusión que venía condicionada por el "prejuicio" con el que se aproximaron los Magistrados sentenciadores al objeto del proceso, pérdida absoluta de la imparcialidad, como hemos desarrollado en el Motivo Primero de esta casación.

Dicho en otros términos, la metodología utilizada para condenar es técnicamente deplorable y jurídicamente insostenible y, además, solo se puede comprender el proceso seguido si se tiene en consideración que el órgano a quo invirtió los factores: partió del convencimiento de condena para, de ahí, estructurar la resolución de forma tal que

tuviese apariencia de sentencia pero que, realmente, no lo es.

Cuando decimos que no es una sentencia lo hacemos refiriéndonos a los requisitos que ha de cumplir una que pretenda superar los controles de constitucionalidad y, en este Motivo de Casación, los relativos a la tutela judicial efectiva. Sirva como ejemplo la única y escueta valoración de prueba que realiza el órgano sentenciador en la resolución aquí recurrida y que consiste en lo obrante en parte del Fundamento Cuarto:

"Se ha contado en el acto del juicio con la declaración testifical de algunos de los agentes de la Policía Nacional a los que se encargó la toma de fotografías en los diferentes edificios en los que se llevaron a cabo las comprobaciones, coincidiendo todos ellos en que se limitaron a constatar lo que aparecía en las fachadas de cada edificio, siguiendo las órdenes que les habían sido dadas, sin haber recibido directrices ni información (dice la agente 119961) por parte de sus superiores sobre lo que había antes o después de su intervención, señalando el agente 126618 que la orden fue la de fotografiar lo que hubiera en ese momento en las fachadas." (La negrita es nuestra, las incertezas de la Sala sentenciadora)

Este fundamento, en lo único que se ajusta a la realidad de lo practicado en el Plenario es a que dichos agentes realmente sí declararon en el juicio oral pero, en lo demás, omite la propia práctica de la prueba y el interrogatorio al que fueron sometidos y sus respuestas.

Era necesario razonar, incluso para desestimar, que los agentes recibieron órdenes de comprobar la existencia y retirada de **"símbolos ideológicos o partidistas"** (según consta, entre otros, a folio 157 de las actuaciones). En eso también consistió la prueba y su omisión demuestra dos cosas: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la falta de imparcialidad del Tribunal.

"Hicieron las fotografías con su teléfono móvil y las incorporaron a las actas que obran en autos, firmando oportunamente." (La negrita es nuestra, las incertezas de la Sala sentenciadora)

Este fundamento también demuestra la falta de tutela judicial efectiva porque, de una parte, se cuestionó la autenticidad de las fotografías obrantes en las actuaciones toda vez que los originales nunca fueron ni incorporados ni cotejados, limitándose el a quo a establecer que se hicieron con los teléfonos móviles de esos agentes. El debate fue mucho más intenso y jurídicamente relevante y su omisión,

incluso para desestimar nuestro planteamiento, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

"La agente 89874 refiere que acudió a los lugares que obran en las actas los días 19, 20 y 22, y que este último día ya no vio que hubiera simbología de ningún tipo.

Y el agente 125108 asevera que no le dieron ninguna pauta de cómo debía actuar: simplemente, **levantó el acta con lo que vio en las fachadas de los edificios a los que acudió.**" (La negrita es nuestra, las incertezas de la Sala sentenciadora)

No es correcto afirmar que el agente 125.108 no haya recibido pauta alguna de cómo debía actuar; las recibieron todos y así consta en las actuaciones (entre otros Folio 157 y siguientes, todos ellos exhibidos durante la práctica de la prueba testifical) y así se les interrogó planteándose por esta defensa que se trataba de indicaciones que hacían referencia a la ideología que pudiesen reflejar los símbolos cuya retirada se planteaba. El debate, como decimos, fue más intenso y nuestros planteamientos ni aparecen reflejados ni han recibido respuesta alguna con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ningún Tribunal está obligado a darnos la razón a las partes en todo lo que pedimos, la obligación tutelar es mucho más sencilla y limitada: consiste en dar respuesta a todos los planteamientos y aceptarlos, total o parcialmente, o desestimarlos. El silencio implica, necesariamente, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como venimos alegando en el presente motivo y que, sin duda, trae su causa de lo alegado en el Motivo Primero de esta casación por falta de imparcialidad del Tribunal sentenciador.

Y si deficiente o inexistente es la motivación de la sentencia en lo que respecta a la prueba practicada, no lo es menos en el caso del análisis jurídico sobre la idoneidad del mandato de la JEC como orden susceptible de ser desobedecida en sentido penalmente relevante. En efecto, siendo pública y notoria la opinión del magistrado que presidió la sala (vid motivo primero), la sentencia debería haber puesto de manifiesto un mayor esfuerzo argumentativo para rechazar la postura alternativa. Sobre todo al contar esta postura (que sostiene la incompetencia de la JEC para dictar mandatos de obligado cumplimiento a según qué autoridades) con un respaldo jurisprudencial reiteradamente alegado.

En efecto, es extraordinariamente revelador en este sentido el hecho de que la sentencia recurrida no se refiera en ningún momento a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013 (recurso n.º 848/2011). Y decimos que resulta revelador no solo porque esta parte aludió reiteradamente a la misma en el acto del juicio oral, sino porque esta sentencia resulta crucial en relación con la interpretación del tipo penal, pues pone claramente de manifiesto la incorrecta interpretación que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de las competencias de la Junta Electoral Central.

Esta parte no cree que haga falta insistir en algo que es pacífico: para que una sentencia cumpla con los requisitos de motivación debe justificar especialmente la decisión de apartarse del criterio jurisprudencial vigente. Especialmente si este criterio ha sido alegado por una de las partes en favor de sus pretensiones. Cualquier otra cosa solo viene a confirmar el sesgo y prejuicio que, como diremos hasta la saciedad, vicia todo este procedimiento y su resultado.

Otro ejemplo de esta parquedad de argumentos en cuestiones esenciales relativas a la interpretación

del tipo penal que se aplica lo encontramos en el siguiente párrafo de la sentencia:

*"Como no puede ser de otro modo, la interpretación de la ley tiene que atemperarse con la realidad jurídica que la circunda; **el artículo 410.1 C.P. no está refiriéndose a relaciones de subordinación, sino a relaciones orgánicas necesariamente tamizadas por las competencias atribuidas a cada institución y el respeto de las funciones que a cada una le son propias**: no hay duda alguna de que la Junta Electoral Central es la máxima autoridad en materia electoral, y las decisiones y acuerdos que dicte en materia electoral devienen de obligada observancia para todas las instituciones y autoridades, sin posibilidad de distingo alguna."* (La negrita es nuestra, el error conceptual de la Sala sentenciadora)

Vemos que sin siquiera nombrarlo se descarta implícitamente el argumento de esta parte, que ha insistido en este proceso que el tipo penal de desobediencia presupone una relación de la jerarquía. Eso es al menos lo que decía hasta ahora la jurisprudencia alegada y no puede una sentencia apartarse de este criterio con esta superficialidad argumental sin vulnerar varios derechos fundamentales del acusado.

Del mismo modo se ventila la concurrencia de los diferentes elementos del tipo penal que se aplica. No está claro que exista un mandato legal, que se haya desatendido de forma palmaria o que concurra el dolo concreto de desobedecer. Sobre cada uno de estos elementos se ha discutido largamente durante el proceso. Lo suficiente como para que la sentencia hubiera dedicado más esfuerzo y espacio a discutir las circunstancias antedichas.

Poniendo en relación la negligencia motivadora que denunciamos en este motivo casacional con la falta de imparcialidad del tribunal se explica mejor que las principales referencias jurisprudenciales sobre el delito de desobediencia que contiene la sentencia recurrida sean dos:

- La sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictada el 13 de marzo de 2017.
- La sentencia del Tribunal Supremo 459/2019 de 14 de octubre.

Aunque la sentencia recurrida omite cualquier referencia a ello, resulta significativo que ambas sentencias sean contra miembros del gobierno de Catalunya de notoria afinidad política con el acusado en este proceso. Y en la medida que ambas

tienen en común con la sentencia recurrida el hecho de apartarse de la jurisprudencia más consolidada, no podemos sino sospechar que no se aplica la misma ley a los líderes independentistas que a los demás.

Consideramos por todo ello que se ha violado nuestro derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto que la sentencia recurrida no ha dado una auténtica respuesta razonada y fundada en Derecho a las pretensiones de la defensa, limitándose a expresar la postura y los argumentos acusatorios previamente asumidos o prejuzgados por el tribunal en fase de instrucción o incluso antes.

Entendemos pues que es plenamente aplicable al presente caso la doctrina de la STC 248/2006, según la cual:

"Este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que

posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre muchas, SSTC 163/2000 de 12 de junio, FJ3; 187/2000 de 10 de julio, FJ2; y 214/2000 de 18 de septiembre, FJ4).

La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4).

El art. 24 CE impone entonces, a los órganos judiciales, la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que **no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad** (SSTC

61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de julio, y 116/1986, de 8 de octubre, 75/1988, de 25 de abril, FJ 3). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999, 8 de marzo, FJ 3, y 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)".
(La negrita es nuestra)

En resumen, entendemos que la sentencia está viciada de nulidad por falta de motivación jurídica mínimamente aceptable. Por ello interesamos la anulación de la sentencia recurrida y que se dicte en su lugar una resolución propiamente motivada, fundada en Derecho y que estime las pretensiones de esta parte. Ello debe llevar, en consecuencia, al Tribunal a dictar una nueva resolución que sea enteramente absolutoria en los términos que se dirá.

MOTIVO CUARTO DE CASACIÓN

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 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL ARTÍCULO 49 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, POR CONCURRENCIA DE *BIS IN IDEM*

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

Se ha condenado al M. H. Sr. Quim Torra i Pla 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sancionar por duplicado tal cual se expone con detalle en el desarrollo del presente motivo.

En efecto, la Sentencia ahora recurrida condena a mi representado por unos hechos idénticos a aquellos contenidos en el expediente sancionador incoado por la Junta Electoral Central mediante Acuerdo de 21 de marzo de 2019; a saber, la decisión del M. H. Sr. Quim Torra i Pla de no atender a lo requerido por

los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 11 y 18 de marzo de 2019 y que finalizó con la imposición de una sanción de 3.000 euros de multa mediante Acuerdo de 13 de junio de 2019.

Es decir, ante unos mismos hechos, se ha condenado dos veces a mi representado 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.

DESARROLLO DEL MOTIVO

El artículo 25.1 de la Constitución, como el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, prohíben terminantemente que una misma conducta sea castigada dos veces.

Pues bien, la Junta Electoral Central, mediante Acuerdo de 21 de marzo de 2019, incoó expediente sancionador contra el M. H. Quim Torra i Pla, por

la presunta vulneración del artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, conforme a lo establecido en el artículo 153 de dicha Ley Orgánica.

Dicho proceso, basado en la decisión del M. H. Sr. Quim Torra i Pla de no atender a lo requerido por los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 11 y 18 de marzo de 2019, terminó con la imposición al recurrente, mediante Acuerdo de 13 de junio de 2019, de una multa de 3.000 euros.

Resulta claro que esta sanción, con independencia de su caracterización en el ordenamiento jurídico español, es una condena penal a los efectos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Así lo pone de manifiesto, sin necesidad de extensas disertaciones al respecto, el hecho de que tanto el propio artículo 153 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, como el artículo 410.1 del Código Penal, prevean, ambos, como pena, una sanción económica. Y ello, sin perjuicio de que el artículo 410.1 del Código Penal prevea, a su vez, una pena de inhabilitación especial.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 10 de febrero de 2009, dictada por la

Gran Sala en el asunto *Sergey Zolotukhin c. Rusia*, armonizó los criterios de la jurisprudencia en torno a la interpretación que cabe dar a la prohibición de *non bis in idem* contenida en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio, alcanzando, al respecto, la siguiente conclusión:

«81. The Court further notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for **if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective** as required by the Convention (compare *Franz Fischer*, cited above, § 25).

82. Accordingly, the Court takes the view that **Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second 'offence' in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same**»²⁶.

(La negrita es nuestra)

Pues bien, basta atender a los hechos probados de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, comparándolos con los del Acuerdo de la Junta Electoral Central

²⁶ Esta sentencia no nos consta traducida pero si publicada en uno de los idiomas oficial del Tribunal

de 13 de junio de 2019, para darse cuenta de que los hechos por los que se acuerda sancionar al M. H. Sr. Quim Torra i Pla son idénticos o, en cualquier caso, sustancialmente idénticos. En esencia, resulta claro que, tanto en uno como en otro caso se sanciona al M. H. Sr. Quim Torra i Pla por no actuar conforme a lo requerido por la Junta Electoral Central en sus Acuerdos de 11 y de 18 de marzo de 2019.

Habiéndose sancionado por los mismos hechos, al M. H. Sr. Quim Torra i Pla mediante Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019, no era posible volver a condenarlo por unos hechos que claramente son los mismos o en cualquier caso sustancialmente idénticos mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, sin vulnerar el derecho a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho al *non bis in idem*.

MOTIVO QUINTO DE CASACIÓN

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 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 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

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se aparta de los elementos del tipo de desobediencia grave prevista en el artículo 410.1 del Código Penal. Y ello supone una vulneración del derecho a la legalidad penal que establecen el artículo 25 de la Constitución, el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también desde el punto de vista de la proporcionalidad y la previsibilidad.

En este motivo se desarrolla que nos hallamos ante unas órdenes de la Junta Electoral Central que eran ilegales y que no se encontraban dentro del ámbito

de su competencia, de conformidad con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y la jurisprudencia de la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo, en particular en su sentencia de 6 de mayo de 2019.

Se añade, además, que la Junta Electoral Central no puede ser entendida como autoridad superior en este caso a los efectos del artículo 410.1 del Código Penal, por no existir relación de jerarquía (exigida sin excepción por la jurisprudencia de esta Excma. Sala en cuanto a la desobediencia a las decisiones u órdenes de la autoridad superior) entre el recurrente y la Junta Electoral Central.

Se recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-752/18, en relación con la desobediencia por parte de las autoridades políticas de Baviera a determinadas órdenes y apercibimientos del *Verwaltungsgericht München* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Múnich).

DESARROLLO DEL MOTIVO

I. Consideraciones preliminares

El artículo 410 del Código Penal tipifica el delito de desobediencia. Este precepto establece lo siguiente:

«1. *Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general».* (La negrita es nuestra)

Lo primero que cabe advertir de este tipo penal es su carácter excepcional en los principales sistemas jurídicos de los países democráticos de nuestro

entorno, como se ha encargado de poner de manifiesto la doctrina:

«En los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, no existe un delito de desobediencia similar al plasmado en los artículos 410 y 411 del CP español. Así en Alemania la desobediencia del funcionario únicamente es objeto de represión mediante el Derecho disciplinario. Lo mismo cabe predicar del Derecho austriaco, el Derecho suizo o del Derecho francés y portugués, sistemas jurídicos todos ellos que no han introducido en el articulado de sus Códigos penales un específico delito de desobediencia de funcionarios. La única excepción a esta generalizada tendencia la encontramos en el sistema penal italiano (...) si bien es cierto que este delito presenta ciertas singularidades respecto a su homólogo español». ²⁷ (La negrita es nuestra)

A ello cabe añadir que, incluso en el caso del ordenamiento jurídico italiano, que sí prevé un tipo penal de desobediencia (el del *rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, más matizado que el español), la condena por hechos susceptibles de ser subsumidos en dicho tipo penal en ningún caso puede dar lugar a la pérdida de la condición de cargo electo. Sobre ello habremos de volver necesariamente más adelante,

²⁷ Javato Martín, Antonio María (2014). El delito de desobediencia de funcionario, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21.

cuando tratemos de la desproporción de la pena que se pretende imponer, especialmente desde el punto de vista de la extraordinaria limitación que supone del derecho de sufragio pasivo.

En cualquier caso, de lo que se trata ahora, en este motivo, es de denunciar, a partir del análisis del tipo legal contenido en el artículo 410.1 del Código Penal, que los elementos del tipo no concurren en el presente caso y que se ha exacerbado su aplicación, de tal forma que la interpretación ha dado lugar a una situación imprevisible, de gran inseguridad jurídica, con clara vulneración del derecho a la legalidad penal. Los hechos declarados probados por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 no son subsumibles en el tipo legal previsto en el artículo 410 CP ni en ningún otro delito contemplado en el Código Penal.

La condena impuesta por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña viene fundamentada en el incumplimiento, por parte del M. H. Sr. Quim Torra i Pla, de una serie de órdenes emitidas por la Junta Electoral Central, mediante las que se le requería para retirar de cualquier edificio público dependiente de la Generalitat determinados símbolos, emblemas y lemas, al considerarse que

infringían el deber de neutralidad de dichos espacios.

Sin embargo, dicho incumplimiento no tiene encaje en el artículo 410.1 del Código Penal, toda vez que no concurren en forma alguna los elementos del tipo establecidos legalmente, en los términos en que han sido interpretados por la jurisprudencia, al menos, por la existente hasta antes de este caso. Por ello, no cabe sino concluir que dicho precepto penal ha sido arbitrariamente aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Lo primero que cabe advertir a partir del tenor literal del artículo 410.1 del Código Penal es que, **en el ordenamiento jurídico español, no cualquier tipo de desobediencia tiene relevancia jurídico-penal. Únicamente la tienen dos tipos de desobediencia: por un lado, la desobediencia a las resoluciones judiciales; por otro, la desobediencia a decisiones u órdenes de la autoridad superior.**

El incumplimiento tanto de unas como de otras, además, sólo tendrá relevancia jurídico-penal a los efectos del artículo 410.1 del Código Penal en la medida que esas resoluciones judiciales, o esas decisiones u órdenes de la autoridad superior, sean

dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia.

Como decimos, nos encontramos aquí con que, por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, se ha considerado consumado el delito de desobediencia a determinadas órdenes dictadas por una autoridad superior al M. H. Sr. Quim Torra i Pla en el ámbito de su respectiva competencia.

Sin duda, el Tribunal a quo ha entendido que se trata de una desobediencia a una orden emitida por un órgano administrativo, por lo que, en el presente caso, se trataría de una norma penal en blanco. Es decir, para abordar si el delito se ha cometido, habría que atender a la normativa acerca de las competencias del órgano administrativo así como a la jurisprudencia acerca de dichas competencias, esto es, se produce una remisión a la LOREG y a la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Sólo así, se podrá abordar el estudio acerca de si, como sostiene esta parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se habría apartado ostensiblemente de lo dispuesto en la ley y en la jurisprudencia, creando una situación imprevisible y propiciando un espacio de inseguridad jurídica.

La Junta Electoral Central ni era autoridad superior en relación con el M. H. Sr. Quim Torra i Pla (pues son claramente administraciones o instituciones distintas), ni era competente para emitir los requerimientos contenidos en sus Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, de modo que no puede hablarse de delito de desobediencia, al no concurrir los elementos del tipo.

A este respecto hemos de insistir en lo ya expuesto ut supra y que tanta confusión ha generado en el Tribunal sentenciador: se trata de dos alegaciones distintas: una sobre la condición o no de autoridad superior por parte de la JEC y, otra, sobre la competencia para resolver administrativamente respecto de las denuncias de las que este procedimiento trae causa. Por razones de economía procesal nos remitimos, en cuanto a esta aclaración, a lo ya expuesto en el motivo sobre vulneración del derecho al juez imparcial.

