

LA «SENTENCIA CATALANA» Y LA DESOBEDIENCIA  
THE «CATALAN SENTENCE» AND THE DISOBEDIENCE

*Gonzalo Quintero Olivares*  
*Catedrático de Derecho penal y abogado*

RESUMEN

Contexto político, social y jurídico del *procés* y de la Sentencia. Sobre la dependencia del Ministerio Público del Gobierno. Requisitos y límites del delito de desobediencia. Sobre la jerarquía del Tribunal Constitucional. Análisis crítico de su aplicación por el Tribunal Supremo y de las pretensiones de las partes. Necesidad de reforma del Código Penal. Lealtad institucional y constitucional.

PALABRAS CLAVE

Delito de desobediencia, dependencia del Ministerio Público, jerarquía del Tribunal Constitucional, lealtad institucional y constitucional.

ABSTRACT

Political, social and legal contexts of the process and the sentence. About the dependence of the prosecution authorities. Requirements and limits of the crime of disobedience. About the hierarchy of the Constitutional Court. Critical analyses of its implementation by the Supreme Court and of the parties' claims. Necessity to reform the Criminal Code. Institutional and constitutional loyalty.

KEY WORDS

Disobedience crime, dependency of the prosecutor authorities, hierarchy of the Constitutional Court, institutional and constitutional loyalty.

# LA «SENTENCIA CATALANA» Y LA DESOBEDIENCIA

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal y abogado

**Sumario:** 1. La situación y el ambiente previo al proceso. 2. La «eclosión» de la sentencia. 3. La valoración de la sentencia. 4. La desobediencia como infracción nuclear. 4.1. La desobediencia que aprecia el Tribunal. 4.2. Los condicionamientos del delito de desobediencia. 4.3. La relación jerárquica y el Tribunal Constitucional. 4.4. La pretensión de justificación. 4.5. Sobre soluciones alternativas. 5. Reflexión y reforma. Notas.

## 1. LA SITUACIÓN Y EL AMBIENTE PREVIO AL PROCESO

El resumidamente llamado *procés* comenzó mucho antes de la apertura de las sesiones celebradas ante la Sala II del TS: no tanto cuando se inició el procedimiento penal, sino cuando se ordenó la prisión provisional de la mayoría de los acusados. Desde ese mismo momento se sucedieron en paralelo todo tipo de acciones civiles, más o menos respetuosas con las decisiones judiciales, y un creciente número de manifestaciones y actos de protesta no siempre pacíficos. Antes al contrario, fue una espiral que experimentó una elevación muy notable cuando comenzaron las sesiones del juicio oral y un nuevo y más visible incremento a partir del momento en que se hizo público el fallo. Ese estado de crispación y la frecuencia de las acciones violentas o coactivas aún no se ha detenido. A ello se sumó la convocatoria de elecciones legislativas para el día 10 de noviembre de 2019 y el reiterado apoyo, cuando no el aliento, que todas esas acciones ilícitas recibieron desde la presidencia misma de la Generalitat.

Este texto solo quiere ser un pequeño comentario sobre lo que ha pasado antes del juicio, durante este y después de la sentencia. Lo único que no tiene cabida es la descripción y glosa de los sucesos de la calle, por graves que sean, ni de las responsabilidades políticas y penales de quienes incitan continuamente a que se lleven a cabo acciones de esa clase.

Desde el momento mismo en que se inició el proceso, y alcanzado el clímax durante la vista oral, se ha ido desarrollando un juicio paralelo en el peor sentido del término. En puridad, un juicio paralelo no es solo la información sesgada ni la crítica a las decisiones judiciales; es la información, el debate, el coloquio, etc. que busca *la reconstrucción libre o la propia versión de un suceso*, buscando también libremente a responsables y a víctimas con independencia de lo que aprecie o admita el sistema judicial y, si se tercia, en contra, abiertamente, del rumbo del proceso. En sí mismo, eso no es objetable en el marco de una

sociedad con libertad de criterio. Pero no hay que caer en la ingenuidad de olvidar que, en el concreto caso de lo que sucedía en Cataluña, no se trataba de un análisis periodístico alternativo, sino de un movimiento destinado simultáneamente a presionar a los tribunales, a la vez que se les denigraba, y a enardecer a la opinión pública para encender los ánimos y las decisiones de acciones directas.

La meta del juicio paralelo orquestado por los medios de comunicación de Cataluña, con programas diarios, ha sido transmitir la idea de que la Sentencia generaría dos verdades diferentes, la «libre» y la judicial, todo en nombre de la libertad de información, pero con el abierto propósito de presionar al Gobierno y al Tribunal Supremo (mezclar ambos es parte de la estrategia del independentismo). Otro interés sistemáticamente pisoteado por los medios de comunicación catalanistas es el derecho del ciudadano a recibir información objetiva, pero esa es otra desgracia endémica que padece Cataluña y no se limita al problema de la sentencia. El objetivo esencial de toda la información manipulada o sesgada no era otro que preparar la descalificación global del fallo y, de paso, de la «justicia española».

Pasemos ahora a otra dimensión del tema que ha «pesado» en la valoración del proceso y la sentencia: las *relaciones y discrepancias públicas entre el Gobierno y la Fiscalía*. Antes del inicio de la vista oral, algunos miembros del Gobierno manifestaron que la situación política en Catalunya sería más fácil si no hubiera políticos presos en espera de juicio. Ciertamente, no criticaron a la Fiscalía, que en su momento solicitó esa medida como razonable acompañamiento de una acusación de rebelión, ni tampoco al magistrado que la acordó. Pero las palabras de un ministro tienen indudable transcendencia, y más en una cuestión tan sensible.

Por su parte, las fuerzas independentistas exigieron al Gobierno la puesta en libertad de los políticos presos, sabiendo (o no) que esa decisión es algo que escapa a su competencia, que solo alcanzaba a acercarlos a Catalunya. Otro dislate, circulante en algunos foros, fue exigir un inmediato indulto para todos, presos y huidos, olvidando que el indulto es un modo de extinguir la responsabilidad penal, pero después de que esta haya sido declarada en una sentencia. No es posible el indulto «anticipado» y constitucionalmente no hay alternativa o excepción admisible.

Cuando el Gobierno se defendía de los que le exigían que ordenara al Fiscal que modificase su acusación o que, al menos, le pidiera que solicitase el fin de la situación de prisión provisional —lo cual, a su vez, sería aceptado o no por el Tribunal penal—, *la respuesta formal que se dio es que el Gobierno no puede dirigir indicación alguna al Fiscal*, que en virtud tanto de la Constitución como de su Estatuto Orgánico goza de autonomía e independencia, lo cual veta la posibilidad de que se le hagan peticiones o indicaciones.

