

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

N°: 20249/2016

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -Sala Civil y Penal-

Fecha Auto: 29/12/2016

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

AUTO TRANSFORMACIÓN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Causa Especial Nº: 20249/2016

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

***TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal***

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Andrés Palomo Del Arco

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil dieciséis.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo de 2016, se recibió en el Registro General de este Tribunal, Exposición Razonada de fecha 11 de marzo de 2016, emitida en las Diligencias previas núm. 1/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, junto con la totalidad de las actuaciones seguidas contra D. FRANCESC HOMS I MOLST, entre otros.

SEGUNDO.- Formado Rollo en esta Sala y registrado con el número 3/20249/2016, se acordó por Auto de fecha 25 de mayo de 2016 declarar la competencia de esta Sala para instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de D. FRANCESC HOMES I MOLIST por los delitos de desobediencia, prevaricación administrativa y malversación, y designar instructor, conforme al turno establecido al Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

TERCERO.- Por providencia de fecha 5 de julio de 2016, en trámite de diligencias previas, se acordó citar de comparecencia ante este Instructor, a fin de recibir declaración en calidad de investigado sobre los hechos objeto de la presente causa, a D. Francesc Homs i Molist, lo que en asumida voluntariedad y términos del artículo 188 bis LECr, fue verificado el día 19 de septiembre de 2016 a las 11 horas de su mañana.

CUARTO.- Mediante Exposición Razonada de fecha 4 de octubre de 2016 se formalizó suplicatorio al Congreso de los Diputados con respecto al aforado D. Francesc Homs i Molist, siendo concedida la autorización en los términos solicitados mediante el referido suplicatorio, por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 22 de noviembre de 2016.

HECHOS

PRIMERO.- PRECEDENTES sobre promulgaciones, convocatorias, recursos ante el Tribunal Constitucional y suspensiones en su caso, referidas a consultas populares en Cataluña:

1.- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, publicada en el BOE núm. 172 de 20 de julio de 2006, promulgada por el entonces Presidente de Gobierno, José Luis Rodríguez

Zapatero, que redactaba así el artículo 122 del mencionado Estatuto, referido a *Consultas Populares*:

Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución.

2.- Contra dicha Ley interpusieron recurso de inconstitucionalidad noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, que tramitado por el Tribunal Constitucional con el número 8045-2006, finalizó con la Sentencia del Pleno 31/2010, de 28 de junio de 2010, que en relación a la norma citada, el art. 122, lo declaró constitucional, siempre que se interpretara de conformidad con el fundamento jurídico 69 de la sentencia. En sucinta síntesis:

(...) el art. 122 EAC no es inconstitucional interpretado en el sentido de que la excepción en él contemplada se extiende a la institución del referéndum en su integridad, y no sólo a la autorización estatal de su convocatoria, y así se dispondrá en el fallo.

3.- Poco antes, la Ley 4/2010 de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum publicada en el DOGC n° 5595 de 25 de marzo de 2010 y en el BOE n° 93 de 17 de abril de 2010, promulgada por el entonces Presidente, José Montilla i Aguilera, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, concretamente contra los artículos 1 a 30 (relativos a las disposiciones generales y a las consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña), 43 y 45 (sobre la convocatoria de la consulta popular), por el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno.

Por Providencia de 15 de febrero de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad que lleva el número 8912-2010, y asimismo, tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la

suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados; suspensión que por Auto 87/2011, de 9 de junio, fue levantada.

Recurso que aún pende de resolución ante el Tribunal Constitucional

4.- El «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña» número 6715 de 27 de septiembre de 2014 y BOE número 64, de 16 de marzo de 2015, publicaron la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, promulgada por el entonces Presidente, Artur Mas i Gavarró cuyos artículos 3 a 39 y las disposiciones transitorias primera y segunda, y la disposición final primera fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, presentado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Presidente del Gobierno de la Nación, tramitado con el número 5829-2014, cuya vigencia fue suspendida por Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2014, Acuerdo de suspensión que es publicado en BOE número 237, de 30 de septiembre de 2014.