II. La Junta Electoral Central era palmariamente incompetente para dictar las órdenes que han dado lugar a la condena por el delito de desobediencia

En primer lugar, abordaremos la cuestión de la competencia de la Junta Electoral Central para

dictar las órdenes que se encuentran contenidas en sus Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, dirigidas al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, que entiende desobedecidas la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019.

Hemos de avanzar la conclusión, a nuestro parecer difícilmente discutible, de que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de las competencias de la Junta Electoral Central, esta en modo alguno era competente para dictar dichas órdenes.

Habremos de comenzar por destacar la pobreza argumental de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, que pretende sostener esa competencia con el siguiente argumento:

«Además, el artículo 20 de la LOREG contempla que los partidos políticos, asociaciones, coaliciones o federaciones y agrupaciones de electores podrán elevar consultas a la Junta Electoral Central cuando se trate de cuestiones de carácter general que puedan afectar a más de una Junta Electoral Provincial. En los demás casos, se elevarán las consultas a la Junta Electoral Provincial o a la Junta Electoral de Zona correspondiente, siempre que

a su respectiva jurisdicción corresponda el ámbito de competencia del consultante'.

Y ello es, precisamente, lo que ocurre en el caso que nos ocupa, donde el partido Ciutadans-Partido de la Ciudadanía, como hemos visto, **eleva consulta a la JEC** sobre la exhibición de esteladas y lazos amarillos en fachadas de edificios dependientes de la Generalitat de Cataluña (...)

Así las cosas, podemos concluir que la Junta Electoral Central (...) era el órgano competente para conocer de la incidencia planteada por un partido político en relación a circunstancias que se estaban produciendo durante el período electoral». (La negrita es nuestra, la pobreza argumental del Tribunal sentenciador)

Pues bien, no son necesarias demasiadas disquisiciones jurídicas para entender cuál es el contenido de la **competencia para resolver consultas**. Basta con acudir al diccionario de la Real Academia Española, que las define de la siguiente manera:

«2. Parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo».

Ninguna duda cabe de que la Junta Electoral Central es competente para resolver las consultas que le eleven las personas legitimadas en los supuestos previstos en el artículo 20 de la Ley Orgánica del

Régimen Electoral General. La Junta Electoral Central, en efecto, era competente para dar su parecer sobre la consulta elevada por un partido político.

Ahora bien, **resulta claro que la atribución de la competencia para resolver consultas «de cuestiones de carácter general que puedan afectar a más de una Junta Electoral Provincial», en modo alguno atribuía a la Junta Electoral Central la competencia para dirigir órdenes de obligado cumplimiento a cualesquiera personas o autoridades, implicada o no en el proceso electoral, sobre cualesquiera materias en relación con las cuestiones a las que se refería esa consulta.**

En otras circunstancias probablemente no sería necesario aclarar que ser competente para responder consultas no es lo mismo que serlo para dar órdenes. Y mucho menos para sancionar o instar a que se sancione a personas que no participan en el proceso electoral. Del mismo modo que la claridad de una orden no la convierte en obligatoria ni establece una relación de jerarquía entre quienes no la tienen.

La Sala que ha dictado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre

de 2019, que como hemos dicho anteriormente, acudió al acto del juicio oral absolutamente predispuesta a condenar al M. H. Sr. Quim Torra i Pla con el único objetivo de apartarlo de la vida pública, incurre, precisamente, en lo que benévolamente el voto particular al Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 tildaba de «malentendido» en cuanto a la interpretación del alcance de las competencias de la Junta Electoral Central:

«Conviene salir al paso de lo que consideramos constituye un malentendido acerca de las competencias de las Juntas Electorales, en especial de esta JEC. Es cierto que la JEC constituye un órgano permanente de la Administración electoral (art. 9.1 LOREG); pero eso no significa que toda cuestión regulada en la legislación electoral pueda ser conocida por ella.

La propia LOREG contempla, con naturalidad, la aplicación de sus previsiones normativas por parte de los Tribunales de Justicia cuando se produce un delito electoral (arts. 139 y siguientes de la LOREG) o cuando un acuerdo de las Juntas es impugnado jurisdiccionalmente en los casos establecidos en las leyes (arts. 109 y siguientes de la LOREG), o por parte de los propios órganos legislativos en la resolución de incompatibilidades (ver por ejemplo el art. 160 LOREG), o de las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral

(arts. 35 y siguientes), o de los medios de comunicación, estableciendo garantías o restricciones, etc.

En consecuencia, que ahora se trate de aquilatar el alcance del artículo 6.2.b LOREG en relación con el mandato del Sr. Torra y que para tal menester sea imprescindible adoptar decisiones interpretativas sobre la legislación electoral no puede constituir argumento para atribuir competencia para ello a la Administración Electoral. Ni toda interpretación sobre la LOREG es competencia de la JEC, ni la adopción de un criterio de fondo sobre el asunto debatido tendría que prescindir de tomar en consideración otras posibles normas, pues así lo exige la unidad del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE)». (La negrita es nuestra)

Pero es que, además, la interpretación que sostiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 no sólo no encuentra amparo legal alguno, sino que es una interpretación diametralmente opuesta a la de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en torno al alcance de las competencias de la Junta Electoral Central.

A este respecto, resulta ciertamente significativo y preocupante que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019

no se refiera en ningún momento a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en cuanto al alcance de las competencias de la Junta Electoral Central.

Como ya se avanzó en el motivo tercero, resulta muy revelador el hecho de que la sentencia recurrida no se refiera en ningún momento a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013 (recurso n.º 848/2011). Y decimos que resulta revelador no solo porque esta parte aludió reiteradamente a la misma en el acto del juicio oral, sino porque esta sentencia resulta crucial en relación con la cuestión que venimos discutiendo, pues pone claramente de manifiesto la incorrecta interpretación que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de las competencias de la Junta Electoral Central.

La sentencia a la que aludimos resulta particularmente relevante pues se refiere, precisamente, a la actuación de un presidente de Comunidad Autónoma, la de Baleares, durante el periodo electoral de las elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre de 2011. Esta "omisión" bien puede vincularse con el motivo ut supra desarrollado sobre vulneración del derecho al Juez imparcial porque no cabe otra explicación.

Pues bien, respecto de las competencias de la Junta Electoral Central en relación con la actuación del presidente de una Comunidad Autónoma durante el periodo electoral de las elecciones a Cortes Generales, caso análogo al que aquí estamos tratando, establece la sentencia de la Sala Tercera de 6 de mayo de 2013 (recurso n.º 848/2011):

«La Junta Electoral Central, sobre quienes intervienen en el procedimiento electoral puede ejercitar una serie de potestades, como la de resolución de recursos contra los actos de órganos electorales inferiores, disciplinaria, dictar instrucciones, entre otras previstas en la citada Ley Orgánica.

Sin embargo, las competencias de la Junta Electoral se limitan, en cuanto a los actos realizados por funcionarios o autoridades, incluidos los jueces, y en general terceros ajenos a la organización del proceso electoral, a dar traslado de los hechos que puedan ser constitutivos de delito a la jurisdicción penal, reforzando la obligación general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en su caso al ejercicio de la potestad sancionadora, si disponen que, pese a no ser constitutivas de delito, las conductas pueden ser incardinadas en los tipos sancionadores previstos en la Ley. En este sentido el artículo 153.1, referido tanto a autoridades o funcionarios como a particulares en general,

sostiene que los actos que contravienen la Ley Orgánica Electoral General podrán ser sancionados.

Lo que no podrán es ser anulados, sencillamente porque no son actos administrativos sobre los que se ejercita una potestad de revisión, y en consecuencia la revisión jurisdiccional de un acto de la Junta Electoral que no sanciona no puede ir más allá, al revisar la potestad administrativa ejercitada, que lo que esta permitía, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa». (La negrita es nuestra)

Es decir, resulta evidente que el M. H. Sr. Quim Torra i Pla era una autoridad ajena a la organización del proceso electoral a las Cortes Generales de 28 de abril de 2019 convocado por Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, y así se probó durante el plenario. Por lo que la Junta Electoral Central, ciertamente, podía ejercer sobre él la potestad sancionadora en los supuestos legalmente previstos. **Pero lo que de ningún modo podía hacer era imponerle obligaciones de hacer o no hacer.**

La sentencia a la que nos venimos refiriendo contó con un voto particular discrepante, que entendía de forma más amplia las competencias de la Junta Electoral Central, en la línea que las entiende la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019. Pero esa

posición quedó en minoría, por lo que no se puede decir que sea la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De hecho, este voto particular a dicha sentencia viene a confirmar que las órdenes dirigidas al M. H. Sr. Quim Torra i Pla a la que nos venimos refiriendo no se encuentran comprendidas entre las competencias de la Junta Electoral Central respecto de las autoridades ajenas a la organización del proceso electoral convocado por Real Decreto 129/2019, a las que nos acabamos de referir:

«4. La principal respuesta para los incumplimientos de esas prohibiciones de propaganda y campaña electoral son los tipos penales y administrativos legalmente establecidos que los configuran como ilícitos sancionables con castigos de una y otra naturaleza según su nivel gravedad, pero estos no cubren totalmente las exigencias que plantea la eficaz observancia de esa prohibiciones.

Estos ilícitos y sus sanciones, a través del efecto afflictivo que a estas corresponde, cumplen, sí, la finalidad preventiva de procurar evitar en futuros procesos electorales que se reiteren esos incumplimientos de la prohibición legal de propaganda y campaña electoral. Sin embargo, **no son respuesta adecuada para evitar, en una votación en curso, que dentro de la misma jornada se pueda reiterar el mismo incumplimiento**; ni tampoco son solución idónea para todas aquellas situaciones en las que, si bien se produjo en términos objetivos

el incumplimiento de la prohibición, no hubo el mínimo nivel de reprochabilidad que resulta necesario para apreciar la culpabilidad que es inexcusable en todo ilícito punitivo.

5. En esas situaciones que acaban de describirse, en que resulta insuficiente o inviable la respuesta sancionadora, el buen gobierno del proceso electoral reclama medidas de la Administración electoral que declaren de manera terminante y con total claridad la invalidez o improcedencia de toda conducta que constate como contraria a las prohibiciones de la LOREG, y hace necesario, también, que esas medidas se adopten con la inmediatez y urgencia que exige la necesidad de que no se vuelvan a reiterar durante la jornada en que hayan sido comprobadas.

6. La LOREG viene a confirmar la posibilidad anterior, pues su artículo 19.1.h atribuye a la Junta Electoral Central, entre otras, la siguiente competencia: 'Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente ley o con cualquier disposición que le atribuya esa competencia'.

Cuando así lo hace se limita a habilitar genéricamente para 'resolver', sin imponer que la 'resolución' tenga que ser necesariamente sancionadora, y esto, interpretado en el marco de las ideas que han sido expuestas, lo que significa es una habilitación para todos los actos de buen gobierno o gestión del proceso electoral que demanden las singulares circunstancias del caso». (La negrita es nuestra)

Pues bien, es evidente que esta posición del voto particular a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013, que es sobre la que quiere sostener la competencia de la Junta Electoral Central la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, ha quedado en minoría cuando esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y la jurisprudencia a la que nos venimos refiriendo no ha quedado superada por ninguna sentencia posterior del Tribunal Supremo.

A la vista de esa **jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dichas órdenes dirigidas al M. H. Sr. Quim Torra i Pla excedieron palmariamente las competencias de la Junta Electoral Central**, por ser el presidente de la Generalitat una autoridad ajena a la organización del proceso electoral a las Cortes Generales de 28 de abril de 2019 y al Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2019, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en la sentencia de 6 de mayo de 2013 (recurso n.º 848/2011).

Pretender sostener, como hace la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de

diciembre de 2019, una condena penal de quien es el presidente de la Generalitat, sobre la base de una interpretación del alcance de las competencias de la Junta Electoral Central diametralmente opuesta a la establecida por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (habiendo quedado quienes sostenían esa interpretación en minoría, como pone de manifiesto el voto particular al que nos acabamos de referir), supone una infracción del principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, así como el derecho a la legalidad penal que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución.

III. La orden emitida no sólo era ilegal por razón de la incompetencia manifiesta de la Junta Electoral Central, sino también por razones sustantivas, en la medida que vulneraba derechos fundamentales del recurrente y de terceros y generaba indefensión

Los requerimientos emitidos por la Junta Electoral Central mediante sus Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019 no sólo eran ilegales por razón de la carencia manifiesta de competencia de la Junta Electoral Central. También lo eran por razones sustantivas.

Y ello, por cuanto el requerimiento al M. H. Sr. Quim Torra i Pla resultaba de imposible cumplimiento, pues darles plenos efectos no sólo habría vulnerado los derechos del recurrente (en particular, el derecho a la libertad de expresión), así como el legítimo ejercicio de su cargo, sino también los derechos de terceros, en este caso el derecho a la libertad de expresión de miles de trabajadores públicos de Cataluña

Por lo demás, a estos efectos, se hace expresa alegación del artículo 20.7 del Código Penal, en la medida que el M. H. Sr. Quim Torra i Pla actuó en todo momento en el legítimo ejercicio de sus derechos y de su responsabilidad pública como cargo electo.

Como con más amplitud nos referiremos a ello posteriormente, es evidente que esas expresiones que pretendían prohibir los Acuerdos de la Junta Electoral Central de 11 y 18 de marzo de 2019 venían amparadas en la libertad de expresión del recurrente y de terceros, expresión que no puede venir sometida a censura de ningún tipo. En modo alguno se trataba de actos administrativos.

Pero es que, en el caso del M. H. Sr. Quim Torra i Pla, ello venía amparado, además, por la especial

protección que la libertad de expresión de los cargos representativos merece en nuestro ordenamiento, particularmente protegida por la inviolabilidad parlamentaria, como también desarrollaremos posteriormente, así como por la particular protección que la libertad de expresión de los cargos públicos merece en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y aun cuando se pretendiera articular una artificial distinción de esos actos respecto de las funciones representativas que, como diputado, ostenta el M. H. Sr. Quim Torra i Pla, las expresiones de este de reivindicación de la libertad de los presos políticos y de los exiliados vendrían en cualquier caso amparadas por lo que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (que ha sido quien con más detalle se ha ocupado de este asunto) ha llamado la doctrina del «government speech». Así, como señalara este Tribunal en su sentencia de 25 de febrero de 2009 en el asunto *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009) :

"A government entity has the right to 'speak for itself.' *Board of Regents of Univ. of Wis. System v. Southworth*, 529 U. S. 217, 229 (2000). '[I]t is entitled to say what it wishes,' *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U. S. 819, 833 (1995), and to select the views that it wants

to express. See *Rust v. Sullivan*, 500 U. S. 173, 194 (1991); *National Endowment for Arts v. Finley*, 524 U. S. 569, 598 (1998) (SCALIA, J., concurring in judgment) ("***It is the very business of government to favor and disfavor points of view***").

Indeed, it is not easy to imagine how government could function if it lacked this freedom. 'If every citizen were to have a right to insist that no one paid by public funds express a view with which he disagreed, debate over issues of great concern to the public would be limited to those in the private sector, and the process of government as we know it radically transformed.' *Keller v. State Bar of Cal.*, 496 U. S. 1, 12-13 (1990)."²⁸ (La negrita es nuestra)

Desde una perspectiva de orden estrictamente democrático, ha señalado igualmente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su sentencia de 22 de marzo de 2000 en el asunto *Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Southworth*:

"***When the government speaks, for instance to promote its own policies or to advance a particular idea, it is, in the end, accountable to the electorate and the political process for its advocacy. If the citizenry objects, newly elected officials later could espouse some different or contrary position***"²⁹.

(La negrita es nuestra)

²⁸ No hemos encontrado versión traducida al español

²⁹ No hemos encontrado versión traducida al español

En definitiva, también en este supuesto, la actuación del M. H. Sr. Quim Torra i Pla respondería al legítimo ejercicio de su cargo.

Por último, los requerimientos de la Junta Electoral Central, además de obligar a llevar a cabo actos que suponían la vulneración de derechos fundamentales de terceros y privaban, las órdenes emitidas imponían plazos no previstos legalmente (sin ir más lejos, el de 48 horas del Acuerdo de 18 de marzo de 2019) que, además, resultaban de imposible cumplimiento dado el alcance de lo que se pedía, respecto de edificios que ni siquiera gestiona la Generalitat.

IV. La Junta Electoral Central no se puede considerar autoridad superior a estos efectos

Como acabamos de ver, es claro que no concurre el elemento de que la orden supuestamente desobedecida hubiera sido dictada en el ámbito de las competencias de la Junta Electoral Central, en los términos en que esas competencias han sido interpretadas por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Pero es que, además, la Junta Electoral Central, que, a pesar del comportamiento que viene teniendo en relación al conflicto con Cataluña y su desmedido afán de protagonismo en la vida política española, sin duda es autoridad, tampoco puede ser tenida por autoridad «superior» a los efectos de lo previsto en el artículo 410.1 del Código Penal. Se trata de algo tan elemental como de descartar la relación de jerarquía entre órganos de Administraciones o instituciones completamente distintas.

Para abordar esta cuestión, hemos de partir, pues, de la distinción establecida en la jurisprudencia de esta Excma. Sala del delito tipificado de desobediencia en el artículo 410.1 del Código Penal, respecto del delito de denegación de auxilio tipificado en el artículo 412.1 del Código Penal. Una distinción que, dicho sea de paso, la sentencia omite completamente a pesar de que la acusación popular había planteado ambas calificaciones con carácter alternativo.

Salvando la cuestión de la desobediencia de las resoluciones judiciales, pues es claro que no nos hallamos ante una resolución judicial, de conformidad con inveterada jurisprudencia de esta Excma. Sala, la principal distinción del delito de desobediencia a las decisiones u órdenes de la

autoridad superior, tipificado en el artículo 410.1 del Código Penal, respecto del delito de denegación de auxilio, tipificado en el artículo 412.1 del Código Penal, no es otra que la existencia, precisamente, de una relación de jerarquía.

Como decimos, **esto no es así porque lo diga esta parte, sino porque así lo ha establecido claramente la jurisprudencia de esta Excma. Sala.**

Refiriéndose al delito de denegación de auxilio, **la Sentencia 6470/1990 de 24 de septiembre de 1990**, en relación con la condena por este delito al alcalde de un Ayuntamiento por su desatención de determinados requerimientos que le habían sido dirigidos por el delegado del Instituto Nacional de Estadística en la provincia de Ourense, dispuso lo siguiente:

«No es preciso que el requerimiento proceda de un superior jerárquico del requerido ya que de ser así lo que la omisión generaría sería el delito de desobediencia conforme a la doctrina que tan acertadamente se expone en la sentencia recurrida para establecer la distinción entre los delitos de desobediencia y denegación de auxilio, por lo que como válidos y suficientes, a los efectos de lo dispuesto en el art. 371 del Código Penal, han de reputarse los reiterados requerimientos hechos al

procesado por el Delegado Provincial de Estadística de la Provincia de Orense en materia de su competencia». (La negrita es nuestra)

En parecidos términos, establecía la **Sentencia 1317/1997, de 25 de febrero de 1997**, refiriéndose a los entonces artículos 369 y 371 del Código Penal, que, respectivamente, tipificaban los delitos de denegación de desobediencia y de denegación de auxilio en el Código Penal de 1973, en relación con el incumplimiento por una funcionaria destinada en un juzgado de paz de un exhorto de un Tribunal Superior de Justicia:

«Como con todo acierto expone el Ministerio Fiscal, **la diferencia entre los artículos 369 y 371 estriba en la relación de subordinación que existe entre la autoridad de quien ha emanado la orden en este caso concreto y el funcionario que se niega a cumplirla**, según el artículo 369, o en la **inexistencia de tal relación del superior respecto del inferior dentro del ámbito de la coordinación obligada entre diversos servicios públicos**, en virtud del cual hay un deber de auxilio que el órgano judicial ha de prestar respecto de otro, según el artículo 371, cuyo incumplimiento por parte del funcionario obligado a ello lleva consigo una responsabilidad penal de menor entidad que la prevista para los supuestos del artículo 369. **En este precepto efectivamente el sujeto activo, además de omitir**

aquello que en el ejercicio de su cargo está obligado a realizar, falta a los deberes específicos de obediencia que le incumben, derivados de la mencionada relación de subordinación, lo que obviamente justifica las mayores penas con que este último delito se sanciona.