Eso es aparentemente cierto, pero solo eso. El artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que el Gobierno podrá interesar del fiscal general del Estado que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, lo que puede hacer a través del Ministerio de Justicia; si se considera necesario, el presidente del Gobierno podrá dirigirse directamente al mismo. Cuestión diferente es que la Fiscalía pueda aceptar o rechazar motivadamente lo que se le interese por el Gobierno o

por su presidente. La primera conclusión, por lo tanto, es que debe relativizarse, cuando menos, la idea de que el Gobierno «no puede decirle nada» al fiscal. En cuanto a las cuestiones o problemas que pueden plantearse a través de esa relación, no hay más límite que el derivado de la Constitución y el propio Estatuto, esto es, el deber del Ministerio Público de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social (arts. 124 de la Constitución y 1 del EOMF), lo cual nada tiene que ver con las medidas cautelares como la prisión provisional, al margen de la justificación que cada cual le quiera reconocer o denegar.

A la cuestión referente a la capacidad del Gobierno para hacer llegar a la Fiscalía su preocupación por la situación, e incluso su opinión favorable a la excarcelación (por lo visto y oído), lo cual no es en modo alguno una orden, no se puede responder, por las razones antedichas, diciendo que «eso es imposible» porque no es verdad. Si, como se dice, la libertad provisional de una serie de personas ayudaría a rebajar la tensión —o no, pero eso no se sabe—, contribuir a distender la situación en la medida de lo constitucionalmente posible es un deber del gobernante, y solo desde la manipulación del sentido de las normas se puede sostener la inviabilidad de hacerlo. En cambio, si se trata de un criterio formado, lo realmente exigible es que eso se diga con claridad y por el conducto adecuado, y que no se opte por dejarlo caer en entrevistas u ocasiones informales.

Ya sabemos que en este espinoso asunto, y en orden a la capacidad de influencia de una petición gubernamental, se cruzan más elementos, entre ellos la presencia de una acción popular ejercida por un particular, aunque se trate de un partido político. Si la acción popular ya es de por sí un arma de múltiples filos, *más inconcebible resulta su «lícita» presencia en problemas penales que afectan al orden constitucional o al orden público, materias en las que solo debiera estar presente el Ministerio Fiscal* como representante del Estado y de la ciudadanía, sin dar vela a que nadie se erija en «titular» subjetivo del interés general. Pero así son las cosas en nuestro sistema procesal, y la presencia de un acusador popular complica aún más el escenario.

Pasemos ahora a otra dimensión del problema: el contenido de la acusación. La Fiscalía General del Estado presentó querrela en octubre de 2017 por diversos delitos (rebelión, sedición, malversación). Poco después, un amplio grupo de profesores de Derecho penal difundió un comunicado en el que se sostenía que los hechos acaecidos no pasaban de desórdenes públicos, desobediencias y prevaricaciones. Salvo los convencidos de que los hechos que dieron lugar al proceso son ajenos al Derecho penal y se trata de actos lícitos amparados por una «legalidad revolucionaria», la mayoría coincide en que se transgredieron las leyes penales en una u otra medida.

La imputación de rebelión fue para unos acertada y para otros excesiva, mientras que otros recuerdan que eso es un techo y que no la decidió la Sala Segunda del Tribunal Supremo por su cuenta, sino que era consecuencia de una acusación, al margen de que la inicial imputación de rebelión no prefigura ninguna sentencia y no impide al tribunal

sentenciador apreciar conductas que no traspasen el nivel de actos preparatorios u otras calificaciones de menor entidad penal, como acabó sucediendo.

El aparente *conflicto abierto entre el Gobierno y la Fiscalía* estalló de nuevo al llegar el momento de las *calificaciones provisionales*. Cuando estas se conocieron, se produjo una oleada de reacciones. Algunos entendían que era excesiva la «doble presencia del Estado», a través de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado, pues según esos críticos, «todo era lo mismo», lo cual, como sabemos, es un dislate, que se agravaba con la difusión de la idea de que tanto la Fiscalía como la Abogacía del Estado actúan al dictado del Gobierno.

Algunos observadores señalaron que era poco comprensible que compareciera el Abogado del Estado en un proceso en el que razonablemente la acusación ejercida por Ministerio Fiscal *podría ser suficiente* para tutelar debidamente los intereses de la Administración Pública o del Estado. Técnicamente, la concurrencia del abogado del Estado estaba plenamente respaldada por la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 447). Mas sucede que todas esas normas están orientadas a la tutela y defensa de los intereses económicos del Estado, que fue precisamente lo que justificó la creación de la Dirección General de lo Contencioso (Real Decreto de 28 de diciembre de 1849) y, luego, del cuerpo de abogados del Estado, mientras que la presencia del Abogado del Estado en esta causa no parecía obedecer a esas motivaciones.

Puede aventurarse que el problema de fondo es, en todo caso, la «inexistencia» de un monopolio acusador residenciado en el Ministerio Fiscal. A partir de ahí, no hay razón *técnica* para criticar la posibilidad de que la Administración Pública pueda ejercer acciones penales, máxime si se tiene en cuenta que *es del todo improcedente identificar a la Administración Pública con el Estado* y, además de eso, que el Estado de las Autonomías conoce diferentes Administraciones públicas (central, autonómicas, municipales), cada una de las cuales con sus propios intereses, que nada tienen que ver con los propios del Estado, y también podrá defenderlos ante los tribunales a través de sus propios servicios jurídicos.

Pero lo cierto es que los que defendemos la bondad del monopolio acusador hemos de reconocer que la entrada del abogado del Estado en un proceso penal *de esta naturaleza* —en el que la Abogacía del Estado dirige su acción más allá de los intereses patrimoniales y económicos del Estado, con calificaciones penales y peticiones de penas— no podía comprenderse. La explicación se vio pronto: la necesidad de que se formulara una calificación de sedición en lugar de la de rebelión que sostenía el Ministerio Fiscal. Tal vez alguien, en los ambientes gubernamentales, creyó que, si esa calificación no era formulada por ninguna de las partes, el Tribunal no podría acudir a ella, lo cual es hartamente discutible, y, a la postre, acabó brindándose un espectáculo que habría debido evitarse por razones que no hace falta exponer.

La primera explicación, rechazable en opinión de muchos, es que el Gobierno no podía comunicar a la Fiscalía General del Estado cuál era su parecer sobre la clase de acusación penal que procedía formular, lo cual no es cierto, y al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal me remito. La segunda, también preocupante, es el interés de mostrarse ante no se

sabe quién en concreto como más flexible o benigno que la Fiscalía, aun a costa de forzar gravemente a la Abogacía del Estado a excederse en sus funciones.