Concluiría el procedimiento por sentencia 31/2015, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE número 64, de 16 de marzo de 2015: *«Son inconstitucionales y nulas las dos primeras frases del art. 3.3 («Las consultas populares no referendarias pueden ser de carácter general o sectorial. Las consultas generales son las abiertas a las personas legitimadas para participar en los términos establecidos en el artículo 5») y los apartados 4 a 9 del art. 16 de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.»*

5.- El «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña» número 6715 A de 27 de septiembre de 2014 publicó el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, así como sus anexos, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, objeto de impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) promovida por el Gobierno de la Nación, tramitado con el número 5830-2014, cuya vigencia fue suspendida por Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2014. Acuerdo de suspensión que es publicado en BOE número

237, de 30 de septiembre de 2014. El objeto de tal consulta popular, cuya fecha de celebración se había fijado el día 9 de noviembre, era sobre si Catalunya debe ser un Estado y, en caso afirmativo, si debe constituirse en un Estado independiente.

Concluiría el procedimiento por sentencia 32/2015, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE número 64, de 16 de marzo de 2015, que estima la impugnación: *Declarar que el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos son inconstitucionales y nulos.*

6.- El Gobierno de la Generalitat, expresó la aceptación de dicha suspensión y al tiempo, según expresan sus Abogados en vista de la denegación, se optó por acudir al mecanismo participativo de la consulta popular no referendaria regulado en el Título II de la Ley 10/2014, para recabar la opinión de los ciudadanos de Catalunya en ejercicio de sus derechos a la libertad ideológica, (art. 16 CE), y a la libertad de expresión. El propio Presidente de la Generalitat, Artur Mas i Gavarró, efectuó una comparecencia institucional ante los medios de comunicación anunciando un proceso de participación ciudadana. Participación convocada para el día 9 de noviembre y cuyo contenido se mostraba fundamentalmente a través de la página web institucional <<http://www.participa2014.cat>>, que reflejaba así dicho anuncio:

El día 9 de noviembre de 2014, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana en el que los catalanes y catalanas y las personas residentes en Cataluña pueden manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña.

El objeto de tal “participación”, cuya fecha de celebración se fijó también para el día 9 de noviembre, era igualmente manifestarse sobre si Catalunya debe ser un Estado y, en caso afirmativo, si debe constituirse en un Estado independiente.

SEGUNDO.- PRECEDENTES relativos a este denominado proceso participativo de la consulta popular no referendaria.

1.- Con práctica simultaneidad al anuncio de esa convocatoria, el 14 de octubre, desde el Gobierno de la Generalitat, se dispuso el inicio de diversos procedimientos administrativos encaminados a organizar la votación convocada para el día 9 de noviembre. El desarrollo material de los preparativos y del desarrollo de la consulta, fueron principalmente encomendados a contratistas privados; donde fundamentalmente se aprovecharon contratos-marco de colaboración público-privada ya existentes con anterioridad, que permitían especificaciones y concreciones nuevas a realizar dentro del objeto de los mismos, donde la Administración se efectúa una solicitud de valoración al contratista quien la devuelve para su aprobación por aquélla, hecho lo cual el servicio demandado puede realizarse y facturarse; aunque también se incoaron expedientes administrativos específicos para el caso.

Así, entre otros:

- i) Alta de la del dominio de la página web <<http://www.participa2014.cat>> y cambio a servidores DNS propios de la Generalitat.
- ii) Construcción y publicación de la referida página web.
- iii) Reuniones con los directores de institutos de enseñanza, cuyas sedes se precisaron como locales de votación en la jornada señalada para el día 9 de noviembre.
- iv) Fabricación del material para empleado en la votación y transporte a los locales de la votación.
- v) Adquisición de 7000 ordenadores portátiles e instalación en los mismos de los programas informáticos precisos para la votación. Tras la jornada del 9 de noviembre, los ordenadores, fueron distribuidos entre centros de enseñanza.
- vi) Distribución de los ordenadores a los centros de votación, acondicionamiento de un centro de procesamiento de datos y de un “centro de llamadas”.
- vii) Publicidad institucional.

- viii) Suscripción de póliza de seguro de accidentes para los voluntarios del proceso participativo.
- ix) Envío de información masiva por mensajería.
- x) Continuación de la votación durante los días 10 a 25 de noviembre, en las Delegaciones Territoriales del Gobierno de la Generalitat en Cataluña, en las dependencias que el Govern de la Generalitat tiene abiertas en Berlín, París, Bruselas, Londres y Nueva York; en las sedes que la Agencia para la Competitividad de la Empresa de la Generalitat de Cataluña tiene abiertas en Buenos Aires, Tokio, Sídney, Montreal, México D.F., San José –California-, Milán, Bogotá, Hong Kong, Sao Paulo, Copenhague y Santiago de Chile; así como en Andorra y Perpiñán.