En el caso presente el exhorto reiteradamente incumplido por parte de la funcionaria acusada, destinada en el Juzgado de Paz de Santurce en el País Vasco, provenía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que en puridad orgánica no puede estimarse superior jerárquico de la funcionaria del Juzgado, menos aún en cuanto al cumplimiento de un despacho judicial que ha eliminado la antigua carta-orden». (La negrita es nuestra)

Y nuevamente en **la Sentencia 4380/2006, de 14 de julio de 2006**, se reiteraba, por parte de esta Excma. Sala, refiriéndose también al delito de denegación de auxilio, lo siguiente:

«Por lo demás, resulta incontestable que este delito no precisa la existencia de jerarquía entre la autoridad requeriente y funcionario o autoridad requerida, pues si así fuera nos hallaríamos ante un delito de desobediencia». (La negrita es nuestra)

Pues bien, la consolidada jurisprudencia de esta Excma. Sala que acabamos de citar pone de

manifiesto, con absoluta claridad, que, como por lo demás establece expresamente el artículo 410.1 del Código Penal, **la existencia de una relación jerárquica es elemento imprescindible del tipo penal de desobediencia a las decisiones u órdenes de la autoridad superior.**

Frente a ello, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, que es manifestación de la obcecada voluntad de la Sala de apartar al M. H. Sr. Quim Torra i Pla de su doble condición de presidente de la Generalitat, pero también de diputado al Parlamento de Cataluña, prescindiendo para ello, no solo del acervo jurisprudencial al que nos acabamos de referir, sino de cualquier respaldo jurisprudencial, se limita a afirmar, de forma apodíctica, que la Junta Electoral Central sería «autoridad superior» respecto del presidente de la Generalitat a los efectos del artículo 410.1 del Código Penal. Para ello, como ya vimos en el motivo tercero, asegura:

«Como no puede ser de otro modo, la interpretación de la ley tiene que atemperarse con la realidad jurídica que la circunda; el artículo 410.1 CP no está refiriéndose a relaciones de subordinación, sino a relaciones orgánicas necesariamente tamizadas por las competencias atribuidas a cada institución

y el respeto de las funciones que a cada una le son propias (...)»

Ya hemos dicho que, respecto del delito de desobediencia a la autoridad superior, esto contradice frontalmente la jurisprudencia de esta Excma. Sala a la que nos acabamos de referir, que articula precisamente la delimitación del tipo del delito de desobediencia a la autoridad superior sobre la base de la existencia de una relación de subordinación, que pretende negar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019.

De hecho, al hacerlo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña está afirmando, en la práctica, que el requisito del tipo penal según el cual la autoridad debe ser «superior» sería idéntico al de que la decisión u orden sea «*dictada dentro del ámbito de su respectiva competencia*», lo que evidentemente se compadece mal con el principio de tipicidad, así como con las más elementales técnicas de interpretación normativa pero podría entrar en lo que sería una “*re-escritura*” de la norma con evidente vulneración del artículo 25 de la Constitución y del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Insistimos: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 no cita un solo precedente que avale que la existencia de una relación jerárquica es prescindible para incurrir en un delito de desobediencia a las decisiones u órdenes de la autoridad superior. Ni tampoco cita precedente alguno en que se haya apreciado tal relación jerárquica entre autoridades u órganos de administraciones distintas.

Como venimos insistiendo, no se trata, en este momento, de dilucidar si el M. H. Sr. Quim Torra i Pla estaba obligado a cumplir lo ordenado por la Junta Electoral Central. Esa es una cuestión que tiene que ver con si la Junta Electoral Central era competente o no para dictar las órdenes a las que se refieren sus Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, cuestión que hemos tratado con anterioridad.

Incluso en el supuesto de que el M. H. Sr. Quim Torra i Pla tuviera la obligación de cumplir con dichas órdenes de la Junta Electoral Central, lo que aquí se debe dilucidar es si el incumplimiento de dichas órdenes tiene relevancia jurídico-penal, concretamente en lo relativo al tipo penal que establece el artículo 410.1 del Código Penal. Y a este efecto, lo relevante no será la opinión política, o incluso jurídica, que pueda merecer la

actuación del recurrente, sino la relevancia jurídico-penal de los hechos, partiendo, como no puede ser de otra manera, del artículo 4.1 del Código Penal, que establece que «*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*».

La respuesta, de conformidad con la jurisprudencia a la que nos acabamos de referir, ha de ser claramente negativa, con independencia, insistimos, de si la Junta Electoral Central era competente o no para dictar esas órdenes.

Y ello por cuanto el legislador, con el artículo 410.1 del Código Penal, no ha querido castigar la desobediencia a cualesquiera resoluciones, decisiones u órdenes de cualesquiera autoridades, sino únicamente la desobediencia, por un lado, a las resoluciones «judiciales», y por otro, en lo que aquí interesa, a las decisiones u órdenes de la autoridad «superior».

Nada aporta, por consiguiente, la voluntarista afirmación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 según la cual «*no hay duda alguna de que la Junta Electoral Central es la máxima autoridad en materia electoral*». Efectivamente, ninguna duda cabe al

respecto. Lo que ocurre es que se trata de un dato irrelevante a efectos de la aplicación del tipo establecido en el artículo 410.1 del Código Penal.

El hecho de que la Junta Electoral Central sea «la máxima autoridad en materia electoral» (con la obvia sujeción a la revisión jurisdiccional de sus actos), como afirma la sentencia recurrida no la convierte, en cualquier circunstancia, en autoridad «superior» al President de la Generalitat a efectos del artículo 410.1 del Código Penal.

La Sala sentenciadora se confunde en algo esencial: una cosa es ser «la máxima autoridad en materia electoral» y otra, muy distinta, es tener la condición de autoridad superior; de hecho, si ese grado de autoridad en materia electoral confiriese el rango de «superior» entonces, por lógica, sus actos ni tan siquiera sería revisables en vía jurisdiccional.

Tampoco se trata, como es obvio, de considerar que el President de la Generalitat, es en atención a su posición institucional, una autoridad superior a la JEC, como parece que discute la sentencia. Esta defensa ha mantenido y mantiene que ningún órgano administrativo se puede atribuir carácter de superioridad sobre la presidencia del poder

ejecutivo, sin que ello suponga la superioridad de ésta sobre cualquier órgano administrativo.

Ciertamente, la Junta Electoral Central es autoridad «superior» respecto de las Juntas Electorales Provinciales, pero también lo son estas, a efectos del artículo 410.1 del Código Penal, respecto de las Juntas Electorales de Zona. Queremos decir con esto que el hecho de que las Juntas Electorales Provinciales no sean la «máxima autoridad» en materia electoral, en los términos utilizados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no supone que aquellas no puedan ser consideradas como autoridad «superior» a los efectos del artículo 410.1 del Código Penal, respecto de las demás autoridades o funcionarios jerárquicamente inferiores a ellas.

La pretensión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 19 de diciembre de 2019, de convertir el artículo 410.1 del Código Penal en una norma omnicomprensiva que sancione penalmente cualquier acto de inobservancia de una autoridad en relación con cualesquiera decisiones u órdenes dictadas por otra autoridad en el ejercicio de su respectiva competencia, no sólo se aparta del tenor literal del artículo 410.1 del Código Penal (que únicamente sanciona penalmente la

desobediencia a la autoridad «superior»), lo que vulneraría el principio de taxatividad, sino que se aparta de la legislación penal de todos los países democráticos de nuestro entorno.

Como hemos visto anteriormente, en prácticamente ninguno de ellos, excepción hecha de Italia, la desobediencia está, con carácter general, tipificada penalmente. En absolutamente ninguno de ellos, tampoco en Italia, existe un tipo penal de desobediencia que otorgue relevancia penal a cualquier acto de desobediencia en relación con cualesquiera órdenes de una autoridad competente en el ejercicio de su competencia.

Competencia no equivale a superioridad y eso es algo sencillo de comprender; el error en que incurre el órgano sentenciador no se debe a la complejidad del análisis demandado sino a su “prejuzgamiento” tal cual venimos explicando desde el Motivo Primero de este recurso de casación.

Y desde luego, en absolutamente ninguno de ellos una actuación como a la que se refieren los hechos probados de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 daría lugar a la pérdida definitiva de un cargo público electivo. Sobre ello volveremos cuando

tratemos de la grave vulneración de los derechos fundamentales, así como de los principios más elementales del sistema democrático, que supone la sentencia impugnada.

En definitiva, de conformidad con todo lo antedicho, e incluso en el caso de que la Junta Electoral Central fuera autoridad competente para dictar las órdenes que incorporan sus Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, desde luego no era autoridad «superior» a los efectos de lo previsto en el artículo 410.1 del Código Penal, que impone la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos.

Y ello, sin necesidad de entrar ahora en si los hechos que se declaran probados en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 pudieran ser merecedores de reproche administrativo sancionador, al amparo de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

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

La desobediencia del artículo 410.1 del Código Penal debe ser una desobediencia grave. Ello se halla obviamente vinculado a los principios de

intervención mínima, así como de ultima ratio del Derecho penal. Esta es la única interpretación posible desde este punto de vista, así como desde el punto de vista del derecho a la proporcionalidad de las penas. En efecto, en ninguna otra sociedad democrática de nuestro entorno, la desobediencia, por muy abierta que sea, encuentra la reacción penal que se pretende con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019.

La jurisprudencia de esta Excma. Sala ha valorado en alguna ocasión la posibilidad de que la falta de desobediencia leve del derogado artículo 634 del Código Penal se pudiera entender como subsidiaria del artículo 410.1 del Código Penal (véase, en este sentido, el Auto de esta Excma. Sala de 7 de julio de 2016 (recurso n.º 20402/2016)).

En este sentido, pues, la existencia de una previa falta leve de desobediencia en el artículo 634 del Código Penal, hoy derogado por la Ley Orgánica 1/2015 tantas veces citada en este recurso, pone de manifiesto que los hechos penados por el artículo 410.1 del Código Penal deben tener la consideración de graves, lo que evidentemente no es el caso de los hechos atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, que por lo demás, como se ha dicho, actuaba en ejercicio

de sus derechos y desde el respeto al derecho de terceros.

VI. Conclusión: la vulneración del principio de legalidad penal ha provocado una situación imprevisible y de inseguridad jurídica.

Por otra parte, es claro que estamos ante una norma penal en blanco que no autoriza, ni mucho menos, a interpretar expansivamente las normas a que hace remisión el art. 410: normas de competencia y de procedimiento en la emisión de órdenes o resoluciones del órgano administrativo "desobedecido".

Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 27 de marzo de 2006 establece que:

"Según repetida jurisprudencia constitucional la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, es una función que, conforme a lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3 y 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8,

entre otras muchas). Ahora bien, el principio de legalidad comporta una garantía material de certeza o taxatividad que se concreta en **la exigencia de que tanto las conductas punibles como sus correspondientes sanciones estén predeterminadas (lex certa)**, y esta exigencia implica tanto al legislador como a los órganos judiciales, que al interpretar y aplicar las leyes"están también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la Ley penal [...] y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* [...], es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan" (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; vid. también las SSTC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 125/2001, de 4 de junio, FJ 3; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8 y 52/2003, de 17 de marzo, FJ 5). De otro lado, el control constitucional de las operaciones de subsunción e interpretación de la norma, partiendo de la base de que toda norma penal admite diversas interpretaciones a causa de la imprecisión del lenguaje, de su carácter genérico y de su inclusión en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3 y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3), **ha de ceñirse a impedir la imprevisibilidad de la aplicación, sea**

porque se aparte del tenor literal de la norma, sea porque resulte extravagante en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional vigente." (La negrita es nuestra)

Sobre la imprevisibilidad de la aplicación de la ley, creando inseguridad jurídica, el TEDH ha centrado su doctrina en esta indeseable consecuencia, cuando se abandona el principio de legalidad penal, dado que, a su vez, haría inevitable que entrara en juego la arbitrariedad de los poderes públicos y, con ello, la crisis del sistema democrático. Así, esta crisis da lugar a una práctica autoritaria más propia de sistemas ajenos al ámbito del principio democrático.

Así, la sentencia TEDH en el asunto Del Río de Prada contra España ³⁰ expresa lo siguiente sobre la obligada previsibilidad de la ley penal:

"(c) Previsibilidad de la ley penal

91. La noción de "Derecho" ("law") utilizada en el artículo 7 corresponde a la de "Derecho" que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de

³⁰ Sentencia que, igualmente, será de aplicación al caso de la sentencia de este Tribunal Supremo de 14.10.2019 si se llega a recurrir ante el TEDH respecto de la novedosa interpretación del tipo penal del delito de sedición

accesibilidad y previsibilidad (*Kokkinakis*, antes citado, §§ 40-41, *Cantoni*, antes citado, § 29, *Coëme y otros*, antes citado, § 145, y *E.K. contra Turquía*, no 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002). Estas condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

92. Dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinakis*, antes citado, § 40, y *Cantoni*, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris*, antes citado, § 141).

93. La función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (*ibid.*). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de

los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (*Kruslin c. Francia*, 24 de abril de 1990, § 29, serie A no 176-A). **El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible** (*S.W. y C.R. c. Reino Unido*, antes citados, respectivamente § 36 y § 34, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, antes citado, § 50, *K.-H.W. c. Alemania* [GC], no 37201/97, § 85, TEDH 2008, y *Kononov c. Letonia* [GC], no 36376/04, § 185, TEDH 2010). La ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible puede incluso conducir a una constatación de violación del artículo 7 respecto de un acusado (ver, en relación con los elementos constitutivos del delito, *Pessino c. Francia*, no 40403/02, §§ 35-36, 10 de octubre de 2006 y *Dragotoniu y Militaru-Pidhorni c. Rumanía*, no 77193/01 y 77196/01, §§ 43-44, 24 de mayo de 2007; ver en relación con la pena, *Alimuçaj c. Albania*, no 20134/05, §§ 154-162, 7 de febrero de 2012). Si fuese de otra forma, no se atendería al objeto y el objetivo de esta disposición - que pretende que nadie sea sometido a actuaciones judiciales, condenas o sanciones arbitrarias -." (La negrita es nuestra).

Por tanto, la necesaria previsibilidad de la ley penal se extiende también a la jurisprudencia, como fuente del derecho, de tal forma que la aplicación del Derecho por parte de jueces y tribunales debe aplicarse de manera que, admitiendo la interpretación gradual a fin de adaptarse a la realidad social, lo sea **a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible.**

Cuando nos adentramos en el terreno de la inseguridad jurídica, de la arbitrariedad y de la imprevisibilidad, las penas devienen desproporcionadas: en relación al contexto europeo y cómo se entiende en Europa el principio democrático de representatividad política y en relación a lo querido por el legislador.

Vemos, por tanto, que el castigo se torna desproporcionado, más allá de lo previsto por el legislador, pues consigue vulnerar el derecho de sufragio pasivo -y de paso el activo, pues procede de la voluntad de la ciudadanía expresada en las urnas-. Ni más ni menos que inhabilitar a un President de la Generalitat por negarse a retirar

una pancarta de reivindicación política: enormemente desproporcionado.

En los términos en que recientemente se pronunciaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de Gran Sala de 19 de diciembre de 2019, asunto C-752/18, ante la abierta desobediencia de las autoridades de Baviera a los requerimientos del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Múnich en cuanto al cumplimiento del artículo 23 de la Directiva 2008/50, sólo normas suficientemente accesibles, precisas y previsibles permiten reaccionar penalmente al Estado, sea cual sea el desvalor que el Tribunal entienda que debe merecer la conducta.

MOTIVO SEXTO DE CASACIÓN

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 DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

En el presente motivo lo que denunciamos es la vulneración del derecho a la libertad de expresión de nuestra representado que, además, viene reforzada por su condición de diputado al Parlament de Cataluña con la consiguiente inviolabilidad que afecta a sus manifestaciones como tal.

La condena por desobediencia, del artículo 410 del Código Penal, entre otras cosas, representa la criminalización de un derecho fundamental expresamente protegido tanto en la Constitución española como en normas europeas de obligado cumplimiento. El derecho vulnerado no es otro que el de la libertad de expresión.

Estamos 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 sólo 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.

DESARROLLO DEL MOTIVO

1. Inviolabilidad parlamentaria: artículo 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El artículo 57 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone que los miembros del Parlamento de Cataluña «*son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo*».

Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 de septiembre de 2011, asunto *Patriciello*, la prerrogativa de la inviolabilidad «*está estrechamente vinculad[a] a la libertad de expresión*», que es «*fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista*».

Si bien la inviolabilidad es una prerrogativa destinada a ser aplicada esencialmente a las declaraciones realizadas por los diputados en el propio recinto del Parlamento, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Constitucional han reconocido que esta prerrogativa no se encuentra delimitada por el lugar en que el parlamentario realice sus declaraciones.

Concretamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que *«no cabe excluir que una declaración realizada por tales diputados fuera de dicho recinto pueda constituir una opinión expresada en el ejercicio de sus funciones (...), ya que la existencia de tal opinión no depende del lugar en el que se realizó la declaración, sino de su naturaleza y contenido»*.

De lo contrario, de entenderse que este acto político, la exhibición de la pancarta reivindicativa -la negativa a retirarla- no guarda estrecha relación con la actividad parlamentaria, dicho amparo no tendría cabida. En ese sentido, es ilustrativa la doctrina del TEDH, por ejemplo, caso Jorio contra Italia, en sentencia de 3 de junio de 2004:

"En opinión del TEDH la falta de un vínculo evidente con la actividad parlamentaria exige una estrecha interpretación de la noción de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados."

Sensu contrario, añadimos, en caso de estrecho vínculo de la opinión expresada con la actividad parlamentaria exigiría una interpretación amplia y garantista de la proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados. En el presente caso, vemos como la acción de perseguir penalmente las opiniones expresadas por el M. H. Sr. Quim Torra i Pla han desembocado en una acción penal absolutamente desproporcionada, que no ha reparado en los medios empleados. Estos medios han consistido en articular una apariencia de legalidad administrativa para desarrollar posteriormente un erróneo encaje penal: tanto la apariencia de legalidad administrativa como el erróneo encaje penal, precisamente, no buscaron otra cosa que reprimir la libertad de expresión del President de la Generalitat a fin de que no siguiera denunciando los evidentes déficits democráticos de la Justicia, en cuanto que consideraba que las personas pendientes de enjuiciar ante el Tribunal Supremo, por el Procés, estaban privadas de libertad injustamente, por sus convicciones políticas.