El juicio oral, desarrollado durante una larga cuarentena de días, fue, según han reconocido abogados de los acusados, impecable en cuanto al respeto a derechos y garantías. En las jornadas previas a su inicio se produjeron algunos pequeños incidentes<sup>1</sup>, pero no merecen ser resaltados.

## 2. LA «ECLOSIÓN» DE LA SENTENCIA

El 14 de octubre se conoció la Sentencia 459/2019, de cuyos contenidos venían informando distintos medios invocando «filtraciones» varias, cuestión en la que no me detendré, sin perjuicio de su interés. Era previsible el rosario de consecuencias que generó la publicación del fallo, sucesos que se habrían producido con cualquier fallo que no fuera la absolución, que en realidad nadie esperaba, aunque advirtiendo de que solo se «aceptaría» una sentencia absolutoria, se iban calentando los motores preparatorios de los incidentes que habrían de venir.

En Cataluña, interesadamente, se dio y se sigue dando a esa resolución judicial una transcendencia que va mucho más allá de su significación intrínseca. Es calificada de hecho histórico que marca un antes y un después. Los que la juzgan en Cataluña sin saber Derecho dicen, interpretando una partitura independentista, que es un previsible abuso cometido por España en su condición de «Estado colonial». Los juristas coinciden en que el juicio fue justo, pero discrepan del fallo o de la gravedad de las penas. Otros, en fin, sostienen que es la culminación de un proceso a las ideas porque todo lo acaecido en aquellos días de fin de septiembre y principios de octubre era atípico, esto es, carente de significación penal, y afirman que la sentencia debería haber sido absolutoria.

Una constante entre las reacciones fue la serie de *declaraciones de rechazo de la sentencia*, sin entrar en el absurdo que entraña tomar decisiones que están vacías de cualquier significado, cual es el caso del «rechazo» de la Sentencia, acto llevado a cabo en Ayuntamientos, algunas universidades y, por supuesto, por el Parlamento catalán. El rechazo a la sentencia ponía de manifiesto la clase de relación que el mundo independentista mantiene con el Estado y sus poderes (en este caso, el Judicial), fundiendo en una sola cosa la política y el Derecho, la ley y la ideología, y las convicciones propias como algo que se ha de imponer al Estado de Derecho, especialmente cuando ese Estado no se considera propio.

Durante el proceso, los abogados defensores pusieron de su parte todo lo posible para que en el *objeto del proceso se incluyera la violencia policial contra los que intentaban votar el día del supuesto referéndum*, hecho que ciertamente tuvo lugar, aunque en modo alguno con la intensidad que se le imputa en los ambientes independentistas. Pero eso era lo que convenía a fin de poder mantener el slogan «votar no puede ser delictivo» y se nos condena por eso. Esa conclusión era una grosera manipulación del objeto del proceso, en el que los incidentes participaban solo en una *pequeña medida*. Diciendo eso se fomentaba el

«perverso resumen» que hacen muchas personas, a saber: todo ocurrió a causa de la injusta intransigencia del Estado, al margen de que a esas «buenas personas» les sea indiferente el discurso sobre los límites constitucionales que previamente se decidió pisotear.

Desgraciadamente, hoy dominan el panorama las manifestaciones, con frecuencia violentas, que incluso degeneran en desórdenes públicos aplaudidos por la presidencia del Gobierno catalán. Veremos cómo acaba eso y, aunque cueste creerlo, cabe suponer que la vida institucional y política de Cataluña no puede pasar a ser el «rechazo a la Sentencia» como idea única, completada con otro pulso al Estado que conduzca a otro proceso judicial. Eso parece reclamar alguno de los condenados, si bien con el antibiótico de una previa amnistía, lo cual evidencia un claro desconocimiento de lo que significa, en todos los órdenes, una amnistía. Sería en verdad triste para todos repetir el camino, pero alguno dirá que no hay otra «solución».

Antes de proseguir, quiero advertir que las acusaciones y censuras al Gobierno catalán y a los movimientos independentistas *no diluyen la responsabilidad* de los que detentaban a la sazón el Poder Ejecutivo central, que, por desidia, miopía o simple torpeza política y jurídica, contribuyeron a llevar el problema a territorios en los que ya no hay retorno. Nada de eso tiene que ver con el concreto debate sobre la sentencia y las reacciones contra ella, pero es bueno no perderlo de vista, pues ese magma de ideas está presente en el ánimo de muchos de los que opinan.

Desgraciadamente, el capítulo primero del tiempo que sigue a la sentencia estará constituido por manifestaciones, en principio legítimas, salvo que degeneren en desórdenes públicos, como parecen haber programado algunos de los orquestadores de las protestas o el llamado «tsunami democrático». Veremos cómo acaba eso. Del mismo modo, cabe suponer que la vida institucional y política de Cataluña no puede pasar a ser el «rechazo a la sentencia» como idea única, completada con otro pulso al Estado que conduzca a otro proceso. Eso parece reclamar alguno de los condenados, si bien con el antibiótico de una previa amnistía, lo cual evidencia un claro desconocimiento de lo que significa, en todos los órdenes, una amnistía. Sería en verdad triste para todos repetir el camino, pero alguno dirá que no hay otra «solución».

### 3. LA VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La STS 459/2019 ha merecido valoraciones muy diferentes, y no debe de extrañar su diversidad. Los hechos se aprecian de modo muy distinto dependiendo de la concurrencia del sentimiento catalanista o de su ausencia. Pero también hay que dejar de lado ese aspecto «sociopolítico» de la cuestión, pues aleja el debate de la valoración jurídico-penal, aunque en modo alguno ha de ser desdeñado, pues la importancia política de esa dimensión del problema está fuera de toda duda. Del mismo modo, hay que dejar de lado también la importantísima cuestión «previa», a saber, las causas de que todos aquellos hechos acabaran en la Sala II del Tribunal Supremo en lugar de haber recibido una terapéutica política y no

penal. Esas son cuestiones de las que han de ocuparse los analistas políticos y los historiadores.

Con todas esas enormes salvedades, que son numerosas, hasta el punto de que, en opinión de muchos, el análisis penal desconectado de todos esos aspectos no tiene sentido, pero hay que hacerlo, dado que es nuestra obligación como penalistas.