2.- El día 31 de octubre de 2014 el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, al amparo de los arts. 161.2 Constitución Española y 76 y 77 LOTC, impugnó las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

3) Por Providencia de 4 de noviembre de 2014, el Tribunal Constitucional admite a trámite el escrito que impugnaba las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la referida “convocatoria” presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia; y acordó la suspensión de las actuaciones impugnadas desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes

del proceso y desde su publicación en el BOE para los terceros, así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella. Y asimismo acordó comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña dicha providencia. A la impugnación, le fue asignado el número de asunto 6540-2014.

4) El Presidente del Tribunal Constitucional comunicó directamente la existencia y contenido de la Providencia al Presidente de la Generalitat a través de un correo electrónico remitido el propio día 4, a través de e-mail remitido desde esa Presidencia a las 13:19 del mismo día 4, a la Subdirección General de Cuestiones Constitucionales del Gabinete Jurídico de la Generalitat, del Departamento de Presidencia. Desde dicha Subdirección General, se acusó la recepción del correo y la documentación adjunta mediante correo electrónico enviado a las 13:47.

3) El Acuerdo de suspensión a su vez, es publicado en BOE número 268, de 5 de noviembre de 2014. Dicha Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional, decía:

El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda:

1. Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad, admitir a trámite el escrito presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html>, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

2. Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.

3.- *Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC).*

De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

4. *Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia.*

5. *Publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.*

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil catorce.

4) Como es notorio, a pesar de la suspensión por parte del Tribunal Constitucional, ninguna de las actividades programadas para la consecución del proceso participativo, dejó de realizarse y la consulta efectivamente tuvo lugar el día 9 de noviembre; según la propia <<http://www.participa2014.cat>> con 2.344.828 participantes. En esta cifra se incluyen los depositados entre los días 10 y 25 de noviembre en las Delegaciones Territoriales del Gobierno de la Generalitat, así como en las sedes en el extranjero de la Agencia para la Competitividad de la Empresa de la Generalitat.

5) La celebración de la consulta pese a la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional, motivó diversas querellas contra el entonces M. Hble. President de la Generalitat de Catalunya, el Sr. Artur Mas i Gavarró y contra las Conselleras d'Ensenyament, Hble. Sra. Irene Rigau i Oliver y de Governació i Relacions institucionals, además de Vicepresidenta del Govern, Sra. Joana Ortega i Alemany, que se tramitan de forma acumulada con el número 1/2015 en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal).

6) No sin un laborioso esfuerzo investigador (baste indicar que las afirmaciones iniciales por parte de los referidos miembros del Govern, fueron

que antes de la suspensión, todo el trabajo estaba acabado y tras la misma, el proceso fue ejecutado exclusivamente por personal voluntario y que no se dieron órdenes ni se impartieron instrucciones al respecto, pues dicho voluntariado se coordinaba entre sí, en el curso de la investigación), donde hubo de profundizarse marcadamente, se detectó además de una absoluta pasividad tendente a la observancia de la suspensión acordada, documentación indicativa de conducta marcadamente activa del Excmo. Sr. Don **Francesc Homs i Molist** tendente a la celebración de la consulta, lo que motivó, dada su condición actual de Diputado del Congreso, fuera remitido testimonio a esta Sala, dando lugar a este procedimiento.

TERCERO.- HECHOS *que en este marco son atribuidos, con el carácter provisorio e indiciario propios de esta fase, al imputado, el Excmo. Sr. Frances Homs y Molins*

Frances Homs en esa época Portavoz del Gobierno de la Generalitat y Conseller de la Presidencia, en cuya consecuencia máximo responsable de los Servicios Jurídicos de la Generalitat, de la coordinación interdepartamental, así como de la publicidad institucional y de la comunicación, no suspendió ninguno de las actuaciones ni actos que se desarrollaban para la celebración de dicha consulta ni siquiera los que dependían directamente del Departament de la Presidencia del que era titular, a pesar de ser consciente de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional y la consecuente inviabilidad de su celebración; sino que además, potenció tras haber conocido la Providencia de suspensión dictada por el Tribunal Constitucional, el desarrollo del denominado “proceso participativo” que culminaba en la consulta del 9N y dio amparo que afirmaba resultante de consultas jurídicas (en realidad inexistentes) a otras actividades de carácter decisivo para la celebración de la consulta; realizó también alguna contratación ulterior tendente a la efectividad de la consulta; y

comunicó la no difusión de la campaña institucional por parte de algunos medios, al organismo administrativo competente para sancionarlos.