En parecidos términos, el Tribunal Constitucional ha señalado que la inviolabilidad protege a los parlamentarios respecto de las opiniones que manifiesten «en actos parlamentarios (...) o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario».

En este sentido, no es baladí recordar que ha sido el Tribunal Constitucional quien ha destacado «la peculiaridad que tiene en nuestro entramado constitucional la figura de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, los cuales presentan, si bien en su específico plano, peculiaridades que los distinguen del Presidente del Gobierno pero que, como en el caso de éste, tampoco permiten su integración en el seno de las Administraciones autonómicas». Y ha añadido el Tribunal Constitucional:

«Esa peculiar posición se deriva, no sólo de que dirijan los respectivos Consejos de Gobierno sino, muy singulamente, de sus otras dos funciones constitucionales, esto es, la de ostentar la suprema representación de la Comunidad Autónoma y también la representación ordinaria del Estado en la misma. En cuanto a la función de dirección de los Consejos de Gobierno que corresponde a los Presidentes de las Comunidades Autónomas, guarda paralelismo con la que

corresponde al Presidente del Gobierno y, por ello, sólo **con apoyo en esta exclusiva función podría afirmarse que aquéllos no se integran en su correspondiente Administración** (...) Sin embargo, son las otras dos funciones las que ponen de relieve la singularidad institucional de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, en especial la relativa a la suprema representación de la Comunidad Autónoma que ostentan de acuerdo con el art. 152.1 de la Constitución y que se confirma por todos los Estatutos de Autonomía, que reafirman tal representación. Esta cualidad singulariza la figura de los Presidentes de las Comunidades Autónomas».

(La negrita es nuestra)

Por ello, cabe recordar, además, que el artículo 67.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña impone que el presidente de la Generalitat sea elegido por el Parlamento «de entre sus miembros». **La elección, que no su continuidad como tal, del presidente de la Generalitat, pues, está vinculada directamente por el Estatuto a la inicial condición de diputado al Parlamento de Cataluña**, de modo que, en circunstancias normales, el presidente de la Generalitat reúne también la condición de parlamentario si bien no es necesario mantener la condición de diputado para continuar en el cargo de President de la Generalitat. Así resulta indiscutido que el M. H. Sr. Quim Torra i Pla reunía, en el

momento de los hechos, tanto la condición de presidente de la Generalitat como la de diputado al Parlamento de Cataluña.

Es la propia sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 la que pone de manifiesto la vinculación de los hechos a la condición de diputado al Parlamento de Cataluña del M. H. Sr. Quim Torra i Pla, cuando se refiere a que “del ejercicio de ese mismo tipo de responsabilidades públicas electivas (...) se sirvió el acusado para la comisión del delito que aquí se reprocha”.

Así lo pone singularmente de manifiesto, además, el hecho de que el primer efecto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 haya sido despojar al M. H. Sr. Quim Torra i Pla de su condición de diputado al Parlamento de Cataluña.

En este sentido, el mensaje que expresaba la pancarta denunciada por la Junta Electoral Central era reproducción literal de una reivindicación, que, como es notorio, ha sido sostenida por el M. H. Sr. Quim Torra i Pla desde su elección como diputado en las pasadas elecciones al Parlamento de Cataluña de 21 de diciembre de 2017. Ese mensaje, también es

notorio, fue uno de los ejes sobre los que se articuló su discurso ante el Parlamento de Cataluña en la sesión de investidura celebrada el 12 de mayo de 2018, que desembocó en el otorgamiento de la confianza por parte de la Cámara al diputado M. H. Sr. Quim Torra i Pla para ser presidente de la Generalitat.

Según consta en el Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, el discurso de investidura (claramente cubierto por la inviolabilidad parlamentaria) comenzó así:

«*Jo avui no hauria de ser aquí, jo no hauria d'estar fent aquest discurs d'investidura, ni tampoc no hauria de demanar-los la confiança per un programa de govern; avui, aquí, ara, hauria de ser-hi el president legítim de Catalunya, el molt honorable senyor Carles Puigdemont. I hauria de ser ell, adreçant-se amb llibertat a aquesta cambra, qui els exposés el programa de govern per al nostre país. **I a ell l'haurien d'acompanyar tots els presos polítics i exiliats, que tampoc poden ser aquí.** També ells, lliures i amb nosaltres, i amb les seves famílies, haurien de poder-lo escoltar.*

Siguin, doncs, les meves primeres paraules per enviar un record emocionat a tots els qui, pel simple fet de permetre votar al poble de Catalunya, són avui privats dels seus drets, privats de llibertat sense sentència, hostatges d'un estat que ha

vulnerat les regles democràtiques més elementals. **No poden ser aquí ni els nostres companys diputats, el president Puigdemont, el vicepresident Junqueras, els consellers Jordi Turull i Josep Rull, ni el president del nostre grup parlamentari, Jordi Sánchez; com tampoc poden ser aquí la presidenta Carme Forcadell ni els consellers Toni Comín, Lluís Puig, Joaquim Forn i Raül Romeva, ni les conselleres Clara Ponsatí, Dolors Bassa i Meritxell Serret. I encara, també a la presó i a l'exili, l'amic enyorat Jordi Cuixart, la secretària general d'Esquerra, Marta Rovira, i l'exdiputada de la CUP Anna Gabriel. Ho repetirem totes les vegades que calgui, mai ens cansarem de recordar-los, perquè mai ens cansarem de lluitar per la seva llibertat».** (La negrita es nuestra)

Lo había hecho antes de ser siquiera candidato a la presidencia de la Generalitat, en su discurso durante la primera sesión ordinaria de la Cámara, el 1 de marzo de 2018:

«Molt honorable president d'aquesta cambra, consellers i consellera del Govern legítim de Catalunya, senyores i senyors diputats, siguin les meves primeres paraules des d'aquest faristol lamentant que avui aquí no hi som tots. **És obvi que avui aquí, al Parlament de Catalunya, no hi som tots.** És a dir, no hi són tots els diputats que el poble de Catalunya va votar en les passades

eleccions del 21 de desembre. Una obvietat que fixa el punt precís i exacte de l'absoluta anormalitat de la vida política catalana, sobre la qual..., a alguns ja els està bé, d'altres, pretenen passar-hi de puntetes, com si no passés res, com si això fos possible en un estat de dret i democràtic, com si en aquesta casa, de la paraula, del debat, de les idees i de la discussió, es pogués privar de la paraula, del debat, de les idees i de la discussió els representants del poble.

Avui aquí no hi són ni el president de la Generalitat, que és a l'exili, ni el vicepresident, que es troba a la presó. Avui aquí no pot parlar el conseller Comín, perquè també és a l'exili, ni pot debatre amb nosaltres Jordi Sànchez, perquè és a la presó. I a la presó es troben també el conseller Quim Forn, i l'amic i president d'Òmnium Jordi Cuixart, i a l'exili, les conselleres Serret i Ponsatí, el conseller Puig i l'exdiputada d'aquesta cambra Anna Gabriel. Denunciar aquesta brutalitat, aquesta anormalitat és la nostra primera obligació i no ens cansarem de fer-ho cada cop que prenguem la paraula en aquest hemicicle». (La negrita es nuestra)

Así mismo, desde el banquillo de los acusados el M.H. Sr. Quim Torra volvió a reivindicar su posicionamiento respecto de esta concreta reivindicación, exigiendo libertad para los presos políticos así como ratificó su deber, como

representante político, de cumplir los Derechos Humanos y de exigir que otras autoridades los cumplieran, en consonancia con lo resuelto por el Grupo de Trabajo de Detenciones de la ONU y otras ONGs independientes.

Sin ir más lejos, y siendo respetuosos con lo declarado en el juicio oral, en el ejercicio del derecho a la última palabra, el M.H.P. Torra ratificó sus constantes declaraciones como Parlamentario manifestando lo siguiente:

"Bona tarda. Jo sí que em dirigiré a vostè com a excel·lentíssim president del tribunal d'aquesta sala, senyories.

En primer lloc, crec que em toca aclarir un fet que vostè no m'ha permès abans, que és per què no he contestat el ministeri fiscal ni a VOX, quan he tingut l'oportunitat de poder contestar. Li explico perquè crec que ho necessita saber la sala i també la ciutadania. Des que el senyor Pedro Sánchez, president en funcions del govern espanyol, va dir que el ministeri fiscal depenia del govern de l'estat va deixar de tenir cap mena d'imparcialitat. Ja no és un organisme que vetlla per la legalitat, sinó que vetlla pels interessos de l'estat

Jo simplement dic que no he contestat el ministeri fiscal, perquè crec no és un garant de la legalitat,

sinó dels interessos del govern. Si em permet, continuaré amb les paraules d'última defensa, on crec que tinc el dret que vostè no m'interrompi.

Ho ha comentat el meu advocat defensor: no és la primera vegada que un president s'asseu davant d'un tribunal. Malauradament des de la recuperació parcial de la sobirania del catalans l'any 1931 amb la Generalitat de Catalunya, nou presidents de la Generalitat s'han vist sotmesos a algun tipus de judici o han hagut de marxar a l'exili. Un president que jo aprecio molt, Josep Irla, va morir a l'exili després de fer-se càrrec de la presidència en unes condicions dificilíssimes, després d'un crim d'estat que va cometre l'estat espanyol assassinant Lluís Companys amb la col·laboració de la Gestapo i de la policia franquista.

Només cal veure què ha passat amb els tres darrers presidents de la Generalitat Catalunya: el president Artur Mas, també jutjat per aquest mateix tribunal i sentenciat i condemnat amb la voluntat d'arruïnar a la seva família a través del tribunal de comptes. O el que està passant amb el president Puigdemont, que viu a l'exili senzillament perquè juntament amb el seu Govern va ser el president que va permetre als catalans exercir el seu legítim dret d'autodeterminació votant en un referèndum d'independència de Catalunya i proclamant-la després el 27 d'octubre.

Però certament és excepcional, és la primera vegada que un president de la Generalitat en exercici s'asseu al banc dels acusats. Això ho fa un judici especial. I penso que per evitar que més presidents de la Generalitat s'asseguin al banc per part d'una justícia que de cap de les maneres podem considerar que és imparcial i després intentaré explicar-ho. No deixa de ser una raó més per la qual una gran majoria dels catalans volem culminar el procés d'independència i convertir-nos en una República Catalana. És l'única opció que tenen els catalans perquè els seus drets siguin respectats, perquè aquest país es governi d'una manera radicalment democràtica, perquè es vetlli en tot moment per una observança dels drets socials, civils i polítics i perquè es respecti davant de tot la voluntat popular. La voluntat popular que és la primera institució republicana i la segona, afegeixo, hauria de ser respectar-la.

Hi ha unes paraules molt boniques que malauradament no vaig escriure jo però que diuen així: "Si la llibertat d'expressió ens és presa, aleshores, atordits i en silenci, ens conduiran com a ovelles cap a l'escorxador". No són meves, son del primer president que van tenir els Estats Units, el president Washington. Per cert, un país que va alliberar-se del domini britànic senzillament per la força de la llibertat dotant-se d'una constitució pròpia, abraçant amb tota la força els seus anhels de llibertat aquella independència. Em serveix la

frase per dir-los que els catalans no som ovelles, això ja ho va dir el conseller Turull.

I jo no he vingut ni atordit ni en silenci. Jo he vingut aquí ferm i decidit. I penso que la meva defensa ho ha expressat així. A dir-los que no he vingut aquí a defensar-me de res, que jo vaig complir amb el deure del meu càrrec i que si vinc a alguna cosa és a acusar l'estat, no només d'haver vulnerat els meus drets, sinó d'haver pretès que vulnerés els drets dels meus compatriotes.

Que aquest judici no ha comptat amb les garanties necessàries em sembla obvi, i la defensa ho ha posat de manifest. Que aquest tribunal no és un tribunal imparcial, em sembla encara més obvi. I em sap greu, ho lamento molt. Jo vaig estudiar dret. Durant uns anys vaig exercir d'advocat en una companyia d'assegurances. Estimo la justícia, he estimat el dret públic català, aquelles velles institucions catalanes d'abans de 1714 quan els catalans sí que ens regíem a nosaltres mateixos. He estudiat també el dret civil català. I per tant des d'aquesta estima per la justícia no crec que jo, la meva defensa, hagués hagut de demanar la seva recusació, crec que vostès s'haurien d'haver abstingut de ser avui aquí. Els ho dic sincerament. I no puc mes que lamentar que per acabar-ho d'adobar hagin, ara mateix, acabat de rebutjar el, que crec que era un altre dret que jo tenia, que és que aquest cas fos també avaluat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Ho

lamento molt. Però, en qualsevol cas, segur que aquest cas també hi arribarà als tribunals europeus, allà on els catalans trobem la justícia, perquè ja no la podem trobar enllot de l'estat espanyol.

Permetin-me també que en aquests moments de la meva intervenció vulgui també adreçar-me a totes aquelles persones que per culpa de la justícia s'han vist privades de drets fonamentals. Una justícia, ho hem vist en el procés dels nostres companys, però que també ho estem veient cada dia, en la quantitat de casos que hi ha encara pendents de ser avaluats, de totes les persones que en aquests moments estan involucrades en alguns dels sumaris als tribunals de primera instància, els membres de la sindicatura electoral del Primer d'Octubre, també les persones que en aquestes últimes setmanes i mesos han estat detingudes i a qui no es respecta ni la presumpció d'innocència ni el dret a la defensa. A tots ells, a totes les seves famílies els vull enviar la meva més gran solidaritat.

Si la pregunta és si vaig acatar o no l'ordre de la JEC, la resposta no pot ser més senzilla: és clar que no. No podia ni ho havia de fer-ho com a president de la Generalitat.

Si la pregunta és si l'havia d'acatar, és clar que no, perquè no es pot acatar una ordre que és il·legal.

L'estratègia de la Junta Electoral Central ha consistit justament a posar-nos a tots plegats, crec que també a vostès, en aquesta disjuntiva d'haver de desobeir o d'haver de prevaricar. Jo tinc moltes obligacions com a president de la Generalitat, però la primera és vetllar pels drets i llibertats dels meus compatriotes, tots els drets i llibertats. En aquest país ha costat molt. Moltes generacions de catalans han hagut de lluitar, moltes lluites compartides, com diu l'amic Jordi Cuixart, s'han hagut de tirar endavant. Perquè les lluites són compartides i les llibertats són solidàries. I perquè tots puguem gaudir de les llibertats solidàries d'aquest país molta gent ha hagut de lluitar centímetre a centímetre pels seus drets i les seves llibertats. Generació rere generació.

Lamento que el fiscal hagi dit que el tema de les pancartes és només pel període electoral. És fals. En aquest moments se'ns ha requerit via un recurs contenciós administratiu per una mesura cautelar que retirem també fora del període electoral les pancartes pels presos polítics i exiliats. Cosa que probablement també acabi causant-me una altra querella. En qualsevol cas, si per defensar els drets i llibertats dels meus compatriotes he de venir a un judici i he de ser condemnat, benvinguda sigui.

Els que els vull dir a tots vostès és que no vinc atordit ni en silenci, jo vinc a dir-los que no renunciaré mai a defensar els drets civils, socials i polítics de tots els ciutadans catalans. De tots. No només dels independentistes. De tots. Que jo mai no renunciaré al dret d'autodeterminació de Catalunya, mai no renunciaré a defensar els nostres presos polítics i exiliats i que tampoc mai no renunciaré a la dignitat de tots aquells que han ostentat el càrrec de president de la Generalitat i que m'han precedit.

El Primer d'Octubre de 2017 els catalans van prendre una decisió històrica. Crec que vostès hi van intervenir i ho coneixen perfectament. Contra una violència policial inaudita, una violència emparada pel rei d'Espanya, els catalans van votar i dos milions de catalans vam decidir constituir-nos en un estat independent en forma de Repùblica. Aquesta decisió, senyories, ha comportat enormes sacrificis per molta gent, molts sacrificis per moltes famílies. Ha comportat un xoc emocional que aquest país viu amb aquest trasbals. Vostès no poden impedir-nos que nosaltres no deixem de reivindicar un dia i una altre els qui més han patit i sofert per haver defensat els drets de tots nosaltres.

Saben que vaig ser escollit president de la Generalitat enmig de l'aplicació de l'article 155, quan els catalans no ens governàvem a nosaltres, per això no hi havia un president de la Generalitat al

Palau de la Generalitat. Per una sèrie d'actuacions antidemocràtiques, d'actuacions judicials del Tribunal Constitucional que van impedir que diferents candidats a la presidència de la Generalitat, començant pel president Puigdemont i acabant per l'amic Jordi Turull i també per Jordi Sànchez no poguessin ser ells presidents de la Generalitat.

A mi em va escollir el Parlament de Catalunya, finalment, que és l'únic al qual dec obediència, perquè és on rau la sobirania dels catalans. I aquest judici, que és polític, vol senzillament anul·lar aquella votació. Vol senzillament alterar el panorama polític català. És això. Ha estat així des del començament. Lamento dir-los que en aquest país ens regim democràticament i on s'escullen els presidents de la Generalitat és al Parlament de Catalunya.

Els catalans som un poble pacífic, som un poble profundament democràtic. Se'ns diu que trencarem Europa, quan és impossible, perquè nosaltres som part d'Europa. Sentim que els valors europeus, els valors de l'humanisme, de la tolerància, i els valors republicans de la solidaritat i la fraternitat... formen part de la nostra manera de ser. Estem orgullosos de la nostra història encara que sigui una mica trista, certament, i de la nostra llengua i cultura, que per cert tant poc s'utilitza en els tribunals de Catalunya. Som diversos,

generosos i acollidors. Així som els catalans. Som conscients que una paraula mou la nostra història, només una, llibertat. I potser, com deia Mercè Rodoreda, "el desig de llibertat en l'home és, més aviat, una necessitat de justícia". Fins a aquest punt llibertat i justícia, però justícia real, van juntes. Jo els asseguro que mai no ens rendirem i continuarem lluitant perquè considerem la llibertat i la justícia que mereix el nostre poble.

Aquest tribunal em pot condemnar. Sí.

Em podeu condemnar, però no canviareu la legitimitat dels que em van escollir.

Em podeu condemnar, sí, però no canviareu en absolut el compromís que tinc assolit amb Catalunya.

Em podeu condemnar, però no canviareu la voluntat del poble de Catalunya.

Em podreu condemnar, però no canviareu el destí d'aquest país.

La democràcia guanya sempre i els drets humans guanyen sempre. I la llibertat acabarà guanyant sempre també en aquest país. Davant de la història, recordeu, que la vostra condemna serà la vostra condemna.

Ahir justament va fer un any i mig que vaig prometre el càrrec de president de la Generalitat de Catalunya. Sóc el 131è president d'aquesta institució. Vaig prometre el càrrec prometent que compliria l'exercici del meu càrrec amb fidelitat a la voluntat del poble de Catalunya representat al Parlament de Catalunya. Insisteixo: només al Parlament de Catalunya rau la sobirania dels catalans. Només el Parlament de Catalunya escull els seus presidents i els censura si cal. Aquest compromís de fidelitat al poble de Catalunya és el compromís que amb tota honestat he procurat seguir aquest any i mig passat i que seguiré durant tots els mesos que segueixi com a president de la Generalitat fins que el Parlament de Catalunya no em tregui la seva confiança.

I acabo també amb les mateixes paraules que vaig acabar el meu discurs d'investidura i que és la meva guia política i que espero veure ben aviat sigui una realitat en el nostre país.

Visca Catalunya lliure."