Es difícil encontrar, en nuestra historia reciente, una decisión judicial que haya provocado más y más encontradas críticas entre juristas. En estas pocas páginas me referiré solamente a las reacciones de los que opinan conforme a su saber y a su pensamiento, entre ellos, colegas y amigos que tengo por excelentes penalistas y que opinan de manera totalmente divergente. Solo excluyo de consideración y del debate a los que, sin perjuicio de ostentar título académico, o, incluso, ejercer como docentes universitarios, hablan o escriben siguiendo fielmente su programa de militancia, con o sin subvención, en coherencia con lo que han venido haciendo en los últimos años. Creo que sus opiniones, antes y ahora, carecen del menor interés. Del mismo modo, prescindiré de examinar aquellas legítimas opiniones que, sin estar al servicio de la causa, sostienen con firmeza que en todos aquellos hechos del otoño de 2017 no se cometió delito alguno y que todo fue puro ejercicio de derechos «naturales» o, incluso, constitucionales. Ese sector de opinión, de pacífica apariencia, es el perfecto combustible para la repetición de los sucesos.

Técnicamente, la sentencia es un fallo correcto, sin perjuicio del respeto a los que opinan en sentido contrario. En cuanto a las penas, aun siendo muy duras, son inferiores a las que se anunciaban en el «juicio paralelo»<sup>2</sup>.

Para el jurista, como es lógico, compartiendo el interés y la preocupación que tienen otros muchos, sean o no juristas, lo más interesante, sin relegar a cuestión menor la gravedad de las penas, son las calificaciones finales de los hechos. Las acusaciones atribuyeron a los acusados cinco delitos diferentes: *rebelión, sedición, malversación, desobediencia y organización criminal*. El primero y el último fueron rechazados. La Fiscalía pidió para todos ellos penas que iban desde los siete hasta los 25 años de cárcel. La *Abogacía del Estado* decidió *excluir la rebelión, colocando al de sedición como delito más grave*. Esa decisión apuntaba a una constante en todo el proceso, que ha sido la polémica sobre si los hechos sometidos a examen judicial eran o no constitutivos de rebelión, como ha sostenido invariablemente el Fiscal, así como sectores de opinión y un nutrido grupo de profesores de Derecho penal. Las opiniones, a su vez, estaban bien argumentadas —o no tanto—, pero esa es ya agua pasada. Lo que importa es que el Tribunal Supremo decidió calificar los hechos como *delito de sedición*.

En opinión muy extendida, esa es la discrepancia más profunda generada por la sentencia, lo cual es solo media verdad, pues la mayor diferencia de criterio se da entre los que consideraban necesaria una sentencia condenatoria, al margen de que fuera por rebelión o sedición, y los que estimaban que procedía la absolución o, como mucho, condenas sensiblemente menores con exclusión de los dos delitos más graves.

## 4. LA DESOBEDIENCIA COMO INFRACCIÓN NUCLEAR

Durante la celebración de la vista apenas se produjeron alegatos en relación con el delito de desobediencia, seguramente porque tan solo tres de los acusados se sentaban en el banquillo con esa única acusación.

Pero esa deducción es incorrecta, ya que la idea que realmente flotaba sin concretarse técnicamente es que lo único que se podía apreciar *en todo lo sucedido era una grande, extensa y continuada desobediencia*, pero nunca un delito de rebelión, y mucho menos de sedición. Mas lo cierto es que el delito de desobediencia tuvo poco debate, pues la «estrella» de la discusión era la calificación alternativa entre rebelión y sedición, mientras que la calificación de desobediencia, que algún abogado defensor «concedió» expresamente, no fue objeto de especial debate, a pesar de que, para muchos, los sucesos de Cataluña habrían tenido suficiente respuesta con la aplicación conjunta o separada de los delitos de prevaricación, desobediencia y desórdenes públicos, *prescindiendo totalmente de las figuras de rebelión y sedición*.

¿Realmente es fundada la tesis de que *la figura de desobediencia habría podido absorber casi la totalidad de los hechos*? La respuesta, adelante, ha de ser negativa, pero con importantes matizaciones, pues lo que resulta indudable es que un sustrato de desobediencia estaba presente en casi todas las acciones de los intervinientes en los hechos. No obstante, algunos de esos actos o decisiones no pueden calificarse como desobediencias ni total ni parcialmente.

### 4.1. LA DESOBEDIENCIA QUE APRECIA EL TRIBUNAL

Solo son tres los condenados por el delito de desobediencia<sup>3</sup> tipificado en el art. 410 del CP, pero eso no quiere decir que los demás imputados no hayan incurrido en la misma conducta punible, sino que esta ha sido consumida por la de sedición.

La esencia de la desobediencia se sitúa en un hecho concreto: haber contribuido con su voto a la aprobación del Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, pese a que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió su aplicación, con las señaladas advertencias, notificándola personalmente a los miembros del Gobierno autonómico y a numerosas autoridades. La STC 121/2017, de 31 de octubre, declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

Concretamente, la Sentencia del TS aprecia un solo delito de desobediencia cometido por cada uno de los tres condenados, rechazando la continuidad delictiva que alegaban las acusaciones. La base de la desobediencia, *el mandato violado*, es, pues, la Sentencia del TC que fue acompañada de la notificación personal de la misma a cada uno de ellos.

## 4.2. LOS CONDICIONAMIENTOS DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

El delito de desobediencia es, básicamente y sin perjuicio de la modalidad de resistencia y desobediencia de particulares, un delito de funcionario, concebido, al menos en su tradición legal, como una conducta que va más allá de la indisciplina sancionada por vía reglamentaria porque ofende a la necesidad de preservar el principio de jerarquía como necesidad fundamental del buen funcionamiento de la Administración Pública, en el que toda la ciudadanía está interesada.

La extensión de la figura de desobediencia a relaciones diferentes de las intra-administrativas se presenta, por ello, como una ampliación del originario ámbito de aplicación de la figura delictiva, lo cual no quiere decir, sin más, que eso sea imposible, sino que deben superarse algunos obstáculos técnicos.

Paradójicamente, es más sencilla la aplicabilidad de la tipicidad de sedición para sancionar la resistencia o la negativa a acatar las disposiciones y órdenes de poderes revestidos de legitimidad constitucional que la figura de desobediencia, precisamente por ese limitado origen ceñido al Derecho administrativo y a las relaciones de dependencia y jerarquía.

En otro orden de consideraciones, en el Derecho penal español ha habido tradicionalmente un planteamiento del problema de la obediencia teñido por defectos igualmente graves: una cierta inclinación favorable hacia el principio de autoridad por encima del principio de legalidad, y una simultánea tolerancia con el funcionario que cumple órdenes a sabiendas de su carácter injusto.

Esta situación se plasmaba en tres criterios legales que perduraron en la legislación histórica hasta que se produjo la gran corrección que supuso el CP de 1995. Esos defectos históricos, *a los que no se debe volver en ningún caso*, eran los siguientes:

a) Incriminación de la desobediencia abierta a órdenes correctamente formuladas en lo formal, aunque fueran ilegales, con tal de que esa ilegalidad no fuese manifiesta.

b) Autorización para no obedecer las órdenes manifiestamente ilegales sin incurrir en responsabilidad por desobediencia. Algunos penalistas habían señalado que el incumplimiento de lo abiertamente ilícito era algo cuya evidencia no precisaba de especial autorización o venia de la ley.

c) Eximente de *obediencia debida* en aquellos casos en los que el funcionario cumpliera una orden cuya realización comportaba la comisión de un delito.