Agrupados, por razón de la actividad desarrollada, estos indicios serían:

1) Carta de T-SYSTEMS al Centro de Telecomunicaciones y Tecnología de la Información (CTTI) y respuesta proporcionada por el Conseller de la Presidencia.

- José Manuel Desco Agulló y Josefa Martín Bazco, en funciones respectivamente de Director General y Directora del Departamento Legal de la entidad T-SYSTEMS ITC IBERIA, SAU. se dirigen el día 4 de noviembre de 2014, por correo electrónico a Don Jordi Escalé i Castelló Director Gerente del Centro de Telecomunicaciones y Tecnología de la Información (CTTI), empresa pública de la Generalitat, con copia para Don Luis Guillén Cabrera, Director Gestión de Servicios TIC, donde tras epigrafiar el asunto como *actividades relacionadas con el 9-N*, indican que han tenido conocimiento por la nota informativa nº 83/2014 del Tribunal Constitucional, de esa misma fecha, donde se indica la admisión a trámite de la impugnación realizada por el Gobierno central y la suspensión de los actos dirigidos a preparar el proceso de participación. Y continúa:

A la vista de esta resolución del Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta el desarrollo de las actividades que nos fueron encomendadas en relación con este proceso, les rogamos que nos confirmen que las mismas no resultan afectadas por la resolución del TC y, en caso de estarlo, que nos den instrucciones detalladas respecto de cómo debemos proceder, en nuestra calidad de contratista prestamista de estos servicios

Actividades en curso que podrían verse afectadas por la resolución del TC (nota informativa 83/2014):

1.- La aplicación web de registro, presentación y publicación de resultados

2.- *Apoyo técnico funcional e la aplicación mencionada anteriormente durante la recogida de resultados.*

3.- *Dispositivo de soporte técnico de guardia sobre las infraestructuras de Centro de Procesamiento de Datos sobre las que trabajan las aplicaciones anteriormente mencionadas (entregadas y pendientes de entregar), ante posibles incidencias técnicas.*

Rogamos una rápida respuesta en tanto que este es un asunto sensible para nuestra organización, comprometida con el cumplimiento estricto de la legalidad al tiempo que con una excelente prestación de servicios.

Permanecemos atentos a sus noticias y les saludamos cordialmente.

- A T-SYSTEMS, el CTTI, le había sido encargado:

o El 15 de octubre de 2014:

- Crear un "registro de inscripción de acceso público". registro web para que los voluntarios funcionarios y no funcionarios pudieran registrarse como tales y crear la propia web de consulta.

- Desarrollar una aplicación referida al "registro de asistentes": para instalar en los ordenadores que sería utilizados el día de la votación. La aplicación tenía dos funcionalidades principales: i) una, que permitía registrar a quien votaba y comprobar que votaba en la mesa que le correspondía; y ii) otra, para la extracción y consolidación de los datos contenidos en los ordenadores utilizados el día de la votación, la cual permitía introducir el recuento de votos y luego extraer el resultado agregado de la mesa en un formato de presentación predeterminado.

o El 17 de octubre de 2014: construir un "Registro de resultados y publicación". Se trataba de una web interna de la Generalitat en cuya plataforma se introducirían los resultados que se irían recibiendo telefónicamente de las diferentes mesas de votación, sobre los cuales se ejecutaría una aplicación que los consolidaría de forma que se pudieran obtener resultados agregados, porcentajes, y poderlos presentar de forma interpretable según criterios de cribado, por mesa, municipio o comarca, etc.

Una vez tratados los datos, el CTTI se encargaría de su publicación en Internet a través de servidores no gestionados por T-Systems.

- Posteriormente: servicio de apoyo 24 horas al CTTI para el fin de semana del 9 de noviembre de 2014 en relación con todos los sistemas del CTTI, y adicionalmente un servicio de apoyo de los técnicos que participaron en el desarrollo de los programas.