Pues bien, la reivindicación contenida en la pancarta que ha dado lugar a estas actuaciones es, indiscutiblemente, reproducción de todos estos mensajes, plenamente integrado en el derecho a la libertad de expresión del M. H. Sr. Quim Torra i Pla.

Siendo los parlamentarios inviolables por las opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo, es evidente que la condena penal por reproducir opiniones amparadas por la libertad de expresión en sede parlamentaria vulnera dicha prerrogativa.

- **La exhibición de símbolos o mensajes no es una actividad administrativa.**

En este sentido, debemos reiterar que ni el President de la Generalitat es un órgano administrativo ni la expresión contenida en símbolos o pancartas en la sede institucional del gobierno constituyen actos administrativos. Ello es de particular relevancia desde el momento en que, al inicio de la fundamentación jurídica de la sentencia, se invoca el bien jurídico protegido por el tipo penal de desobediencia.

En efecto, nada de lo que en este proceso penal se dirimía tiene que ver con el "correcto ejercicio de la función pública" o con "el quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas por los servidores públicos integrantes de la Administración Pública" (Fundamento Jurídico Segundo). Tampoco se enjuicia si los actos del President de la Generalitat "redundan en beneficio

de la sociedad a la que sirve" en tanto que "actividad de prestación de servicio a los ciudadanos".

Dicho en los términos de la sentencia recurrida, no están en juego tanto los principios del artículo 103.1 de la CE como el principio básico de legitimación democrática del poder establecido en el artículo 1 de la CE. Es evidente que la exhibición de símbolos o mensajes políticos nada tiene que ver con la prestación de servicios a los ciudadanos, sino que es un ejercicio de la función representativa propio de una sociedad democrática. La pancarta a la que alude la sentencia de instancia, en este sentido, no es distinta que el lazo amarillo que el M. H. Sr. Quim Torra i Pla suele lucir en la solapa durante sus actos públicos o a los colores de España que otras autoridades lucen en sus muñecas.

Si, como hemos dicho, quien ostenta la presidencia del poder ejecutivo no se integra dentro de la Administración de la Generalitat ni la emisión de mensajes políticos o la exhibición de símbolos constituyen actos administrativos de ningún tipo, entonces los hechos probados difícilmente se pueden subsumir dentro de un delito contra la Administración Pública.

Estamos pues 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 sólo 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.

2.- La exhibición de lazos amarillos y de una pancarta con la reivindicación de "Libertad presos políticos" es manifestación del derecho a la libertad de expresión.

Tratándose de la innegable e inseparable condición de diputado con la de President de la Generalitat, no debemos olvidar que tanto la pancarta que incluía la reivindicación "Libertad presos políticos" y los lazos amarillos que simbolizan sintéticamente esta reclamación, constituyen el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

Sobre todo porque, si bien es cierto, que dichos símbolos críticos con la actuación del Tribunal Supremo respecto a los presos políticos no fueron

retirados de la fachada del Palau de la Generalitat - por expresa decisión del Molt Honorable Sr. Torra -, lo cierto es que al Tribunal ni siquiera le interesó quién colgó en la fachada dicha simbología. La pancarta y los lazos amarillos no eran propiedad del President de la Generalitat, sencillamente se exhibía como una reivindicación colectiva, por lo que no cabe descartar la intervención de terceros - empleados, funcionarios públicos, ciudadanos- en la iniciativa de exhibir dichos símbolos en la fachada del Palau. Lo mismo cabe decir en relación a los numerosos edificios públicos de Catalunya - ya sean gestionados por la Generalitat ya lo sean por otras entidades públicas- en los que se muestran tales símbolos y pancartas.

Es evidente que, al menos, en lo que respecta a las numerosas sedes públicas de la Generalitat - gestionadas por numerosos entes privados y públicos- tanto las pancartas que hacen alusión a los presos políticos como los lazos amarillos son manifestación de la libertad de expresión de ciudadanos que trabajan allí o que tienen efectivo control sobre el espacio donde operan. En este sentido, el reproche penal consistente en que el Molt President S. Torra debía retirar tales símbolos de las fachadas de cientos de sedes públicas - centros de salud, escuelas y otros muchos- deviene

inconsistente por cuanto no debía obedecer una orden manifiestamente ilegal. El President de la Generalitat no podía, aunque fuera cominado para ello, retirar por la fuerza dichos símbolos, so pena de cometer un delito de prevaricación -tal cual manifestó en el acto del juicio oral-, pues la orden de suprimir *de facto* el derecho fundamental a la libertad de expresión de miles de ciudadanos era ilegítima y arbitraria: un verdadero acto de injerencia arbitraria de los poderes públicos en el derecho fundamental a la libertad de expresión, así como una exhibición de autoritarismo incompatible con un sistema democrático.

En relación a los símbolos exhibidos en la fachada del Palau de la Generalitat y sin que conste quién los exhibió en un principio, sí sabemos que el President se resistió a retirarlos, haciéndolos suyos como cargo político y bajo la responsabilidad de representar a miles de ciudadanos en un acto de protección y garantía de Derechos Humanos. No sólo directamente concerniente a la libertad de expresión sino en directa relación con el contenido de dicha pancarta y lazos amarillos, sobre la libertad personal, el derecho de manifestación y el derecho a no ser perseguido por razones ideológicas -es la reivindicación concreta de "Libertad Presos políticos"-.

Como derecho fundamental, no caben limitaciones salvo excepciones derivadas del principio de necesidad, de carácter restrictivo en todo sistema democrático. Lo contrario constituiría una insopportable criminalización de un derecho fundamental en un estado democrático, con el consiguiente efecto desaliento que ello conlleva.

El TC ha establecido que un mismo hecho no puede constituir ejercicio de un derecho fundamental y la comisión de un delito. O se da uno o se da el otro. Este juicio de valoración previo, cuando hay una colisión de bienes a proteger, dándose el posible ejercicio de un derecho fundamental -libertad de expresión- es preceptivo cuando de aplicar una norma penal se trata.

En este sentido, conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que:

"la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto

disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3 EDJ 2001/3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6 EDJ 2002/44867).

Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo del ejercicio del mismo, vulneran éste, pues, **aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que "los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales"** (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4 EDJ 2000/5875; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 EDJ 2000/40314), y que **"los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito"** (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5 EDJ 2003/136207). (La negrita es nuestra).

Es más, la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas y dar lugar a la estimación del recurso de

amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada a través de él (STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2 EDJ 2001/3). (La negrita es nuestra)

En el presente caso, no solo no se ha procedido a realizar tal valoración previa, sino que directamente se ha abordado la aplicación del artículo 410 del CP, reprimiendo, de paso, la libertad de expresión, mediante la exacerbación del tipo penal buscado *ad hoc* para inhabilitar al President de la Generalitat.

Para ello, no se ha dudado en prescindir de la observancia del principio de legalidad penal, del principio de taxatividad de los tipos penales y del principio de proporcionalidad, interpretando extensivamente el art. 410 CP y provocando una inseguridad jurídica, producto de la arbitrariedad mostrada con dicha extralimitación al interpretar este delito, tal cual expusimos en Motivo sobre la vulneración del principio de legalidad.

Evidentemente, la protección de la libertad de expresión de un parlamentario, como representante político se encuentra especialmente reforzada y así lo establece contundentemente el TEDH, en la sentencia dictada el 15 de marzo, en el asunto Otegi Mondragón contra España:

"El artículo 10 § 2 apenas deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político -en el cual la libertad de expresión reviste la más alta importancia- o de las cuestiones de interés general. Preciosa para todos, **la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo electo del pueblo; representa a sus electores, manifiesta sus preocupaciones y defiende sus intereses.** Por consiguiente, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario obligan al Tribunal a realizar un control más estricto (Castells c. España, 23 de abril de 1992, § 42, serie A nº 236)."

(La negrita es nuestra).

Sobre los límites que con carácter excepcional se establecen y permiten al ejercicio de la libertad de expresión, la anterior sentencia del TEDH, establece el criterio de "necesidad", "pertinencia y suficiencia de los motivos alegados" y "proporcionalidad":

"La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10, ampara no sólo para la "información" o las "ideas" recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, chocan

o perturban: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una "sociedad democrática" (Handyside c. el Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A n 24, Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia [GC], Nos. 21279/02 y 36448/02, § 45, CEDDH 2007 - XI, y Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza (n 2) [GC], n 32772/02, § 96, CEDDH 2009 - ...). Tal como consagra el artículo 10, **esa libertad se combina con excepciones que requieren no obstante una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe encontrarse establecida de manera convincente.**

49. El adjetivo "necesaria", según lo dispuesto en § 2 del artículo 10, implica una "necesidad social imperiosa". El Tribunal tiene pues competencia para pronunciarse en último término sobre si una "restricción" es compatible con la libertad de expresión que protege el artículo 10.

El Tribunal no tiene por tarea, cuando efectúa su control, sustituir a los órganos jurisdiccionales internos competentes, pero sí comprobar desde el punto de vista del artículo 10 las decisiones que dictaron en virtud de su poder de valoración. No debe limitarse, por tanto, a analizar si el Estado demandado usó este poder de buena fe, con cuidado y de manera razonable: **debe considerar la injerencia controvertida a la luz del conjunto del asunto para determinar si "es proporcionada al objetivo legítimo perseguido" y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarlo parecen**

"pertinentes y suficientes". Así, el Tribunal debe convencerse de que las autoridades nacionales han aplicado las normas conforme a los principios consagrados al artículo 10 y si al hacerlo, además, se basaron en una apreciación aceptable de los hechos relevantes (véanse, entre otras muchas, las sentencias *Mamère c. Francia*, n 12697/03, § 19, *CEDDH 2006 - XIII*, y *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July, antes citado*, § 45)."

(La negrita es nuestra).

3.- La inaplicación de la exención contenida en el artículo 410.2 del Código Penal y la consiguiente condena por un delito de desobediencia provoca la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión.

La exención prevista en el apartado 2º del artículo 410 CP introduce un factor de flexibilización y de racionalidad dirigido a los Jueces y Tribunales. Supone una obligación de no castigar penalmente el hecho de desobedecer órdenes arbitrarias, ilegítimas e ilícitas. Es decir, se refuerza la idea de que no existe la obediencia debida ante instrucciones manifiestamente ilegales, que podrían chocar con los principios constitucionales básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque, a los meros efectos dialécticos, asumíramos que la JEC tenía competencias para dirigir

instrucciones a autoridades que no participan en la campaña electoral concernida o que ésta es autoridad superior por sobre la figura del President de la Generalitat, es indudable que la "orden" consistente en retirar las pancartas sobre "Libertad de presos políticos" y los lazos amarillos era abiertamente ilegal, arbitraria e injusta, por cuanto no sólo perseguía reprimir la libertad de expresión de numerosos ciudadanos sino también afectaba al derecho fundamental de libertad de expresión de nuestro mandante, sin causa que lo legitimara.

MOTIVO SÉPTIMO DE CASACIÓN

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 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y 49 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, EN LO RELATIVO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

El delito de desobediencia a la autoridad superior tipificado en el artículo 410.1 del Código Penal no se encuentra sancionado con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio 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 tipificado en el artículo 410.1 del Código Penal.

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

DESARROLLO DEL MOTIVO

En relación con la determinación de la pena por el delito de desobediencia, dispone el artículo 410 del Código Penal:

«1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, **incurrirán en la pena de multa**

de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años». (La negrita es nuestra)

En lo relativo al alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, habremos de remitirnos al artículo 42 del Código Penal.

Sin embargo, una aspecto que resulta imposible obviar es que, a diferencia de lo que sucede en relación con otros delitos tipificados en el Título XIX del Código Penal (entre otros, el delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código Penal), el delito de desobediencia a la autoridad superior tipificado en el artículo 410.1 del Código Penal no se encuentra sancionado con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Esto no es una omisión del legislador. A este respecto, dispone la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

«Se 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 de sufragio pasivo».

Y posteriormente añade:

«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, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, 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 de una pena de inhabilitación 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». (La negrita es nuestra)

Todo ello conduce a una conclusión que parece evidente: 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.

Insistimos en que esto no es así porque lo diga esta parte, sino porque es la voluntad del legislador. Ninguna duda cabe, a la vista de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, que el legislador sólo ha querido privar, con carácter general, del derecho de sufragio pasivo, a las personas condenadas por determinados delitos. Y este, sin duda, no es el caso de los condenados por el delito de desobediencia a la autoridad superior, sin perjuicio de que en el presente caso no estamos ante una desobediencia y, mucho menos, a autoridad superior.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 lleva a cabo una interpretación tan extensiva de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público

que, en la práctica, condena a una inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo que el legislador no ha querido introducir en relación con el delito de desobediencia a la autoridad superior.

Como literalmente se dice en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, 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 tipificado en el artículo 410.1 del Código Penal.**

Al establecer, en la práctica, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo no prevista por el legislador, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 vulnera, no sólo los preceptos legales antedichos, que naturalmente también, sino el principio de legalidad penal, así como los correlativos, igualmente aplicables del Derecho de la Unión Europea, en particular el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como su artículo 49.3, en lo relativo al derecho a la proporcionalidad penal. Todo esto, además, ha de ponerse en relación con el motivo primero del

presente recurso en cuanto a la falta de imparcialidad del Tribunal sentenciador como derecho fundamental igualmente vulnerado.

Vulnera, además, el propio derecho de sufragio pasivo reconocido en los artículos 23.2 de la Constitución, 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 10.3 del Tratado de la Unión Europea.

Y a ello no se puede oponer la jurisprudencia sentada por esta Excma. Sala, con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, en su sentencia de 30 de abril de 2015 (recurso n.º 1125/2014), so pena de suplantar esta Excma. Sala a la voluntad expresa del legislador plasmada en la Ley Orgánica 1/2015.

A este respecto, cabe resaltar, además, el dato no menor de que la jurisprudencia sentada en la sentencia de 30 de abril de 2015 a la que nos acabamos de referir no solo es anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, sino que, cuando se ha aplicado por esta Excma. Sala a personas condenadas por el delito de desobediencia (desde luego, no por casualidad, todas ellas autoridades públicas catalanas), se ha hecho respecto de hechos,

todos ellos, anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica.

El artículo 410.1 del Código Penal, en relación con lo previsto en el artículo 42 de dicho Código, leídos a la luz de la Ley Orgánica 1/2015, no pueden ser interpretados en el sentido de que resulta irrelevante el hecho de que no se encuentre prevista la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, a no ser que pretenda esta Excma. Sala invadir las competencias propias de las Cortes Generales a la hora de determinar la pena correspondiente al delito de desobediencia a la autoridad superior por medio de una jurisprudencia *contra legem*.

En definitiva, al imponer la sentencia de instancia, en la práctica, una pena indistinguible de la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y ello prescindiendo del hecho de que dicha pena no se ha previsto en el artículo 410.1 del Código Penal, a diferencia de otros preceptos del mismo Capítulo en que sí que se prevén conjuntamente las penas de inhabilitación para cargo público y de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a partir de la Ley Orgánica 1/2015, no sólo se ha vulnerado el artículo 410 del Código Penal, en relación con los artículos 42 y 44 del

mismo Código, sino que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal (artículo 25 CE) y al derecho de sufragio pasivo (artículo 23) en los términos antedichos, así como los preceptos correspondientes de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 49 y 39.2), del Tratado de la Unión Europea (artículo 10.3) y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 7 y artículo 3 al Protocolo n.º 1.

MOTIVO OCTAVO DE CASACIÓN

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 DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO RECONOCIDO EN LOS ARTÍCULOS 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 10.3 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y 39.2 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

La pretensión de la sentencia de instancia de inhabilitar al M. H. Sr. Quim Torra i Pla 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 (sobre ello, valoraremos la importancia que tiene la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015), ni responde a un objetivo legítimo, ni respeta el contenido esencial del derecho de sufragio, ni la limitación que se pretende de este responde a objetivos de interés general reconocidos

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

En este sentido, se recuerda que nos hallamos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, así como su primacía, que obliga a inaplicar cualesquiera normas de Derecho interno que se opongan al Derecho de la Unión, como sucedería en este caso de entenderse punible la conducta del M. H. Sr. Quim Torra i Pla, lo que hemos rechazado en los motivos anteriores.

Un indicio de la desproporción de la sanción que se pretende es que unos hechos como los atribuidos en la sentencia de instancia al M. H. Sr. Quim Torra i Pla en modo alguno darían lugar a una pena de estas características en ninguna sociedad democrática de nuestro entorno, bien por la irrelevancia jurídico-penal de los hechos (caso de los principales Estados democráticos de nuestro entorno), bien porque, incluso en Italia, donde en determinados supuestos la desobediencia puede ser punible, en ningún caso daría lugar a una privación como la que se pretende de los derechos reconocidos en los artículos 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del artículo 23 de la Constitución y del artículo 3 del Protocolo n.º 1 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

DESARROLLO DEL MOTIVO

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 condena al M. H. Sr. Quim Torra i Pla a la pena de 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».*

Esta pena, por su extensión, equipara, en la práctica, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (artículo 42 del Código Penal) con la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (artículo 44 del Código Penal), a la que vacía completamente de contenido, al privar de ese derecho de sufragio pasivo sin que esta pena se encuentre prevista en el artículo 410.1 del Código Penal.

Esto supone, no solo una interpretación extensiva inaceptable de un precepto penal como el artículo 42 del Código Penal (que no es sino reflejo de la verdadera voluntad de un tribunal claramente parcial: apartar al recurrente de la vida pública), sino también una restricción en grado máximo del

derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución. Una restricción que, como veremos, no tiene parangón en las sociedades democráticas europeas, si es que eso aún tiene algún tipo de relevancia cuando se trata de garantizar los derechos de mi mandante y de todos aquellos ciudadanos y ciudadanas de Cataluña a los que representa.

Habremos de tener en cuenta, además, que, como hemos dicho, en la medida que la sentencia condena al recurrente a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos de ámbito europeo, la condena impuesta supone, no sólo una restricción del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, sino también del derecho reconocido por el artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y nos sitúa, evidentemente, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Que esto es como decimos lo pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto *Delvigne*,³¹ que se ha pronunciado

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, C-650/13, *Delvigne*, apartado 32.

expresamente en este sentido, por lo que no admite discusión.

Por lo demás, también en lo que respecta a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos de ámbito estatal, la antedicha pena supone una restricción del derecho reconocido por el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea, que establece el derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Y ello, dada la importancia que los Tratados otorgan a los parlamentos nacionales en esa vida democrática,³² lo que nos sitúa también, en consecuencia, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

La incidencia del Derecho de la Unión Europea es una cuestión sobre la que la sentencia recurrida apenas repara, llegando a ignorar la petición de elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos antedichos. Además de no resolver nada de lo que en su día se alegó en instancia al respecto, cuando la sentencia se refiere a esta cuestión, lo hace para reproducir un apartado de una sentencia de esta Excma. Sala diametralmente opuesto al Derecho de la Unión.³³

³² En particular, en los artículos 5, 10.2 y 12 del Tratado de la Unión Europea y en los Protocolos n.º 1 y 2, así como en los preceptos aplicables del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³³ Así, se cita la STS 91/2019, de 23 de enero, en que se dice que los diputados al Parlamento Europeo “ejercen funciones de representación del

Decimos que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no resuelve nada de lo que se alegó al respecto porque la cuestión que se discute no es, como erróneamente parece plantear la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, si determinadas condenas penales firmes pueden dar lugar a la privación del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo o del derecho de sufragio pasivo respecto de cualquier otro cargo electivo. Este no es el objeto del debate procesal que se plantea.