La combinación de estas normas generaba un efecto perverso: ante una orden injusta, incluso delictiva, el funcionario que la recibía podía elegir entre desobedecer —haciendo uso de una facultad legal expresa— o cumplir, en cuyo caso podía invocar la cobertura de la eximente de obediencia debida, a pesar de la contradicción que implicaba conceder ese beneficio a quien, por deducción de la propia ley, no se había obligado jurídicamente a cumplir la orden.

Este estado de cosas fue paulatinamente denunciado por la doctrina, que en el proceso previo a la promulgación del CP de 1995 reclamó una sustancial modificación del régimen legal de la obediencia y de la desobediencia; toda la argumentación giraba en torno a una

sola idea central: *ni la eficacia de la Administración Pública ni el principio de autoridad y jerarquía pueden colocarse nunca por encima del principio de legalidad penal y de la tutela penal de ciertos bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro no puede ni justificarse ni exculparse en nombre de la obediencia.*

Tras la aprobación del CP de 1995, el tema de la desobediencia recibió un tratamiento bien diferente, que era consecuencia de las críticas anteriores: ante todo, desaparecía la perturbadora eximente de obediencia debida, puesto que los casos en ella incluidos que pueden ser razonablemente contemplados como situaciones de exención de responsabilidad se resuelven mejor a través de la eximente de estado de necesidad, de ejercicio de un derecho o del cumplimiento legítimo de un cargo. Todo lo que no sea eso no tiene razón para merecer exención de responsabilidad criminal.

Se mantuvo la posibilidad de no cumplir órdenes manifiestamente ilegales. La reflexión inmediata es que las órdenes que pasen por la realización de un tipo de delito difícilmente «no serán ilegales manifiestamente», pero esa consideración ha de tomarse como posibilidad muy frecuente, mas no como regla, ya que eso depende también de la preparación general y jurídica del subordinado.

Se suprimían las diferencias que preveía el artículo 369 del CP de 1973 en cuanto a la capacidad de desobedecer, establecidas con base en la condición de autoridad o a su ausencia.

En conclusión, puede afirmarse que en el estado actual del Código Penal no hay deber de cumplir ningún orden que sea manifiestamente antijurídica, y que si un funcionario les da cumplimiento deberá responder de las consecuencias penales de sus actos sin posibilidad de invocar causa alguna de exención de responsabilidad.

En relación con el problema de la obligación de cumplir con mandatos superiores que choquen con deberes diferentes —como, concretamente, los deberes inherentes a la condición de miembro de un órgano colegiado para el que se ha sido nombrado por el presidente de ese órgano, que llevan a participar en la adopción de acuerdos que son incompatibles con resoluciones, en este caso, del Tribunal Constitucional—, el primer problema que debe aclararse es el de la eventual presencia de *uno o más deberes en conflicto*.

Llegamos así al punto más problemático de este delito, cuya conducta típica requiere un marco relacional en el que debe estar fuera de toda duda quién es el inferior y quién el superior y cuál es el mandato dirigido de uno a otro. Esas exigencias se designan como *presupuesto de relación jerárquica*, y se diferencian de otras situaciones en las que los sujetos afectados pueden estar en planos diferentes de poder, pero sin que haya esa clase de relación.

Entre quien dicta la orden y quien la recibe debe existir una relación jerárquica *establecida por el Derecho administrativo funcional*, y así lo tiene declarado la jurisprudencia. Este requisito previo puede suscitar problemas en algunos casos en los que la relación de servicio y la funcional se diferencian, supuestos en los que no resulta sencillo determinar quién es el superior jerárquico o cuántos superiores jerárquicos tiene un mismo funcionario.

La jerarquía no puede confundirse con otras situaciones generadoras de deberes *que no están apoyadas en la subordinación*, como puede ser el deber de colaboración con otros poderes o instituciones.

Pese a ello, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, de 6 abril 1981, declaró que la negativa o negligencia en el envío al defensor de los informes que este solicite constituiría delito de desobediencia. Es importante retener este dato, pues no parecería razonable sostener que el Tribunal Constitucional se encuentra en una condición inferior a la del defensor del pueblo.

Recordemos, una vez más, que en el presente caso el hecho central recogido por la STS 459/2019 es que los tres condenados por desobediencia (al igual que los demás consejeros) aprobaron en su calidad de miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma el Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña. El TC suspendió al día siguiente la aplicación de este Decreto (providencia de 7 de septiembre de 2017), pero *hizo algo más*: incluir advertencias directas y expresas, notificando la mentada providencia personalmente a todos los miembros del Gobierno de la Generalitat. La STC núm. 121/2017, de 31 de octubre, declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

### 4.3. LA RELACIÓN JERÁRQUICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La orden objeto de la desobediencia debe provenir de un *superior jerárquico* competente por razón de la materia y, en su caso, de la clase de órgano y del territorio jurisdiccional, y ha de estar revestida de los correspondientes requisitos ajustados a la naturaleza de cada orden, lo que significa que no necesariamente ha de tratarse de órdenes transmitidas por escrito, aunque la expresión «formalidades legales» así induzca a creerlo. Asimismo, *ha de estar dirigida a funcionario concreto o concretable, lo que excluye órdenes dirigidas a colectivos de funcionarios*. Admitida una relación jerárquica, solamente se ha cumplido con una parte de los presupuestos del delito, pues es preciso también que la *orden cuyo incumplimiento determine la responsabilidad cumpla determinados requisitos*. Este segundo aspecto lo veremos después.

Hemos de preguntarnos antes, a la luz de esos datos, si existía o no una relación jerárquica entre el Tribunal Constitucional y las autoridades receptoras de sus órdenes. En una línea de actuación ininterrumpida desde su creación, las decisiones del TC se habían quedado en su terreno natural, que era el de la valoración constitucional de actos o decisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado. Esa situación colocaba al TC en una posición ajena a las escalas de relación jerárquica, *sin perjuicio de que sus acuerdos, revocando disposiciones normativas, sentencias o decisiones de la Administración debieran cumplirse*.

Ese planteamiento jurídico sufrió un inesperado cambio precisamente a raíz de la convocatoria, por parte del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, de la «consulta», que el Gobierno del Estado consideró «referéndum», por lo que se trataba de una acción que excedía a las competencias de la Generalitat —sin entrar ahora en el problema de la cabida de las convocatorias consultivas en la Constitución, interesante cuestión que excede los

límites de este comentario, pero que no podía ser resuelta por sí y ante sí por el Gobierno catalán decidiendo que la convocatoria de la consulta sí tenía cabida en la Constitución—.