- Traslada la consulta formulada por T-SYSTEMS, por medio del Presidente del Consejo de Administración del CTTI, el Conseller de la Presidencia, Francesc Homs, proporcionaba las siguientes respuestas, tras indicar, que habían sido consultados los servicios jurídicos de la Generalitat (subrayado ahora añadido):
 - Los servicios o actividades que provee T-SYSTEMS no están explícitamente afectados por la providencia dictada por el Tribunal Constitucional.
 - Jurídicamente resulta evidente que los servicios solicitados no están circunscritos a lo que el Abogado del Estado en su recurso considera un referéndum encubierto, sino que son servicios incluidos en el marco de una relación contractual que pretende facilitar información para el ejercicio del derecho de libertad de expresión y, particularmente, se centran en facilitar el derecho fundamental a la información; derechos a los que las Administraciones públicas están obligadas a facilitar su ejercicio y a destinar todos los medios necesarios y disponibles.
 - Personalmente se ponía a disposición del Presidente del Consejo de Administración del CTTI por si los servicios jurídicos de la Generalitat de Catalunya deben llevar a cabo cualquier acción ante los tribunales derivada de un hipotético incumplimiento de los contratos que existen con esta empresa u otras.

- La consulta a los referidos servicios jurídicos, no se había producido, admitió con posterioridad el entonces Conseller, porque entendió, afirma, que no existía tiempo suficiente para evacuarla, aunque si instó a los Letrados de los Servicios

Jurídicos a formular un recurso de aclaración ante el Tribunal Constitucional respecto del alcance de la referida Providencia de suspensión, donde los Letrados, en el referido recurso al que se anudó también súplica, datado y con registro de entrada del día 7 de noviembre, la sexta de sus consideraciones (folios 20 y 21), la titulan en negrita y subrayado: *Si el TC no resuelve inmediatamente, tal omisión causará indefensión al haberse dejado pasar la fecha del 9 de noviembre para la que se ha convocado el proceso participativo sin que este haya podido celebrarse.*

- En el cuerpo de dicho considerando, igualmente se recoge: *“En caso de que antes del día 9 de noviembre el Tribunal no hubiese resuelto de forma motivada sobre la solicitud de inadmisión de la nueva impugnación planteada por el Gobierno del Estado, que esta parte formuló mediante escrito presentado el día 3 de noviembre de 2014 o no resolviera este recurso de súplica, resultaría que los ciudadanos de Cataluña verían impedido el ejercicio de sus derechos fundamentales a las libertades ideológica y de expresión por una simple decisión inmotivada de ese Tribunal...”*
- Finalmente T-SYSTEMS realizó las tareas encomendadas por las que facturó al CTTI 135.254'29 E (IVA no incluido).
- Además el CTTI, había encomendado a FUTJISU, las tareas de recepción de los ordenadores portátiles una vez adquiridos por el Departament de Ensenyament, la instalación en los mismos de los programas confeccionados por T-SYSTEMS, la distribución de los aparatos en los centros de votación, el acondicionamiento de un centro de procesamiento de datos y de un "call center" en el propio CTTI para el día de la votación, con las tareas de apoyo remoto y presencial necesarias el día de la votación, así como la recogida ulterior de los portátiles una vez finalizada la jornada, y el borrado de su contenido. La encomienda se enmarcó dentro de un contrato-marco previamente existente, firmado con el CTTI el 1 de

septiembre de 2012 por una UTE participada por FUJITSU quien para esta prestación de los servicios se sirvió de empresas subcontratadas.

- Fue durante los días 7 y 8 y el propio día 9 de noviembre, cuando se materializaron las principales tareas relacionadas con la infraestructura informática ordenada para que la votación pudiera tener lugar en la forma ideada por el Govern.

2) Continuidad de la actividad encomendada a MEDIA PLANNING

- Por el Departament de la Presidencia se encomendó a la mercantil MEDIA PLANNING GROUP SA, la inserción en los medios de comunicación (prensa, autobuses, cartelería, internet, cine) de los diversos contenidos de la campaña institucional para informar de proceso de participación ciudadana del 9N, formalizada el 24 de octubre de 2014. El importe facturado ascendió a 806.403'52 euros.
- Paralelamente, cursó instrucciones al Secretari de Comunicació del Govern para que con cita del artículo 82.1 de la Ley 22/2005, de Comunicació Audiovisual de Catalunya, se dirigiese a la medios de comunicación a fin de que difundieran gratuitamente dichos anuncios y mensajes.
- Iniciada la campaña a finales de octubre continuó durante el mes de noviembre hasta el día de la votación.