La cuestión que se planteó en su día ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que se reproduce ahora, es si cualquier condena penal, o más concretamente, si los hechos que han dado lugar a esta condena penal son susceptibles, legítimamente, de dar lugar a una privación de derechos de estas características, en relación con un cargo electivo, sin vulnerar, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos electivos.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, por cuanto, aun aceptando, a efectos meramente

Estado español", cuando el Tratado de la Unión Europea dispone en su artículo 14.2 que "El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión". Es decir, el Tratado de Lisboa configura el Parlamento Europeo como Cámara directa e inmediatamente representativa, no de los ciudadanos de cada uno de los Estados miembros, sino de la ciudadanía de la Unión.

dialécticos, que los hechos atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla pudieran ser susceptibles de reproche penal, la restricción que se pretende por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no obedece a criterio alguno ni de legalidad, ni de necesidad en una sociedad democrática ni de proporcionalidad, lo que vulnera el artículo 23 de la Constitución, el artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 3 del Protocolo n.º 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Cabe insistir una vez más en que la privación absoluta que se pretende del derecho de sufragio pasivo del recurrente no está prevista en la Ley. Esto ha quedado particularmente claro a la vista de que la Ley Orgánica 1/2015 ha excluido de entre los delitos contra la Administración pública que contemplan como pena principal la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo el delito de desobediencia.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015 es particularmente clara al respecto:

"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, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, 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 de una pena de inhabilitación 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." (La negrita es nuestra)

Se desprende con toda evidencia del tenor de la exposición de motivos y del articulado de la Ley

Orgánica 1/2015 que el legislador ha querido que la inhabilitación especial para cargo público alcance únicamente al que se ostenta al cometer el delito, volviendo a la interpretación originaria del artículo 42 del Código Penal.

Y en cualquier caso, no cabe duda, a la vista de que la Ley Orgánica 1/2015 no ha incorporado al delito de desobediencia del artículo 410.1 del Código Penal como pena principal la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo como pena, que resulta, desde luego, contrario al requisito de legalidad que debe cumplir cualquier restricción de los derechos fundamentales (como es el derecho de sufragio pasivo), el que se imponga, en la práctica, mediante una interpretación extensiva de la pena de inhabilitación para cargo público, otra pena (la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo) que claramente no se ha previsto en la Ley.

Por lo demás, un indicio de que la impuesta no es una sanción proporcionada ni necesaria en una sociedad democrática desde el punto de vista del derecho de sufragio pasivo lo pone de manifiesto el hecho de que, como ha señalado la doctrina, la conducta atribuida carece de trascendencia jurídico-penal en los principales ordenamientos

jurídicos de nuestro entorno.³⁴ Por lo demás, en ningún país de nuestro entorno nos hallariamos ante la posibilidad de una inhabilitación para cargos públicos electivos como la impuesta por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019.

Nos hallamos, pues, ante una restricción de dicho derecho que, como decimos, no tiene parangón en nuestro entorno. Y esto, por sí mismo, es un indicio importante de que nos podemos hallar ante una restricción que ni responde a un objetivo legítimo, ni es necesaria en una sociedad democrática.

Dentro de la categoría de los cargos respecto de los que se ha penado al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, merecen una atención especial los cargos parlamentarios. Y ello, a la vista de lo señalado en relación con este tipo de cargos por el entonces vicepresidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Christos Rozakis, en su voto particular en el asunto *Zdanoka c. Letonia*:

«Coming now to the findings of the majority which are pertinent to the concrete case before us, my main observation concerns the nature of a parliamentarian's functions in a democratic society.

³⁴ Javato Martín, Antonio María (2014), El delito de desobediencia de funcionario. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21.

The Court correctly points out, in paragraph 117 of the judgment, that "the criterion of political loyalty which may be applied to public servants is of little, if any relevance, to the circumstances of the instant case, which deals with the very different matter of the eligibility of individuals to stand for Parliament. **The criterion of 'political neutrality' cannot be applied to members of parliament in the same way as it pertains to other State officials, given that the former cannot be 'politically neutral' by definition.**"

Indeed, the role of a parliamentarian is totally different from all the other roles played by those involved in public matters, including the members of the executive when they exercise their administrative function. In a representative democracy parliamentarians represent, by definition, the opinions and the positions of their electorate - that is, those who have voted for them. They replace them in expressing opinions and positions within and outside Parliament, and, theoretically, act instead of them in a system which, by definition, is not a direct democracy. It is obvious that in this system of representative democracy not everyone can claim to validly represent others. **There are at least two safeguards which secure the direct accountability of parliamentarians in faithfully expressing their electorate's broad wishes: firstly, the safety valve of the democratic election** (candidates are elected on the basis of their personality, ideas and

opinions as revealed to the public before the elections), **and, secondly, the safety valve of post-electoral scrutiny: if an elected representative does not stand up to the expectations of his or her electorate, he or she will probably lose their confidence, and, in the end, his or her seat in Parliament.**

The election of parliamentarians to express their electorate's expectations lies at the core of a representative democracy, whatever their opinions are, and however displeasing these latter are to other strata of society. In a system of sound democratic governance the criterion of eligibility cannot be determined by whether a politician expresses ideas which seem to be acceptable to the mainstream of the political spectrum, or loyal to the established ideologies of the State and society, but by the real representativeness of his or her ideas vis-à-vis even a very small segment of society. Accordingly, **if a politician is prevented from representing part of society's ideas, it is not only he or she who suffers; it is also the electorate which suffers, it is democracy which suffers.**

For these reasons prohibitions on eligibility to stand for election should be very exceptional and very carefully circumscribed. One can, of course, understand that a State may introduce eligibility conditions of a technical nature, such as those referred to in the Convention's jurisprudence and considered in some cases already examined by the Strasbourg institutions (see paragraphs 103 et seq.

of the judgment). One can also understand that in certain very exceptional circumstances, the very protection of the primary value of democracy may call for a prohibition on the exercise of the rights contained in Article 3 of Protocol No. 1. But in such circumstances, the State cannot of course escape the scrutiny of the Convention institutions, which should carefully delineate the limits of the State's liberty to restrain the passive right of a politician or a political party to be elected».³⁵ (La negrita es nuestra)

En la medida que la pena impuesta impone la inhabilitación del recurrente para cualquier cargo público electivo, incluidos los parlamentarios, es claro que la pena impuesta ni responde a un objetivo legítimo, ni es necesaria en una sociedad democrática, vulnerando así el principio de proporcionalidad.

Como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-752/18, en relación con la desobediencia por parte de las autoridades políticas de Baviera a determinadas órdenes y apercibimientos del *Verwaltungsgericht München* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de

³⁵ No hemos encontrado una traducción al español solo la versión en una de las lenguas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Múnich), "en lo que respecta a las exigencias derivadas de principio de proporcionalidad, es preciso recordar que, **cuando están en juego varios derechos fundamentales distintos, la valoración de la observancia del principio de proporcionalidad debe llevarse a cabo respetando la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de los distintos derechos y el justo equilibrio entre ellos**". (La negrita es nuestra).

Es evidente que este no es el caso de la sentencia de 19 de diciembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Es más, si como hemos dicho, las opiniones expresadas eran legítimo ejercicio de su cargo de parlamentario, entonces estaban avaladas por la inviolabilidad parlamentaria. Pero es que si se entendiera, contrariamente a lo que dice la propia sentencia de instancia, que no estaban vinculadas al cargo electivo como parlamentario del M.H. Sr. Quim Torra i Pla, entonces es evidente que hacer recaer la pena de inhabilitación sobre su cargo de parlamentario vulnera, no sólo el artículo 42 del Código Penal, en los términos en que ha sido interpretado por el legislador en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, sino cualquier atisbo de proporcionalidad en la restricción de los

derechos del recurrente. Y no sólo en los derechos del recurrente, sino en los de los ciudadanos a los que representa como diputado al Parlamento de Cataluña.

Ya hemos dicho que en ningún caso unos hechos como los atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla darían lugar, en ninguna sociedad democrática de nuestro entorno, a la pérdida de la condición de diputado o de presidente, mucho menos a la privación del derecho de sufragio pasivo. Y ello por la sencilla razón de que la desobediencia no tiene relevancia jurídico-penal en esos Estados. Pero es que incluso en Italia, donde, en determinados casos, sí la tiene, los hechos atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla en ningún caso podrían haber dado lugar a una condena penal. Pero es que incluso en los supuestos en que la desobediencia puede dar lugar a una condena penal, nunca daría lugar a la pérdida de la condición de parlamentario o de cualquier otro cargo electo.

Es decir: nos hallamos ante una condena absolutamente excepcional en el Derecho comparado, sin parangón en ninguna sociedad democrática de nuestro entorno. Y ello es un indicio importante de su completa desproporción, así como de la vulneración que supone, no sólo del derecho de

sufragio pasivo del M. H. Sr. Quim Torra i Pla, la voluntad soberana de los ciudadanos a los que representa, así como de sus derechos.

Tampoco la sentencia de 6 de octubre de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Delvigne* avala la proporcionalidad de una restricción de este alcance del derecho de sufragio.

Ciertamente, en la sentencia sobre el asunto *Delvigne* se avaló, desde el punto de vista de la proporcionalidad, la privación del derecho de sufragio como consecuencia de una condena por un delito grave.

Ahora bien, cabe destacar que, en aquel asunto, se trataba de una pena accesoria a una pena de privación de libertad de doce años, lo que evidentemente no es el caso presente, que, en Derecho francés, únicamente se impone, como señala la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a aquellas personas condenadas por un delito castigado con una pena privativa de libertad de al menos cinco años.

Por tanto, si bien el asunto *Delvigne* resulta importante pues pone de manifiesto que nos hallamos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión,

es evidente que el juicio de proporcionalidad efectuado en aquella sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la condena del Sr. Delvigne no es ni remotamente parecido al que cabe efectuar en este caso.

Y es que *ictu oculi* se puede apreciar que la pérdida de su cargo público parlamentario por un diputado como consecuencia de la retirada tardía de una pancarta respecto del momento ordenado por la Junta Electoral Central, así como la privación del derecho de sufragio pasivo en cualquier elección por sufragio universal directo, resulta una reacción incompatible, no sólo con la mínima proporcionalidad que debe guardar cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental como el de sufragio pasivo.

No se puede pasar por alto, a estos efectos, que ni siquiera desde la definición de delito grave que ofrece el Código Penal, se pueden considerar los hechos atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, aun en el supuesto de que fueran punibles, la calificación de delito grave, a diferencia del caso que dio lugar a la sentencia del asunto *Delvigne*, pues así se desprende de la lectura conjunta de los artículos 410.1 y 33.3 del Código Penal.

En definitiva, la desproporción de la pena impuesta (la pérdida de todo cargo público, incluido el parlamentario, que se ejecuta provisionalmente, junto con la privación del derecho de sufragio pasivo para todo cargo público) respecto de los hechos supuestamente cometidos es más que evidente. Y no responde sino a la evidente voluntad de apartar de la vida política al recurrente.

Cabe insistir una vez más en ello: en ningún Estado democrático de nuestro entorno unos hechos del tipo de los atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 podrían dar lugar a una pena como a la aquí impuesta, incluida la pérdida de los cargos públicos representativos que democráticamente ostenta el recurrente, junto con la privación del derecho de sufragio pasivo. Una pena de este tipo supone una vulneración palmaria de los derechos a los que nos venimos refiriendo.

Esta desproporción de la reacción penal resulta absolutamente contraria, como decimos, al artículo 23 de la Constitución, por vulnerar el derecho de sufragio pasivo, pero también es contraria al artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales y al artículo 10.3 del Tratado de la

Unión Europea, que como normas del Derecho de la Unión, tienen primacía sobre cualquier norma de Derecho interno, incluido el artículo 410.1 del Código Penal, que deberá ser inaplicado en cuanto a la pena de inhabilitación de estimarse necesario, de no haberse atendido antes el resto de motivos de casación. Y también resulta contraria al artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre ello volveremos nuevamente después.

Cabe añadir que, desde el punto de vista del artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es evidente que esta limitación de los derechos a los que se refiere este motivo de casación ni respeta el contenido esencial de los derechos del M. H. Sr. Quim Torra i Pla ni responde a ningún objetivo de interés general reconocido por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

MOTIVO NOVENO DE CASACIÓN

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 DE LOS ARTÍCULOS 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 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 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ARTÍCULO 49.3 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

En este motivo se denuncia la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación que reconocen los artículos 14 de la Constitución Española y 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, en relación con la proporcionalidad de la reacción penal que imponen los artículos 25 de la Constitución y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este sentido, se recuerda una vez más que nos hallamos dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, que tiene primacía sobre el Derecho interno.

Asimismo, se traen a colación, como se hizo durante el juicio oral, como parámetro de comparación, la distinta reacción estatal en relación con hechos semejantes atribuidos al Sr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y a la Sra. María Isabel Celáa Diéguez, con respecto a los atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla.

En el caso de los primeros, la desobediencia a determinados requerimientos de la Junta Electoral Central se ha ventilado con una sanción económica, sin atribuir relevancia penal a los hechos. En el caso del M. H. Sr. Quim Torra i Pla, sin embargo, además de la sanción económica (superior a la de los anteriores), se pretende atribuir relevancia penal a los hechos, apartándolo de todo cargo público, lo que no sólo supone una vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, sino que supone una reacción penal desproporcionada en relación con la entidad de los hechos atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, por razones ideológicas, contraria al artículo 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 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se aparta

de cualquier consideración del principio de intervención mínima y de última ratio que en toda sociedad democrática tiene que tener el recurso al Derecho penal.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Todavía desde el punto de vista del principio de legalidad penal, que por hallarnos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debemos analizar teniendo en cuenta, también, el derecho a la proporcionalidad de las penas que establece el artículo 25.1 de la Constitución Española e introduce expresamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea su artículo 49.3, resulta ineludible, como motivo de casación, traer a coalición el derecho a la igualdad ante la Ley, así como el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley sin discriminación, que reconocen los artículos 14 de la Constitución Española y 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Y ello, por la manifiesta diferencia de trato dispensado por la Junta Electoral Central y posteriormente por los Tribunales, por un lado al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, y por otro al Sr. Pedro

Sánchez Pérez-Castejón³⁶ así como a la Sra. María Isabel Celáa Diéguez, en relación con hechos perfectamente equiparables.

Así, mientras que, respecto de hechos similares, tanto el Sr. Sánchez Pérez-Castejón³⁷ como la Sra. Celáa Diéguez³⁸, se han visto sometidos a una sanción económica de tipo meramente administrativo, de 500 y 2.500 euros,³⁹ respectivamente, el M. H. Sr. Quim Torra i Pla, por el contrario, se ha visto sometido, como obra en las actuaciones, no sólo a una sanción económica de tipo administrativo (por cierto, superior a las antedichas), sino a un proceso penal que ha desembocado en una condena a una nueva multa de decenas de miles de euros, además de la pérdida de los cargos públicos que actualmente ocupa, junto con la privación absoluta del derecho de sufragio pasivo, así como del derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad durante dieciocho meses.

³⁶ https://elpais.com/politica/2020/01/23/actualidad/1579773917_569079.html - Última consulta el 2.2.2020

³⁷ http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?anyosen=2020&idacuerdoinstruccion=72044&idsesion=965&template=Doctrina/JEC_Detalle - Última consulta el 2.2.2020

³⁸ http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?anyosen=2020&idacuerdoinstruccion=72042&idsesion=965&template=Doctrina/JEC_Detalle - última consulta el 2.2.2020

³⁹ <https://www.libertaddigital.com/espana/2020-01-23/la-jec-sanciona-a-pedro-sanchez-con-500-euros-y-con-2200-a-celaa-por-uso-electoralista-de-la-moncloa-1276651236/> - Última revisión el 2.2.2020

La desproporción entre el tratamiento sancionador de unos hechos u otros atendiendo a la persona respecto de la que se predica la responsabilidad salta a la vista. En un caso una mera sanción pecuniaria; en otro un procedimiento penal añadido a la sanción pecuniaria, en que se acaba condenando a la pérdida del cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo.

Como recordaba el Tribunal Constitucional en su STC 136/1999, la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información ha sido declarada no sólo por el propio Tribunal Constitucional, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, sentencia de 13 de julio de 1995, asunto *Tolstoy Miloslavsky*).

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su STC 136/1999, enfatizó lo siguiente, en relación con el juicio de proporcionalidad al que nos venimos refiriendo:

"La exigencia de proporción de la reacción penal en relación con los derechos de información, expresión y participación política ha sido reconocida por este Tribunal en varias SSTC desde la 62/1982 hasta la 190/1996, pasando, por ejemplo, por la ya citada 85/1992 en la que, al otorgar el amparo contra una

sanción penal excesiva impuesta por unas declaraciones insultantes y, por ende, no protegidas por el art. 20.1 C.E., establecimos que "el criterio de la proporcionalidad, reconocido en Sentencias del más variado contenido (STC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 178/1989 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o restricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos".

Pues bien, en este sentido, la desproporción de la medida ha sido sobradamente justificada, en cuanto a los derechos a la libertad de expresión, así como a la participación política, en los motivos de casación correspondientes, por lo que no resulta necesario volver ahora sobre ello.

No hemos analizado la desproporción manifiesta, sin embargo, desde el punto de vista del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, en relación con el tratamiento dado, por un lado, al Sr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y a la Sra. María Isabel Celáa Diéguez, y por el otro, al M. H. Sr. Quim Torra i Pla.

La conducta llevada es sustancialmente idéntica: amparados todos en sus derechos respectivos, tanto el Sr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón como la Sra. María Isabel Celáa Diéguez, en el ejercicio de sus cargos respectivos, desatendieron distintos requerimientos de la Junta Electoral Central en relación con expresiones que la Junta Electoral Central entendía prohibidas por el artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Pese a la sustancial identidad de los hechos, mientras que en el caso del M. H. Sr. Quim Torra i Pla la reacción penal ha sido, no sólo una sanción económica con el pretendido amparo del artículo 153 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sino una segunda sanción económica, así como una condena penal de inhabilitación para cargo público, así como para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en el caso del Sr. Sánchez Pérez-Castejón, como en el caso de la Sra. Celáa Diéguez, los

Acuerdos de 23 de enero de 2020 se han limitado a imponer a ambos una sanción económica mucho menor a la impuesta al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, tanto por el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019, como por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019. Todo ello, sin denunciarlos para la correspondiente incoación de proceso penal alguno que pueda desembocar en su inhabilitación o en la privación del derecho de sufragio pasivo.

Todo ello supone una evidente discriminación, que sólo cabe entender como consecuencia de la absoluta parcialidad tanto a los miembros de la Junta Electoral Central como de los magistrados de la Sala que ha dictado la sentencia de 19 de diciembre de 2019, vulneración del derecho al juez imparcial a la que nos hemos referido en el motivo primero de casación.

En este sentido, se ha vulnerado gravemente el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley previsto en el artículo 14 de la Constitución, en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

y en el artículo 1 del Protocolo n.º 12 a dicho Convenio.