Cuando se convocó la consulta en Cataluña con base en las llamadas leyes de desconexión, el Gobierno del Estado la consideró un referéndum ilegal e impugnó la convocatoria ante el TC, que decidió suspenderla. Tal decisión no fue respetada por el Gobierno catalán, y de ahí surgió la desobediencia. La ulterior determinación de celebrar la consulta por la vía de los hechos *alimentaría la calificación de sedición*.

Paralelamente, se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 87 pasó a decir: «Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva [...]»; la nueva redacción del precepto añadía que sus «[...] sentencias y resoluciones [...] tendrán la consideración de títulos ejecutivos». Este paso desfiguraba la condición del TC, que pasaba a ocupar una posición jerárquica —en lugar de competencial— como supremo intérprete de la Constitución.

Pese a todo, subsiste el problema de que el art. 410 del Código Penal se refiere a resoluciones «judiciales», y *esa no es la naturaleza de las decisiones del TC*, por lo que habrá que estimar que esas decisiones adquieren la condición de ordenes de la «autoridad superior», lo cual no deja de ser un forzamiento de la legalidad. Mejor habría sido que la reforma de la Ley Orgánica del TC hubiera ido acompañada de una reforma del Código Penal, pero que no hubiera podido ser aplicada retroactivamente.

Como es sabido, la consulta se celebró materialmente, aun despojada de la solemnidad jurídica de un referéndum. A raíz de ello, el Gobierno impugnó el acuerdo de convocar la consulta de la Generalitat ante el TC, el cual, previa suspensión de su ejecutoriedad, *declararía fuera del orden constitucional la decisión del Gobierno catalán*. Pese a ello, la consulta se celebró y, por ese motivo, la Fiscalía y algunas acusaciones particulares ejercieron acción penal por delito de desobediencia, en el entendimiento de que se había «desobedecido» la decisión del TC, añadiendo otras imputaciones que no viene al caso analizar.

La subsiguiente polémica fue muy amplia. Prescindiendo de la dimensión política (trufada de demagogias e irracionalidades de variable color y orientación), la controversia jurídica entre los acusadores se centró en una idea esencial: que la decisión del TC suspendiendo la decisión del Gobierno catalán *generaba un mandato —en el sentido de una relación de jerarquía—* en cuya virtud el hecho de desoirlo constituía una desobediencia, como decidió el Tribunal Supremo cuando apreció los delitos de desobediencia que estamos analizando.

A la reforma del art. 87 de la LOTC se unió un nuevo artículo 82.4.b) LOTC, en virtud del cual si «[...] las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares, en el plazo que se les fije, incumplen total o parcialmente las resoluciones del Tribunal, este podrá acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsables del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal», pudiendo «[...] el Tribunal [...] requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados

por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones [...]».

Evidentemente, con esas modificaciones legales se quería abrir al TC el recurso al delito de desobediencia para hacer cumplir sus decisiones, pero, por más que ese fuera el objetivo de las reformas, lo cierto es que el TC *no forma parte del Poder Judicial* y que, por ello, no podía ser de aplicación un tipo penal que expresamente se refiere a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales.

Siendo así, la declaración del TC suspendiendo la realización de la consulta decidida por el Gobierno catalán, acompañada de las expresas advertencias, *no generaba a la sazón un mandato típico* a un inferior jerárquico, pues eso equivaldría a aceptar que el Código Penal había sido modificado indirectamente por una ley no penal que, además, ni siquiera mencionaba al CP, cosa que habría podido hacer —a la postre, ya se había desfigurado la función del TC— indicando que, en caso de incumplimiento, deberían incluirse sus mandatos en el ámbito del art. 410 del Código penal.

La conclusión que se derivaría es que la nueva conceptualización del sentido de las decisiones del TC ha de entenderse referida al futuro, aunque, como seguidamente veremos, el problema penal dista de estar resuelto, sin perjuicio de que se haya dotado al TC de la capacidad de imponer sanciones (multas y suspensiones de funciones).

La conclusión que se extrae es que, al margen de que la voluntad del legislador fuera crear una hipotética relación de jerarquía y dependencia entre las decisiones del TC y las autoridades que reciban esas órdenes o deban sentirse concernidas por ellas, el resultado no se corresponde con el deseo. En todo caso, es claro que las acusaciones que anteriormente se formularon pierden su fundamento ante la ausencia total de mandatos directos. Pero, como a nadie se le puede escapar, el problema es el de la valoración de esos posibles conflictos tras la reforma de la LOTC. La respuesta es técnicamente clara: el TC no es un órgano judicial y basta la lectura de la Constitución para llegar a esa conclusión.

Por lo tanto, y desde un escrupuloso respeto al principio de legalidad, sus sentencias no son «resoluciones judiciales», que es el presupuesto de la desobediencia en el art. 410 CP. Sin duda, el legislador que modificó la LOTC quería resolver la «falta de ejecutoriedad» de las sentencias y otras resoluciones constitucionales para así configurar la idea de «mandato», precisa, pero no suficiente, para configurar el delito. El legislador olvidó que, paralelamente, debía modificar también el art. 410 CP para acoger las decisiones del TC.

La única solución, aunque insatisfactoria, es entender que el TC es una «autoridad superior» (concepto que pertenece a la relación de jerarquía administrativa) y que, por lo tanto, sus decisiones pueden dar lugar a la desobediencia. Pero esa es una solución de poca finura jurídica que no está a la altura de la importancia de un órgano fundamental como es el TC.

#### 4.4. LA PRETENSIÓN DE JUSTIFICACIÓN

Como sabemos, el delito de desobediencia contempla una específica causa de justificación —que no de exculpación— en aquellos casos en los que el funcionario que recibe la orden aprecia la manifiesta antijuridicidad de esta y decide no darle cumplimiento. Correlativamente, si un funcionario decide dar cumplimiento a una orden antijurídica, deberá responder por la posible significación delictiva del actor realizado.

Otro problema, diferente, surgiría cuando la obligación de cumplir con un mandato superior —por ejemplo, una orden del TC— choque con deberes inherentes al cargo que se ocupa, como podría ocurrirle a un miembro del órgano de gobierno de una comunidad autónoma, cargo que procede de libre nombramiento del presidente del órgano, y que comporta la obligación de participar en la adopción de acuerdos que suponen la infracción del mandato superior al que me refería antes.

A partir de esa situación, algún acusado argumentó ante el Tribunal Supremo que se había producido una *colisión de deberes* y que para él era de entidad o importancia mayor dar cumplimiento al mandato del pueblo catalán expresado a través del Parlamento, a lo que debía añadirse la falta de legitimidad del TC para impartir órdenes.