3) Reparto de la carta dirigida por el Presidente de la Generalitat, a cada uno de los vecinos de Cataluña mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014.

- Por la Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat (EADOP), inserta en el organigrama administrativo, como dependiente de la Secretaria del Govern del Departament de la Presidencia, se encargó a UNIPOST, el envío de una carta con el membrete oficial de la Generalitat, donde se exhortaba a participar en la consulta del 9N, indicando la página www.participa2014.cat, como fuente de información.
- Las direcciones se suministraron por el Institut d'Estadística de Catalunya (IDESCAT), tras la suscripción de un convenio de colaboración para esta exclusiva finalidad, con el Departament de la Presidencia.
- Iniciado el envío de la carta informativa del President, el día 3 de noviembre, continuó enviándose en días sucesivos.

4) Contratación de la acomodación del pabellón italiano de Montjuïc

- El Departament de Presidencia contrató con FOCUS SA, quien a su vez subcontrata con FIRA DE BARCELONA, la acomodación del pabellón italiano de Montjuïc, para instalar el centro de prensa internacional, donde la Vicepresidencia facilitaría los resultados de la jornada 9N, que se adecuó a tal fin durante los días 7 y 8; siendo el día 9 utilizado a tales fines y el día 10 desmontado.
- En el correo entre FIRA DE BARCELONA y FOCUS, del día 7 de noviembre, se incluye contrato para el evento y presupuesto, pero en el cuerpo del mensaje se indica expresamente que había que cambiarse la fecha.

- La factura que gira FOCUS, con fecha de 19 de noviembre es por importe de 144.244 euros.

5) Carta al Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC)

- El día 4 de diciembre de 2014 (registro de salida del 5), remitió una carta al CAC ratificando previas misivas del Secretari de Comunicació del Govern, dando cuenta del incumplimiento de los prestadores de servicios de la comunicación audiovisual ONDA CERO, CADENA SER y COPE, por haberse negado a difundir gratuitamente la campaña informativa de anuncios y mensajes relativos al proceso de participación del 9N.
- La finalidad era posibilitar la apertura de expedientes sancionadores contra dichos medios.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Contenido indiciario descrito que fundamentalmente resulta, además de la propia publicación en el Boletín Oficial del Estado de las diversas resoluciones del Tribunal Constitucional o testimonios de actuaciones allí habidas, del testimonio de las actuaciones practicadas ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya donde obra la documentación referida a los diversos procesos de contratación reseñados, aportación de los correos intercambiados de las instituciones entre sí y con las empresas a quienes se encomendó las tareas, testifical de algunos de los empleados o directivos de las mismas, declaraciones de los allí investigados, etc. A lo que se adiciona haber corroborado la objetividad de dicha actividad el propio Frances Homs en sus voluntarias declaraciones, quien no obstante y a la vez, afirmaba que el proceso

de consulta era legal y que la providencia del Tribunal Constitucional no especificaba qué actividades o resoluciones suspendía.

SEGUNDO.- La participación del investigado en los hechos antes indicados, indiciariamente y con la calificación provisional que merece esta fase de la investigación, resultan constitutivos de los delitos de desobediencia y prevaricación administrativa llevados a cabo por el investigado:

1) Los hechos que se han considerado indiciariamente probados pueden ser constitutivos de un **delito de prevaricación administrativa**, del artículo 404 del Código Penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

La jurisprudencia, esclarece (por todas, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 185/2016, de 4 de marzo con cita de la 600/2014, de 3 de septiembre) que *el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. En definitiva el delito de la prevaricación administrativa sanciona los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes políticos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos son los primeros custodios. Por ello, la nota de arbitrariedad es un aliud diferente al control judicial de los actos administrativos por la jurisdicción contenciosa. La nota de arbitrariedad supone que un apartamiento de toda normativa, es la voluntad desnuda de las personas concernidas la que se erige en única fuente de la decisión.*