Todo ello, mediante una reacción penal claramente desproporcionada, absolutamente innecesaria en una sociedad democrática como pone de manifiesto el hecho de que resultaría inconcebible en cualquier otra sociedad democrática de nuestro entorno, que vulnera, no sólo el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, sino, como se ha dicho, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la participación política, así como el derecho a la legalidad penal, en particular el derecho a la proporcionalidad en la reacción penal que reconocen el artículo 25.1 de la Constitución y el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es evidente que, a diferencia de la reacción sancionadora del Estado en el caso del Sr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón y de la Sra. María Isabel Celáa Diéguez, la reacción frente a los hechos atribuidos al M. H. Sr. Quim Torra i Pla se apartan de cualquier consideración del principio de intervención mínima y de última ratio que en toda sociedad democrática tiene que tener el recurso al Derecho penal.

Esta diferencia de trato, desde el punto de vista del artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es evidente que ni respeta el contenido esencial de los derechos del M. H. Sr. Quim Torra i Pla ni responde a ningún objetivo de interés general reconocido por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Sin perjuicio de lo anterior, aquí estamos discutiendo sobre una diferencia de trato entre unos y otros representantes de la ciudadanía sin perjuicio de dejar constancia que, a la vista de los derroteros por los que discurre la actividad de la Junta Electoral Central en los últimos tiempos parece evidente que siempre se decanta por sancionar - con mayor o menor intensidad - a los mismos: a quienes considera sus opositores y, en función del grado de inquina que le tengan, gradúa la sanción y sus consecuencias que, como en el caso del M. H. Sr. Torra, ha llegado hasta la condena penal. Y ello no se puede desvincular de las posiciones políticas e ideológicas del recurrente, al que se le han vulnerado también el derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, en los términos que ya hemos señalado.

MOTIVO DÉCIMO DE CASACIÓN

INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, POR VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

Este motivo se desarrollará desde tres enfoques: 1) si a la luz de la directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia, se cumplieron todos los requisitos exigibles; 2) si se prejuzgó acerca de la culpabilidad antes de celebrar el juicio oral al despojar de sus honores al MHP Sr. Torra i Pla cuando el Tribunal se dirigió a él sin el tratamiento honorífico a que estaba obligado; 3) si hubo prueba mínima y suficiente de cargo, válida, para enervar la presunción de inocencia y/o si el juicio de inferencia fue racional y lógico.

Fundamentalmente, será objeto de análisis el auto de acomodación por los trámites del procedimiento abreviado dictado el día 27 de junio de 2019, que contiene expresiones contundentes de culpabilidad antes del juicio oral.

Es importante, a la luz de la directiva 2016/343 del Parlamento Europeo, cómo la autoridad judicial - magistrado instructor y magistrados de Sala-provocó un juicio paralelo con sus actuaciones previas a la celebración del juicio oral. No cabe desentenderse, como lo hizo en sentencia el Tribunal a quo de la corriente de opinión publicada que, dio por condenado al MHP Sr. Torra i Pla, antes de que se dictara sentencia.

Resaltamos el hecho de que el tratamiento al acusado no fuera el correcto, se le despojó de sus honores durante todo el juicio, obviando el tratamiento obligado de Molt Honorable President, lo que supuso, una intolerable anticipación del fallo condenatorio y de su ejecución, tal cual establece el artículo 42 CP que se ejecuta la pena de inhabilitación para cargo público.

Por último, se llama la atención acerca de cómo se obtuvo la prueba de cargo para demostrar que el MHP Sr. Torra i Pla habría "desobedecido", mediante unas imágenes no originales, cuya cadena de custodia no consta de ninguna manera.

Finalmente, cabe resaltar el irracional juicio de inferencia realizado sobre la simbología y la

"desobediencia", dado que se sostiene en los Hechos Probados que el lazo amarillo fue sustituido por un lazo blanco, con simbología "similar", no siéndolo. El lazo amarillo representa la reivindicación sobre "Libertad presos políticos" y el lazo blanco representaba "Libertad de expresión", tal cual aparecía en el fondo dicha leyenda.

DESARROLLO DEL MOTIVO

I- VULNERACIÓN DE LA DIRECTIVA 2016/343 SOBRE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Por el cauce de planteamiento de cuestiones previas esta parte solicitó la nulidad de todo lo actuado, habida cuenta de la vulneración de presunción de inocencia que supuso la presentación del MHP Sr. Torra como culpable de los hechos enjuiciados antes de ser enjuiciado.

1.- Auto de 27 de junio de 2019 que acordaba la continuación de las presentes diligencias por los trámites del Procedimiento Abreviado, dictado por el Magistrado Instructor. Como ya dijimos en el Motivo Primero, el auto de acomodación por los trámites del Procedimiento Abreviado, de fecha 27 de junio de 2019, incluía afirmaciones muy

contundentes sobre la responsabilidad penal de nuestro mandante:

"La solicitud de suspensión mencionada constituía una argucia para no cumplir lo dispuesto en los Acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019", -Antecedente de Hecho OCTAVO, N°15-

- *"Por si cupiera alguna duda sobre la voluntad obstativa del querellado", -Antecedente de Hecho OCTAVO, N°17-*
- *"De nuevo, por si cupiera todavía alguna duda sobre la voluntad decididamente obstativa del querellado" -Antecedente de Hecho OCTAVO, N°20 -*
- *"Se trata de un argumento de conveniencia que no merece ningún crédito, ni siquiera como causa de un eventual error de tipo o de prohibición, si bien esta es una cuestión que no corresponde dilucidar en esta fase" -Fundamento de Derecho TERCERO, 2)*
- *"Lo que el querellado pretendió al sustituir dichos símbolos por otros (...) no fue sino persistir en la desobediencia, sin que pueda admitirse, tampoco, que la oscuridad de tales Acuerdos pueda provenir del hecho de..." -Fundamento de Derecho TERCERO, 2)*

Estas manifestaciones, en ningún momento, vienen acompañadas de razonamiento alguno que permitan entender que sean realizadas con respeto al derecho a la presunción de inocencia que ampara, aún, a mi defendido tal cual prevé la Directiva (UE) 2016/343;

ni tan siquiera vienen expresadas en términos condicionales como correspondería a la fase de instrucción en que fueron proferidas para, de esa forma, salvaguardar la presunción de inocencia de mi representado y la apariencia de imparcialidad del Juez instructor.

La sentencia recurrida da respuesta a esta importante cuestión en las páginas 18 y 19, pero se limita a describir la finalidad del auto de Procedimiento Abreviado de forma genérica, tal cual viene prevista en la ley: "Nos encontramos exactamente ante un acto procesal 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".

Y sigue diciendo, concretando algo más: "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".

Parece confundir la Sala a quo una suerte de oposición de esta parte a la existencia misma del auto de transformación en Procedimiento Abreviado - acto procesal de imputación y de impulso de las actuaciones- con nuestra persistente queja acerca de cómo el magistrado instructor ha recogido esos indicios de criminalidad. No se trata de estar en contra o no de la existencia de esos indicios de criminalidad en relación a esta alegación, sino de poner de manifiesto que la forma en que se han expuesto revelan un juicio anticipatorio de la culpabilidad.

En este sentido, el magistrado instructor, con una técnica dudosamente depurada, ha plasmado sus opiniones no sólo sobre el dolo -elemento subjetivo del delito que debe valorar el órgano de enjuiciamiento- sino que, incluso, anticipa la exclusión del error de tipo o de prohibición. Obsérvese de qué manera es consciente de que está anticipando un juicio de culpabilidad, que incluso advierte de que no es propio de la fase de instrucción sino de enjuiciamiento:

*"Se trata de un argumento de conveniencia que no merece ningún crédito, ni siquiera como causa de un eventual error de tipo o de prohibición, **si bien esta es una cuestión que no corresponde dilucidar en esta fase**" -Fundamento de Derecho TERCERO, 2)*

El Magistrado desgrana uno a uno los posibles comportamientos que pudieran excluir la responsabilidad penal del investigado, para luego descartarlos, analizando el dolo, excluyendo el error de tipo o de prohibición e interpretando las acciones como "argucia", "voluntad decididamente obstativa del querellado", "argumento de conveniencia que no merece ningún crédito".

Así mismo, se permite no solo afirmar que el querellado ha desobedecido sino que "persiste en la desobediencia", sin siquiera esperar a que en la fase correspondiente, la del juicio oral, se aclare este extremo.

Es tal la rotundidad con la que se expresa acerca de la responsabilidad penal del MHP Sr. Torra i Pla, que sustituye lo que debería constituir un acto procesal de mera inclusión de indicios por un auténtico prejuicio o juicio anticipatorio o fallo condenatorio.

Es evidente que estamos ante una resolución judicial que, no siendo de condena, se refiere a un sospechoso como culpable, antes de que "se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley".

Una palmaria contravención a lo dispuesto en la mencionada directiva que, sin duda, influyó en el devenir de la causa.

2.- Declaraciones públicas de cargos políticos sobre la culpabilidad del MHP Sr. Torra i Pla antes de la celebración del juicio oral.

La forma en que se ha tramitado el presente procedimiento, alimentando desde las autoridades judiciales que han intervenido la convicción de la culpabilidad de nuestro mandante, sin duda ha dado lugar a titulares incluyendo manifestaciones públicas de cargos políticos.

Así, hay que destacar lo dicho más arriba sobre el modo en que expresa su particular convicción de culpabilidad el magistrado instructor y su rápida difusión en los medios de comunicación. Un verdadero juicio paralelo que ha dado por sentada la condena del imputado antes de sentarse en el banquillo de los acusados.

Así mismo, ya destacamos en el Motivo Primero cómo el Presidente del TSJC, también presidió la Sala de enjuiciamiento, se había manifestado públicamente sobre la orden de la JEC al Presidente del Parlamento de Cataluña, anticipando las bondades de dicha instrucción así como el carácter "vinculante" de la misma.

Esta intervención pública del día 12 de marzo de 2019, sin duda alguna, contribuyó a crear un clima de opinión desfavorable en contra del MHP Sr. Torra i Pla.

Así, nada extraña el hecho de que más adelante, desde constantes y llamativos titulares de prensa escrita y digital se hablara de la "desobediencia" del President y se analizaran las consecuencias que para el panorama político provocaría su inhabilitación -su condena-.

Concretamente, en el trámite de cuestiones previas, se señalaron las siguientes intervenciones públicas de cargos políticos:

Concretamente, el 20 de marzo de 2019, son hechos públicos y notorios, Isabel Celaá, la Ministra de Educación y Ministra Portavoz de Gobierno ha advertido al President de la Generalitat Quim Torra

de que si 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". Esto además habría que ponerlo en relación a las manifestaciones del Presidente del Gobierno en funciones cuando ha manifestado públicamente que la Fiscalía depende de él o del Gobierno en funciones.

Asimismo, el mismo 20 de marzo de 2019 el Sr. Iceta, Secretario General del Partido Socialista de Cataluña, ha asegurado en "Hoy por hoy", en la Cadena Ser, que "Torra ha hecho cálculos y habrá pensado que las consecuencias de no retirar los lazos son pequeñas".

Asimismo, la líder de Ciudadanos, Lorena Roldán, el 13 de noviembre de 2019 ha manifestado públicamente y ha pedido a Torra que en el juicio por desobediencia de la semana próxima "reconozca sus errores y pida perdón".

Se destaca que quien así se expresa lo hace como portavoz del partido Ciudadanos, formación que inició el expediente administrativo, que dio lugar a la querella de Fiscalía y también el secretario

general del PSC, quien en multitud de ocasiones no ha perdido la oportunidad de exigirle al President que disuelva el Parlament y convoque nuevas elecciones. Ambos partidos, además, lo han reprobado en el Parlament.

De ahí que, una vez que los magistrados han intervenido en el procedimiento de esta forma -el magistrado instructor y luego el Presidente de la sala de enjuiciamiento- no puedan sustraerse a las consecuencias de una situación creada por ellos mismos. Tampoco debe la Sala a quo justificarse en la imposibilidad de "fijar un control de las manifestaciones y declaraciones que puedan hacer diferentes cargos públicos", cuando la opinión desfavorable de culpabilidad partió de la autoridad judicial.

Esta cuestión se contempla en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.2 CEDH y a la vez forma parte del sentido que le otorga la Comisión Europea a efectos del art. 48 CDFUE3, que la condensa sobre la base de toda una serie de pronunciamientos, que podemos sintetizar, específicamente, y en lo que a este caso se refiere, en:

(i) el acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable;

(ii) la presunción de inocencia requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa;

(iii) no debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal; y

(iv) la carga de la prueba de culpabilidad recae en el Estado y cualquier duda será favorable al acusado;

Es evidente que, en el presente caso, pocas premisas se han cumplido al respecto y se evidencia el absoluto desinterés de la Sala ante esta grave vulneración del derecho invocado.

II. Tratamiento de mi mandante omitiendo el tratamiento honorífico: prejuicio de condena anticipado.

Como ya expusimos en el Motivo Primero, sobre la falta de imparcialidad del Tribunal a quo, el Presidente de la Sala se dirigió en todo momento al MHP President Sr. Torra i Pla como "Señor Torra", lo que motivó una queja por esta parte.

El artículo 67 del Estatut de Catalunya así lo establece y el artículo 8.1 de la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat y del Govern establecen el tratamiento honorífico del President o Presidenta de la Generalitat.

Los tratamientos honoríficos u honores que merece esta autoridad son anejos al relevante cargo que ocupa; no olvidemos que no sólo es la más alta representación de Cataluña, también ostenta la representación ordinaria del Estado en Cataluña y, su designación es parlamentaria, es decir, proviene de la soberanía popular.

El art. 8.1 de la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat y del Govern, dedicado a los "Derechos honoríficos y protocolarios", establece que:

“1. El presidente o presidenta de la Generalidad recibe el tratamiento de muy honorable señor o muy honorable señora, tiene derecho a utilizar como distintivos la bandera de Cataluña y el escudo de la Generalitat y tiene derecho a recibir los demás honores que corresponden a la dignidad del cargo”.

Estos honores, así como el tratamiento que ha de recibir están establecidos como un derecho del President, por el cargo que ocupa y constituye, por tanto, una obligación de todos aquellos quienes se dirigen a él, incluidos los magistrados que lo han enjuiciado, que, de conformidad con el artículo 9.1 de la Constitución, se encuentran sometidos también a la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat. Por tanto, en el trato oficial, como sin duda es el acto de un juicio oral, no se trata de una fórmula opcional de cortesía. El cargo que ocupa hace al M. H. Sr. Quim Torra i Pla acreedor de ese tratamiento en función de la representación que ostenta en Cataluña, de todos los catalanes.

Este tratamiento honorífico podría llegar a entenderse afectado por la pena inhabilitación especial que pretende imponer la sentencia recurrida, en previsión de lo establecido en el artículo 42 del Código Penal: “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público

produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación."

Por tanto, no es sino tras condena penal firme que un cargo público se podría ver privado del cargo que ocupa "y de los honores que le sean anejos". Tratándose de un cargo electivo, como es el President de la Generalitat, tras la condena firme no perdería automáticamente el cargo que ocupa sino que ello requeriría de una decisión de los órganos del Parlament de Catalunya, pues se trata de un cargo representativo, que procede de la voluntad de la ciudadanía, mediante sufragio universal, libre y directo.

Así, antes, durante y después del dictado de sentencia, mi mandante conserva el tratamiento honorífico de Molt Honorable o, incluso, podría abreviarse en "President", pues sigue haciendo alusión al relevante cargo representativo que ocupa. Lo que no es aceptable, so pena de vulnerar el derecho al juez imparcial -también el derecho fundamental a la presunción de inocencia- es

despojarle de sus honores o tratamiento honorífico antes incluso de dictarse la sentencia condenatoria, como ocurrió en el presente caso.

Pudimos escuchar cómo el Presidente de la Sala se dirigió a mi mandante como "Señor Torra", sin más, a lo largo de la sesión del juicio oral. Cuando esta parte se quejó por el tratamiento que estaba recibiendo, despojándole de sus honores de forma anticipada al dictado de sentencia, el Presidente de la Sala se justificó en la premisa de que todos somos ciudadanos iguales ante la ley y que esa igualdad rige para todos, incluido el President de la Generalitat.

Es asombroso que se facilitara este endeble argumento, por cuanto esta parte no pretendía dotar, procesalmente hablando, de distinción extraordinaria al M. H. Sr. Quim Torra i Pla, era evidente que estaba siendo tratado como cualquier otro ciudadano acusado, sentado en el banquillo de los acusados y, al menos en teoría, eran aplicables los derechos fundamentales que rigen en todo procedimiento penal para los acusados.

La exhibición de menosprecio, porque no fue otra cosa, por parte de la sala de enjuiciamiento hacia mi mandante, no sólo despojándole de su tratamiento

honorífico de forma anticipada sino con el irrespeto que ello supuso, hizo patente que ya se tenía una convicción de condena, antes de que se practicara la prueba en el plenario. Desde el mismo momento en que el Presidente de la sala se dirigió a él para que tomara asiento al comenzar el juicio; actitud persistente a lo largo del juicio, que, incluso, justificó como consta en la grabación (Minuto 00:00:44 en adelante).

Prueba de que se cometió una vulneración que puso de manifiesto la falta de imparcialidad del órgano a quo así como la consecuente vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es el hecho de que se ha intentado subsanar en la misma sentencia. Así, se observa cómo en el texto de la resolución no se ha omitido el tratamiento de Molt Honorable President y se ha incluido en todas las menciones que se hacen a él. Concretamente, **se pasa de no tratarle ni una sola vez como Muy Honorable President o President a hacerlo en 71 ocasiones a lo largo de la sentencia.**

Este tardío gesto refuerza la alegación sobre vulneración del derecho invocado, pues demuestra que el Tribunal quebró su imparcialidad, como el derecho a la presunción de inocencia, al degradarle durante

la celebración del juicio y acredita que esta cuestión no es baladí.

No procedería considerar que se subsanó tal vulneración, pues lo que percibió mi mandante no es otra cosa que la animadversión hacia su persona y el empeño por condenarle, aún antes de que se practicara la prueba. Esa percepción, como vemos, no es meramente subjetiva ni propia de una persona con gran susceptibilidad, sino que es objetivable, como puede desprenderse de la grabación del juicio oral.

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

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

Partiendo de la premisa de que la orden que emite la JEC es confusa y cambiante, va mutando peligrosamente hasta llevarnos a un terreno de inseguridad, se detectan, sin embargo, contradicciones que impiden dar por probados los hechos.

En primer lugar, el Acuerdo de 11 de marzo de 2019 contiene un requerimiento para la retirada banderas esteladas⁴⁰ o lazos amarillos de cualquier edificio público dependiente de la Generalitat.

En segundo lugar, ante la petición de aclaración del President, la JEC dictó nuevo acuerdo de 19 de marzo de 2019 en el que “reiteraba” el requerimiento para la “retirada de banderas esteladas y de los lazos amarillos” de cualquier edificio público dependiente de la Generalitat.

Por último, el 21 de marzo la JEC constata, a través de un informe de la Delegada de Gobierno, que “en varios 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” -Hechos Probados, página 7).

Sin embargo, dicho lazo de color blanco, que se dice era **similar** al amarillo, resulta que no era tan similar, pues se trataba de “un gran lazo blanco cruzado por un grueso trazo de color rojo y, colgada del alféizar de una de las ventanas de la fachada, había una careta sobre fondo blanco cruzada por un

⁴⁰ Lo de las esteladas no parece más que un intento de criminalizar al independentismo catalán puesto que, de la prueba practicada en el plenario, ni habían esteladas ni se les esperaban

grueso trazo rojo con la leyenda "Llibertat d'expressió". Lo de confundir el blanco con el amarillo entra, seguramente, en el ámbito de los problemas visuales pero, aquí, ha tenido consecuencias penales.