La sentencia decide, con razón, que el rechazo del mandato *basado en la convicción de la falta legitimidad política del TC* —que, además, estaba muy politizado— *no puede operar como causa de justificación*, entre otras razones porque la apreciación de esa «deslegitimación» excede sus competencias.

En cuanto al presunto conflicto de deberes —obedecer al TC u obedecer al Parlamento de Cataluña, que había decidido celebrar un referéndum con el respaldo de muchos municipios y por muchos ciudadanos—, resuelto en favor del segundo, la Sentencia rechaza la posibilidad considerar *en pie de igualdad* los dos deberes, pues hay un desequilibrio patente entre el deber que genera el mandato del TC y lo que puede calificarse como «coherencia política», pero no como un choque con una inexistente legalidad distinta.

La argumentación se cerraba con la indicación de la firma del Decreto era prescindible, pues habría bastado con la del presidente y, siendo así, aquellas firmas eran solo un «apoyo político». Para el TS, la firma era meramente decorativa, amén de que los firmantes estaban persuadidos de que la anulación del Decreto iba a ser inmediata.

Frente a ese discurso, la Sentencia 459/2019 estimó que no se trataba de un acto insignificante, sino de un acto injusto, explicable desde el punto de vista político, pero realizado con plena conciencia de la ilegalidad que entrañaba, ilegalidad que no se diluye por la falta de resultado, dado que la desobediencia es un delito de mera actividad.

#### 4.5. SOBRE SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Así las cosas, el observador no puede evitar pensar en la posibilidad de calificaciones que habrían podido salvar los defectos u obstáculos para aplicar el delito de desobediencia en el presente caso, y lo cierto es que no es tarea fácil. Acaso la vía de la prevaricación *cometi-*

*da colegiadamente* por todo el Gobierno catalán habría sido más viable. Pero esa solución requiere salvar dos obstáculos:

En primer lugar, a favor de la prevaricación y en contra de lo argumentado, un Decreto es una norma reglamentaria aprobada por el órgano de gobierno. Es, por lo tanto, una decisión colegiada emanada de la voluntad de ese órgano. Con independencia de que habitualmente aparezca publicado únicamente con la firma del presidente y la del titular de la Consejería afectada, en su aprobación participan todos.

El segundo obstáculo es de más difícil solución: las partes acusadoras no habían formulado acusación por prevaricación, con lo que resultaba inviable pasar de la acusación de desobediencia a la de prevaricación invocando una inexistente homogeneidad entre ambas figuras.

En resumen, la calificación de desobediencia podía topar con los problemas antes señalados, pero la de prevaricación habría sido inviable.

## 5. REFLEXIÓN Y REFORMA

Tras estudiar la STS 459/2019, de 14 de octubre, la conclusión que se extrae es que resulta imprescindible la reforma del Código Penal, y no solamente porque el delito de desobediencia presenta zonas oscuras, sino también por la necesidad de configurar la responsabilidad de los dirigentes de las Comunidades Autónomas también en el Código Penal, pero contemplando situaciones como las vividas en Cataluña con una mentalidad acomodada al Estado de las Autonomías, que quiere caminar, se dice, hacia un modelo federal, en el que no tendrá sentido utilizar las ideas de jerarquía y obediencia cual si toda la organización del Estado fuera una enorme Administración Pública, sino que la configuración de los comportamientos ilícitos se derivaría de otras ideas, especialmente la de la *lealtad institucional y constitucional*. Esta es la tónica en los más modernos códigos penales europeos.

En el mundo independentista abundan los que sostienen que la Sentencia del Tribunal Supremo es solo la primera entrega de la resolución del problema y que será en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo donde realmente se ventilará la cuestión. El recorrido de esa idea, mantenida como bajo continuo durante todo el proceso, tiene muchas curvas, pero sus defensores, que no se han molestado en estudiar el sistema penal español, con las excepciones que se quiera, tampoco parece que dominen la jurisprudencia del TEDH. El tiempo dirá.

## NOTAS

1. Antes del inicio de las sesiones del juicio oral, los grupos independentistas reclamaron la presencia de observadores internacionales. Con ello se perseguía, ante todo, lanzar un mensaje a la comunidad internacional para que viera en el juicio que se iba a celebrar algo así como el proceso que se celebró en San Salvador por el asesinato de los jesuitas, en suma: la valoración que se da a la respetabilidad de los tribunales en los Estados fallidos. Ese intento se rechazó, pese a lo cual se presentarían a informar

diferentes observadores, que luego se descubriría que estaban muy bien retribuidos, así como distintas asociaciones, bajo el nombre de International Trial Watch, que en realidad eran seis asociaciones catalanas (Associació Catalana per la Defensa dels Drets Humans, Collectiu Praga, Institut de Drets Humans de Catalunya, Irídia, Novact y el Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universidad Autónoma de Barcelona) vinculadas al independentismo. La petición había sido rechazada por el Tribunal Supremo meses atrás. Como dato significativo, cabe destacar que los informes que difundieron esos supuestos intitulaban el juicio objeto de observación como *Catalan Referendum Case*, con el claro propósito de transmitir la idea de que lo que se juzgaba era la pacífica celebración de un referéndum.

2. La mayor pena es para el vicepresidente de la Generalitat, Oriol Junqueras, 13 años de prisión por los delitos de sedición en concurso medial con malversación de caudales públicos, así como a 13 años de inhabilitación absoluta. Su mayor rango determinaba mayor responsabilidad y eso se tradujo en la pena. A Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa, 12 años de prisión y 12 de inhabilitación, también por los mismos delitos. A Carme Forcadell, 11 años y seis meses, a Joaquim Forn y Josep Rull, 10 años y seis meses, y a los Jordis, nueve años. A Santi Villa, Meritxell Borràs y Carles Mundó, 10 meses de multa y un año y ocho meses de inhabilitación al ser condenados tan solo por el delito de desobediencia.