Con la precisión de que el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en

un asunto administrativo (STS núm. 149/2015, de 11 de marzo), tal resolución puede ser expresa o tácita, escrita, oral e incluso por gestos; siendo factible también la resolución por omisión (por todas SSTS núm. 225/2015, de 22 de abril y núm. 1382/2002 de 17 de Julio) y con independencia de la fase procedimental que corresponda, pudiendo tratarse de un acto de trámite o impulso o de un acto ejecutivo respecto del fondo principal del asunto, siempre que encierre una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a derechos de los administrados o a la colectividad en general. Es obvio que la convocatoria del “proceso de participación” y el impulso del mismo para la consecución de la consulta, integran un asunto administrativo; y que las actuaciones, tendentes a su desarrollo y buen fin descritas, integran actos de voluntad en aras de su logro, con obvia afectación general, en cuanto destinada a todos los vecinos de Cataluña.

En cuya consecuencia, en nada afecta a tal calificación la inexistencia de una actuación jurídicamente formalizada de la convocatoria de consulta, ni que se invocara o pretendiera canalizar como una autogestión del voluntariado cuando el impulso y los ineludibles hitos necesarios para la consulta provenían del Govern; de modo, que las resoluciones y actuaciones objeto de suspensión llevadas a cabo fueren orales o de carácter estrictamente material, en cuanto que cada una de ellas, así como el conjunto, son manifestación inequívoca, activa y omisiva, de la voluntad de culminar el “proceso participativo”, a la vez que desatender la suspensión acordada por la Providencia del Tribunal Constitucional.

La suspensión del referido “proceso” fue dictada en observancia del artículo 161.2 de la Constitución Española: *El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.*

Es decir el constituyente expresamente ha querido y recogido esta técnica impugnatoria suspensiva ante el Tribunal Constitucional, formulada unilateralmente en favor del Gobierno de la Nación española, técnica de control, matizada por la jurisdiccionalización final del mecanismo procesal en que se inserta; de modo que con independencia de la bondad o insania de la disposición o resolución recurrida, de su adecuación o no a la Constitución, en definitiva, con independencia del resultado final del proceso de impugnación, el “proceso de participación” en sí y cualquier actuación de la Generalitat de Cataluña vinculadas con la referida convocatoria, resultaban suspendidas, cualesquiera que fueren. Resultaba desapoderada la Generalitat, por el Tribunal Constitucional, órgano constitucional previsto expresamente para ello, de cualquier potestad para llevar a cabo, mientras la suspensión no se levantara (o el proceso concluyera en su caso con resultado desestimatorio):

- *actuaciones relativas a la convocatoria;*
- *actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta;*
- *cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.*

Pues bien, pese al dictado del Tribunal Constitucional, con la expresión omnicompreensiva de cualquier actuación relativa a la convocatoria, en el relato indiciario fáctico, se recoge, como el aforado, además de: a) no adoptar ninguna suspensión en el ámbito de sus responsabilidades en el seno del Govern; b) siguió impulsando activamente en el ámbito de sus funciones como responsable del Departament de la Presidencia, el “proceso participativo” afirmando la inanidad de la resolución del Constitucional sobre la configuración e implantación de la estructura informática que posibilitaba la consulta, a la vez que ponía a disposición de los diferentes entes administrativos los servicios jurídicos de la Generalitat para exigir a las empresas contratadas el cumplimiento de las tareas encomendadas para la celebración de la consulta; c) resolvió realizar ulteriores

contrataciones para el buen fin de la consulta con posterioridad a la suspensión; y d) incluso en agotamiento de tal finalidad, denunció a los organismos sancionadores el incumplimiento por parte de concretos medios de comunicación la negativa a insertar la publicidad institucional.

Conducta omisiva y activa tras la suspensión por el Tribunal Constitucional, que integra una concatenada adopción de resoluciones en el seno del procedimiento de convocatoria de la consulta, donde trascendiendo la mera tarea informativa de su parecer jurídico que tiñe de aval inexistente de los servicios jurídicos; resuelve, pese al inequívoco mandato vinculante de todo el “proceso participativo”, que la consulta llegue a producirse como consecuencia de actividad contractual que su Departament había puesto en marcha, fiscalizaba y abonaba; resuelve en base a esa voluntad de culminar el “proceso participativo” afirmar la obligatoriedad de la preparación de la consulta, con la expresa puesta a disposición de los servicios jurídicos; resuelve realizar nuevas contrataciones a este fin; pone en conocimiento de organismo sancionador, a quienes decidieron no participar en la publicidad institucional de la consulta; y omite cualquier actividad tendente a la suspensión, a sabiendas de que tal inactividad conllevaba de manera implícita pero a la vez manifiesta, reiterar la decisión de la celebración de la consulta.