Al estimar que ambos lazos son "similares" o "idénticos", resulta que el requerimiento fue desatendido. Sin embargo, resulta ilógica e irracional dicha inferencia: el lazo amarillo simboliza la legítima reivindicación acerca de los presos políticos; un lazo blanco con un trazo rojo sobre fondo blanco con la leyenda "libertad de expresión" no representa lo mismo que el lazo amarillo. Como no representa lo mismo el lazo rojo o el lazo de color violeta.

Era evidente que el lazo amarillo "fue sustituido", según Hechos Probados, no lo era tanto que lo fuera por un símbolo idéntico o similar.

La lógica indica que al ser diferentes ambos lazos, **el día 21 de marzo ya se había retirado la simbología aludida en el Acuerdo de 19 de marzo.** No se entiende dónde se produce el denominado acto desobediente, por cuanto en esa fecha, el lazo amarillo se hallaba sustituido por otro que simbolizaba otra reivindicación diferente. Tal vez, se representaba

así la libertad de expresión como pilar básico del estado democrático, que no debe permitir injerencias de los poderes públicos, con inclusión del poder que representa -o dice representar- últimamente la JEC.

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

Durante la celebración del juicio oral se puso de manifiesto que las actas levantadas por la fuerza actuante en relación a la búsqueda de simbología en fachadas de edificios públicos no contenían datos auténticos ni verificables.

Al ser interrogados los agentes acerca de las fotografías que constaban en las actas que habían suscrito, manifestaron que allí no constaban los originales.

Concretamente, la agente de Policía Nacional CNP 119961 refirió lo que sigue:

Vídeo 6. Min. 0.00.10. Hora: 11.45.58.

Defensa: ¿Estas fotos las sacaron con una cámara digital?

CNP 119961: No, con un teléfono móvil.

Defensa: Con un teléfono móvil. ¿El original dónde está?

CNP 119961: En el teléfono móvil.

Es decir, lo que consta en las actuaciones son imágenes que no sabemos si corresponden con las fachadas de los edificios públicos que dicen contener, ni si reflejan fidedignamente la fecha y la hora consignadas.

No se cuenta con la documentación original ni con un mínimo cotejo realizado por el Letrado de la Administración de Justicia. Estamos ante pruebas que no revisten autenticidad, no han sido conservadas en su origen ni han sido aportadas al procedimiento incólumes y sin editar. No son pruebas de cargo válidas ni suficientes ni tienen capacidad para enervar la presunción de inocencia.

En coherencia con lo aquí planteado, esta parte impugnó los documentos obrantes a los folios que van del 338 y ss. del expediente de la Junta Electoral y del folio 127 al 205, en el momento procesal oportuno, tal cual consta en el acta del juicio oral. Es decir, realizamos impugnación expresa de el informe de 17 de abril de 2019 con número de registro 1131, todos los reportajes fotográficos incluidos en dicho Informe

MOTIVO DÉCIMO PRIMERO DE CASACIÓN

AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.1º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, POR DENEGACIÓN DE PRUEBA TESTIFICAL PERTINENTE.

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

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.

Como denunciantes ante la Fiscalía General del Estado, su papel había sido relevante, pues habían provocado con sus acciones que el Ministerio Público presentara la querella que dio origen al presente procedimiento.

Tan importante había sido el papel de la JEC, que sólo este órgano 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, dada la importancia que eso tuvo para el

análisis de los elementos del delito penal en blanco del artículo 410.1 CP.

Tanto es así, que como se dijo más arriba, la Sala a quo erró profundamente en la aplicación de este tipo penal, producto de una errónea interpretación de la LOREG y de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Habría sido necesario conocer otras cuestiones de indudable relación con el objeto del debate -juicio de pertinencia-, como los motivos en que se empeñó la JEC en las fachadas de los edificios públicos dependientes de la Generalitat, siendo que no participaba en ese concreto proceso electoral.

En suma, 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 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Esta parte propuso en el escrito de defensa, como prueba testifical, la comparecencia en el juicio de todos los partícipes del Acuerdo dictado por la JEC.

Precisamente, los miembros de la JEC tienen la condición de denunciantes, habida cuenta de que fueron ellos, por unanimidad, quienes decidieron trasladar el expediente sobre los requerimientos al MHP Sr. Torra que consideraban incumplidos, a la Fiscalía General del Estado.

Nadie más que ellos saben el motivo de considerar "partidista" una pancarta que exhibe "libertad presos políticos", lazos amarillos y un lazo blanco con el fondo blanco y "libertad de expresión".

Solo los miembros de la JEC podrían explicarnos por qué requerir al secretario general del partido ultraderechista VOX para atender a los medios de comunicación, sin que haya sido obedecida, no constituye infracción alguna y, en cambio no atender al requerimiento de retirar una pancarta sobre "libertad presos políticos" en el marco de unas elecciones generales, tenía tanta importancia como para sancionar al President de la Generalitat.

Únicamente los miembros de la JEC podrían justificar por qué después de requerir al secretario general del Partido Popular para que deje de enviar masivamente a los teléfonos móviles de los ciudadanos su programa político en plena campaña electoral, decide no sancionar y, sin embargo, tanta

importancia concede al hecho de que el Presidente de la Generalitat no retire simbología de edificios públicos, sin que éste haya participado en dicho proceso electoral.

Así mismo, habría sido necesario interrogar a los miembros de la JEC acerca de los motivos por los que no apartaron de las deliberaciones a dos de sus compañeros que tan pública y abiertamente se habían declarado hostiles y beligerantes contra el President de la Generalitat y su proyecto político.

También, esta parte estaba interesada en saber por qué los miembros de la JEC habían entendido que podían dirigirse al President de la Generalitat en los términos en que lo hicieron, teniendo en cuenta que ni él ni ningún diputado del Parlament había sido llamado a participar en el proceso electoral, de elecciones generales -y no autonómicas-.

Y por qué estos miembros de la JEC consideraron que el lazo amarillo era similar a un lazo blanco con el fondo de una pancarta sobre "Libertad de expresión".

En suma, por qué tanto empeño en despejar los edificios públicos de cualquier simbología ideológica, a toda costa, pese a que el MHP Sr.

Torra i Pla ni siquiera estaba legítimamente autorizado para acudir a estos edificios y suprimir todo acto público impulsado por los trabajadores de dichas sedes, mediante la representación de estos símbolos.

Dada su calidad de denunciantes, el Tribunal a quo debió haber permitido se practicara la testifical oportunamente propuesta tanto en nuestro escrito de defensa como en el trámite de cuestiones previas.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se ha pronunciado en varias ocasiones, recordando que el acusado tiene derecho a escuchar a quien le acusa o denuncia, en cumplimiento del derecho a un proceso equitativo, artículo 6.1 del Convenio- Caso Taxquet contra Bélgica, STEDH Gran Sala de 16 de noviembre de 2010-

Es evidente que la vulneración del derecho a un proceso equitativo aquí tiene su reflejo en la afectación al derecho de defensa y a utilizar los medios pertinentes para la defensa.

Establece esta Excma. Sala en constante y reiterada jurisprudencia, citamos STS de 26 de septiembre de 2019, que:

"Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS 1591/2001, de 10 de diciembre (EDJ 2001/54061) y STS 976/2002, de 24 de mayo (EDJ 2002/19846)); 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 (STS 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS 1090/2003, de 21 de julio (EDJ 2003/92792))".

En el presente caso, tenemos que la prueba solicitada era:

- a) Pertinente: como hemos visto, las cuestiones - que anunciamos en el trámite de cuestiones previas- reproducidas aquí, tienen indudable relación con el objeto del juicio.
- b) Relevante: virtualidad para influir en el sentido del fallo. Las razones de los miembros de la JEC para denunciar ante Fiscalía al MHP Sr. Torra i Pla podrían haber cambiado el sentido del fallo

en lo atinente a la animadversión de dos sus miembros contra el acusado y su falta de imparcialidad.

c) Necesaria: utilidad para los fines de la defensa; concretamente sobre las razones metajurídicas o políticas que movieron a la JEC a denunciar al MHP Sr. Torra i Pla.

d) Posible: todos los miembros de la JEC estaban perfectamente identificados y no había ninguna imposibilidad para comparecer. Esa, desde luego, no fue la razón aducida por el Tribunal para denegar la prueba propuesta.

Por tanto, la denegación de la prueba testifical propuesta por esta parte, indudablemente creó indefensión.

MOTIVO DÉCIMO SEGUNDO DE CASACIÓN

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.3º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: DENEGACIÓN DE UNA PREGUNTA DIRIGIDA A UN TESTIGO, QUE ERA PERTINENTE Y RELEVANTE.

BREVE EXTRACTO DEL MOTIVO

El Tribunal a quo impidió interrogar a un testigo de cargo, propuesto por el Ministerio Público, 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 MHP Sr. Torra i Pla.

Este inmotivado impedimento 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.

DESARROLLO DEL MOTIVO

Se constata en el Vídeo 6. Min. 0.06.32. Hora: 11.52.20. que el Presidente del Tribunal impidió formular una pregunta de esta defensa a un testigo,

Policía Nacional, que era pertinente, relevante y necesaria. Esta parte formuló respetuosa protesta.

El testigo describió que llegó, junto con una compañera, a un edificio público y allí levantaron acta de la simbología que había en su fachada. Él no tomó las fotos que constan en el acta, pero vio cómo su compañera lo hacía.

Se trata de una prueba de cargo, de la que el Ministerio Fiscal trató valerse a fin de acreditar su tesis acusatoria sobre que en fecha de 21 de noviembre de 2019 y posteriores la simbología cuya retirada reclamó la JEC permanecía siendo exhibida. Es decir, que el President de la Generalitat había "desobedecido" a la JEC.

Sin embargo, es indudable que tras el interrogatorio de las partes acusadoras, la defensa debería tener derecho a interrogar al testigo acerca de la manera en que se recogieron las "evidencias" del delito que el Ministerio Público trataba de probar.

El testigo no recogió ninguna imagen del edificio, pero su compañera sí. ¿Cómo no iba a ser procedente la pregunta formulada por la defensa acerca de la forma en que se obtuvo la imagen de la fachada del edificio, su conservación, su aportación al

procedimiento y su cotejo con el original? ¿Acaso no es importante despejar las dudas acerca de la cadena de custodia de las pruebas obtenidas?

Evidentemente, el testigo estuvo presente y participó en la obtención de esa prueba, ¿cómo no podría responder a la pregunta sobre la manera en que su compañera tomó la imagen, si él estaba presente?

Sin duda, no permitir realizar un interrogatorio sobre la forma en que se han recogido "evidencias", cuando se pretende probar por parte de la defensa que se rompió la cadena de custodia, como parece que así fue, vulnera el derecho de defensa y supone un obstáculo para el cumplimiento del principio de igualdad de armas y también el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre proceso equitativo.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 2 de noviembre de 2010, en el caso Vaquero Hernández y otros contra España, resume lo concerniente acerca del derecho de la defensa a interrogar a un testigo de cargo y a "discutir un testimonio de cargo":

"126. Como por regla general, los párrafos 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio de cargo y para interrogar al autor, en el momento de la declaración o más tarde (Van Mechelen y otros, § 51 y Lüdi c. Suiza, ya citada, § 49). En particular, los derechos de la defensa se restringen de manera incompatible con las garantías del artículo 6, cuando una condena se basa únicamente o en medida determinante en las declaraciones de un testigo que, ni en la fase de la instrucción ni durante los debates, el acusado tuvo la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las sentencias Unterpertinger c. Austria, ya citada, §§ 31-33, Saïdi c. Francia, 20 de septiembre de 1993, §§ 43-44, serie A no 261-C, Van Mechelen y otros, § 55 y Lucà c. Italia, no 33354/96, § 40, CEDH 2001-II)"

Por tanto, el impedimento del Tribunal consistente en impedir formular la pregunta que versaba sobre la forma de obtención de la prueba de cargo, vulnera, sin duda alguna, el derecho a un proceso equitativo.

Y en virtud de todo lo anterior

SOLICITO AL TRIBUNAL, que tenga por presentado este escrito junto con sus copias, se sirva admitirlo y tenga por formalizado en tiempo y forma recurso de casación contra la sentencia número 149 dictada en fecha 19 de diciembre de 2019 por la Sala Civil y Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA en el Procedimiento Abreviado nº 1/2019 y, tras los trámites legales oportunos **Y PREVIA CELEBRACIÓN DE VISTA ORAL**, se dicte sentencia por la que se case y anule la sentencia recurrida, y se dicte nueva sentencia absolviendo a mi mandante del delito por el cual viene inicialmente condenado.

OTROSÍ DIGO: Mediante Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020 (recurso n.º 8/2020) se ha señalado que la pretendida pérdida de la condición de diputado al Parlamento de Cataluña del M. H. Sr. Quim Torra i Pla no habría sido decretada por el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020, sino que sería consecuencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 que es objeto del presente recurso de casación.

Concretamente, el Auto de la Sala Tercera afirma lo siguiente:

"No es el Acuerdo impugnado el que priva al recurrente de su credencial de Diputado sino una sentencia penal condenatoria a la que dos preceptos de la LOREG, cuya constitucionalidad no cuestionamos en este momento, atribuyen a la misma".

Ciertamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha previsto la ejecución de las sentencias penales no firmes. Y de hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no ha llevado actuación alguna tendente a la ejecución de su sentencia de 19 de diciembre de 2019, que es el objeto del presente recurso de casación.

Ahora bien, en la medida que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha entendido que esa pérdida declarada por la Junta Electoral Central mediante Acuerdo de 3 de enero de 2019 no sería sino consecuencia ineludible de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho a la tutela judicial cautelar, obliga a la posibilidad de solicitar de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo la expresa suspensión de los efectos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 en tanto no se resuelva el presente recurso de casación a fin de no privar de efectos al presente recurso ni de su ámbito

jurisdiccional a esta Excma. Sala. No hacerlo vulneraría, además del derecho a la tutela judicial cautelar al que nos acabamos de referir, también el derecho a la presunción de inocencia, así como a la doble instancia penal y al juez ordinario predeterminado por la Ley.

En este sentido, cabe destacar una vez más que el Auto de 23 de enero de 2020 entiende que no puede ponderar la afectación que ha tenido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 en cuanto a los derechos del artículo 23 CE porque esa afectación no responde al Acuerdo de la Junta Electoral Central, en el particular criterio de la Sala Tercera, sino a la sentencia dictada por este orden jurisdiccional. En la medida que la Sala Tercera entiende enervada la condición de diputado al Parlamento de Cataluña como consecuencia de la sentencia no firme aquí recurrida en casación, entiende que ninguna valoración tiene que hacer al respecto porque la sentencia aquí recurrida habría extinguido la relación representativa.

Por tanto, de conformidad con el criterio fijado por la Sala Tercera, es este orden jurisdiccional el que debe poner fin a esos efectos, para no privar al recurrente de sus derechos políticos.

En los mismos términos, la Sala Tercera también ha entendido que es a esta Sala Segunda a la que corresponde valorar los efectos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 sobre el derecho a la presunción de inocencia. Pues bien, resulta evidente que el hecho de que la condena no firme de inhabilitación no firme que es objeto de la sentencia aquí impugnada pueda desplegar efectos o ser ejecutada provisionalmente sin sentencia firme vulnera, también, el derecho a la presunción de inocencia. Y ello obliga sin lugar a dudas a la suspensión cautelar de cualesquiera efectos atribuibles a la sentencia impugnada, vinculados a su ejecución provisional, en tanto se resuelva el presente recurso de casación.

Ya en el ATC 981/1988, de 25 de agosto, en relación con el carácter irreparable del perjuicio derivado de la imposibilidad de ejercer el cargo de diputado, la Sala competente del Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

«Considera el recurrente que la ejecución de la resolución que le priva del cargo haría perder al amparo su finalidad, ya que no se le podría restituir el tiempo de ejercicio del cargo durante el que haya estado privado del mismo (...).»

Resulta evidente, y así lo reconoce el Ministerio Fiscal, que la denegación de la suspensión privaría al amparo de su finalidad, ya que el tiempo de privación del cargo sería irrecuperable».

La consideración de irreparable del perjuicio ocasionado por el tiempo de privación del cargo fue confirmada por el ATC 54/1989, de 31 de enero. En dicha resolución, el Tribunal Constitucional señaló que la irreparabilidad era nada menos que obvia:

«Se ha de constatar ahora nuevamente que, al privar el acuerdo de la Presidencia de la Asamblea impugnado al acto de su condición de diputado y planteado este recurso sobre la vulneración que tal resolución significaría de los derechos fundamentales del sancionado, el amparo perdería su finalidad de no suspenderse la ejecución de la misma. **En efecto, como se dijo en nuestro Auto de 25 de agosto de 1988, el tiempo que el actor no pudiera ejercer dicho cargo sería obviamente irreparable (...).**

Arguye, sin embargo, dicha representación que no se produciría tal pérdida del contenido del amparo, puesto que el actor sería sustituido en su cargo de diputado por el siguiente candidato de la lista de su partido. Pero tal argumentación olvida que quien recurre en defensa de sus derechos fundamentales es el diputado señor Villares, no su grupo parlamentario. Podrá dicho grupo -y la propia

Asamblea- no ver disminuido el número de sus integrantes, pero **de nada servirá ello al recurrente, quien no habría ejercido su cargo de diputado durante el tiempo que dure la pendencia de este proceso y que no podría recuperarlo, aunque luego la decisión del mismo le fuese favorable».**

En relación con el carácter irreparable del perjuicio, esta interpretación del Tribunal Constitucional es la misma que ha llevado a cabo también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea siempre que ha analizado la concurrencia de *periculum in mora* en asuntos similares.

Así, el Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 26 de enero de 2001 (asunto T-353/00) señala:

«96. (...) **dado que la duración del mandato de un miembro del Parlamento es de cinco años (artículo 3, apartado 1, del Acta de 1976), y que la anulación del mandato del demandante resultante del acto impugnado impide que éste continúe desempeñando su función de diputado europeo, resulta claro que, en el caso de que el juez que conoce del fondo del asunto anulara el acto impugnado, el perjuicio sufrido por el demandante, si no se hubiera suspendido la ejecución del acto, sería irreparable».**

Y añade dicha resolución:

«102. (...) *Cuanto más tiempo se encuentre el demandante en la imposibilidad de ejercer el mandato que se le confió en las elecciones de 13 de junio de 1999, del que sólo quedan por cubrir unos tres años y medio, más importante será el perjuicio sufrido, irreversible por su propia naturaleza.*

103. (...) el interés general del Parlamento en que continúe aplicándose la anulación del mandato del demandante producida en aplicación del Derecho nacional no puede prevalecer sobre el interés específico del demandante en poder volver a ocupar su escaño en el Parlamento y ejercer de nuevo las funciones públicas que ello implica hasta que se produzca la resolución del juez que conoce del fondo del asunto en el procedimiento principal».

OTROSÍ SOLICITO: Que en garantía de los derechos enunciados, singulamente los de participación política, a la presunción de inocencia, a la doble instancia penal, así como a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho a la tutela judicial cautelar, se acuerde la suspensión cautelar de cualesquiera efectos asociados a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 en tanto que no se dicte sentencia en el presente recurso de casación, con comunicación de esta decisión al Parlamento de Cataluña, a la

Junta Electoral Central y a la Junta Electoral Provincial de Barcelona.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 4 de Febrero de 2020.