3. El fallo, concretamente, dispone: «La autoría de los tres acusados como responsables de un delito de desobediencia puede ser razonada a partir de un tratamiento sistemático conjunto. La principal fuente de prueba para acreditar la contumaz desatención por todos ellos a los mandatos del Tribunal Constitucional, está constituida por fuentes de acceso público, principalmente el diario del Parlament y los boletines oficiales del Estado y la Generalitat. La Sala ha valorado también el testimonio de aquellos otros imputados y testigos que fueron objeto de idénticos requerimientos y, además, las explicaciones ofrecidas en sus respectivas declaraciones por D. Santiago, Dña. Meritxell y D. Carles. Todos ellos fueron destinatarios, en su calidad de miembros del Govern, de los requerimientos emanados del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad y privar de efectos a las iniciativas legislativas y reglamentarias que se fueron adoptando durante el desarrollo de los hechos. Como hemos reflejado en el factum, tanto los acuerdos de la Mesa de admisión a trámite como los acuerdos del Pleno, que incluyeron el debate y votación de las leyes 19 y 20/2017, del referéndum y de transitoriedad, suprimiendo los trámites esenciales del procedimiento legislativo, se declararon nulos por sendos autos del Tribunal Constitucional —núms. 123/2017 y 124/2017, 19 de septiembre—. La Ley 19/2017, publicada el 8 de septiembre 2017, fue finalmente declarada nula por 473 STC 114/2017, de 17 octubre, e igualmente se declaró la nulidad de la Ley 20/2017 por la STC 124/2017, 8 noviembre. Todas las resoluciones del Tribunal Constitucional volvían a contener las correspondientes advertencias sobre la ilegalidad de decisiones futuras y la posibilidad de incurrir en responsabilidades penales. Las providencias de suspensión fueron notificadas personalmente con dichas advertencias a los miembros del Govern, y en calidad de tales, pues ninguno de ellos ocupaba escaño en esas fechas en Parlament. Fueron también destinatarios de los demás requerimientos a los que se alude en el relato de hechos probados y que eran consecuencia de la respuesta del Gobierno de la Nación frente a la intensa y precipitada actividad legislativa, encaminada a la creación de un marco jurídico que pudiera ser invocado para dar aparente cobertura a la celebración del referéndum ilegal. Una afectación más directa, en la medida en que el requerimiento aludía a un ámbito funcional bien próximo y que entraba de lleno en la prohibición contenida en los requerimientos precedentes, se produjo con ocasión de la firma del Decreto 139/2017, de convocatoria del referéndum. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió su aplicación, con las correspondientes advertencias personales sobre las posibles responsabilidades penales y en orden a impedir los incumplimientos y. La sentencia núm. 122/2017, de 31 de octubre de 2017, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la citada norma. Los tres acusados, en su calidad de miembros del ejecutivo autonómico, aprobaron ese decreto. **El mismo 6 de septiembre de 2017, a propuesta del Departamento de la Vicepresidencia**

y de Economía y Hacienda de la Generalitat de Cataluña, los Sres. Mundó y Vila y la Sra. Borràs, aprobaron en su calidad de consejeros del Govern, el Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió su aplicación, con las señaladas advertencias, notificándola personalmente a los miembros del Gobierno autonómico y a numerosas 474 autoridades. La sentencia núm. 121/2017, de 31 de octubre de 2017, declaró su inconstitucionalidad y nulidad. 3.3.- Las notificaciones que sirvieron de vehículo a los requerimientos personales dirigidos a los tres acusados por el Tribunal Constitucional —incorporadas como prueba documental a la causa— contenían una fórmula que se repetía en todos los casos. Les advertía de su **deber de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes a dar cumplimiento a la resolución impugnada y se les recordaba “... su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar la nulidad”** de las resoluciones o actos normativos impugnados, “...apercibiéndole de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de incumplimiento de lo ordenado por este Tribunal”. La Sra. Borràs reconoció haber firmado el decreto de convocatoria del referéndum y ello pese a haber sido advertida de su deber en contrario.

En su declaración en el juicio oral quiso “[...] poner en valor la disyuntiva que tenía”. Por un lado, el mandato de una mayoría absoluta que mandataba al Govern escogido por la Cámara, con mayoría absoluta, insiste, para hacer un referéndum. A esa voluntad política se sumaron los municipios y la ciudadanía a través de las manifestaciones organizadas. Podía imaginar que el referéndum sería suspendido. No buscaba —alegó— menospreciar al Tribunal Constitucional, pero se trataba del mandato democrático del Parlament, frente a un órgano judicial que, en los últimos años había estado sometido a una intensa politización. La firma del decreto 139/2017, sin pretender quitarle valor era una firma no necesaria para la validez de un decreto. Bastan para ello las rúbricas del presidente de la Generalitat y del titular de la Consejería afectada. Acepta, pues, que lo firmó, pero su firma no era necesaria: “... la firma de todos era un gesto para responder a esa voluntad frente al mandato del parlamento”. El acusado Sr. Mundó, que no cuestionó la recepción de los requerimientos, precisó que la firma del decreto de convocatoria del referéndum era “...un hecho extraordinario”. Había muchos medios de comunicación, se había despertado una gran expectación. Por eso “...querían enfatizar el carácter político. Esas firmas no añadían ni quitaban valor jurídico». Estaba convencido de que no estaba cometiendo ningún delito. En cualquier caso, no se planteó que esos requerimientos implicaran el deber de paralizar y no tenía poder para condicionar a sus compañeros de Gabinete. El Sr. Vila reconoció también haber sido notificado personalmente del mandato del Tribunal Constitucional. En algunos casos —fueron varios los requerimientos— no se sentía aludido porque se referían a actos del Parlament y él no era diputado. En otras sí. Tiene la convicción de que no desobedeció lo ordenado pues, después de la ley de referéndum y su suspensión, no adoptó en su ámbito de competencia decisiones de gobierno. Coincide con sus compañeros en que los decretos 139 y 140 incorporaron su firma, pese a no ser en absoluto necesario. Se trató de “...un acto político de solidaridad entre todos los miembros del Govern”. Un acto que solo puede ser entendido mediante su contextualización, ya que “...ahora es fácil revisar decisiones”. Se tomaron decisiones que mutaron el referéndum a una gran movilización política. Él nunca lo tomó como un verdadero referéndum. No era un referéndum, “...era un acto de exhibición política”. 3.4. **El rechazo basado en la convicción de la falta legitimidad política del Tribunal ordenante —como ya hemos razonado supra de forma exhaustiva— nunca puede operar como causa de justificación.** Los tres acusados eran perfectos conocedores de la existencia de un **requerimiento formalmente emanado de quien reúne facultades legales para ello, sabían de su deber de acatamiento y, sin embargo, omitieron de forma contumaz lo que les había sido ordenado.** La firma de los Decretos 139 y 140/2017, más allá de la estratégica degradación del valor de la firma de todos los consejeros, era bien expresiva de una inequívoca voluntad de rechazo al mandato constitucional que habían recibido con anterioridad. La estrategia de defensa —cuya legitimidad

está fuera de toda duda olvida que, con independencia de la firma del presidente y el consejero del departamento afectado por la norma, **todo decreto es una norma reglamentaria 476 aprobada por el órgano de gobierno, una decisión colegiada que, como tal, es fruto de la concertada voluntad de los integrantes del ejecutivo**». (Énfasis en negrita del autor).

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.  
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.