Resoluciones arbitrarias, omisivas y activas, contrarias absolutamente a la Constitución, por cuanto desapoderada la Generalitat de la potestad para llevar a cabo la competencia que cuando menos tácitamente afirmaba sobre el “proceso participativo” que culminaba con la consulta; tales resoluciones y disposiciones, fuere cual fuere su contenido, contrariaban de modo grosero, el ordenamiento jurídico; y no sólo de legalidad ordinaria, sino el constitucional, al resultar carentes de todo soporte competencial, en ese momento inexistente, e imponer su propia voluntad sobre la del órgano constitucional, al que expresamente se le atribuye y obliga el dictado de la suspensión.

Que además, suponían una suplantación del poder constituyente, al hacer prevalecer la voluntad propia (aún cuando se diga depositaria de un difuso mandato ciudadano, carente igualmente de ese carácter constituyente), con desprecio deliberado de la resolución que le suspende la potestad para desenvolver el “proceso participativo”, dictada por el órgano a quien el constituyente encomendó tal tarea y control.

Resoluciones y disposiciones pues, injustas, contrarias a derecho, realizadas y dictadas, a sabiendas, con plena consciencia de su ilicitud, pues se reconoce por el aforado, que aunque afirmaba al Centro de Telecomunicaciones y Tecnología de la Información (CTTI) la existencia de estas consultas, no realizó consulta a órgano consultivo alguno, al tiempo que indicaba expresamente a este Centro, que la actividad relacionada con la adecuación informática precisa para la consulta no estaba afectada por la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional; que meramente instó a los letrados de la Generalitat que solicitaran aclaración al Tribunal Constitucional y en dicho recurso, resulta de forma inequívoca que los Letrados manifiestan de forma pormenorizada su convencimiento de la inviabilidad de la celebración de la consulta si la suspensión no se levantaba con anterioridad al día nueve por lo que instaban a su resolución con anterioridad a esa fecha, al menos, indicaban, para evitar la indefensión que suponía que los ciudadanos descocieran e motivo del que se les privaba participar en la consulta.

E igualmente, en el documento titulado *La consulta sobre el futur politic de Catalunya*, elaborado con bastante anterioridad por el *Consell Assesor per a la Transició Nacional*, adscrito al Departament de la Presidencia, ya se indicaba, la clara posibilidad de incurrir en responsabilidades penales si se celebraba una consulta cautelarmente suspendida por resolución judicial en el seno de en un proceso constitucional.

El carecer de resoluciones escritas como sería habitual en la convocatoria, impulso y desarrollo de todo el “proceso participativo”, afirmar consultas con servicios jurídicos de la Generalitat que no existieron, o que aparezcan indicaciones para cambiar fechas de contratación posteriores al día 4 de noviembre, también abogan por la consciencia de la ilicitud de la actividad que se desarrollaba.

Así como la asunción sin ambages, como obligatorias por parte de la Generalitat, de suspensiones respecto de convocatorias similares como la inmediatamente precedente, consecuencia de la impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) n.º 5830-2014, contra el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos (BOE núm. 237 de 30 de septiembre de 2014).

De otra, una jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional, impide sustentar, con un mínimo de juridicidad, el mandato de un difuso “clamor” del pueblo catalán, para eludir la resolución suspensiva del Tribunal Constitucional.

- Así la establecida en la STC 103/2008 sobre una consulta que, en función de su resultado, pretendía sentar «las bases de una nueva relación» entre una Comunidad Autónoma y el Estado en su conjunto, donde se indicaba:

La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del art. 168 CE. La que aquí nos ocupa no puede ser planteada como cuestión sobre la que simplemente se interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos. El respeto a la

Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquéllos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político. (FJ 4, in fine).

- O más contundente, la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 11, *los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como “la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento, tanto más, cuando el contenido de las preguntas que se formulaban en la consulta, presuponían un reconocimiento indirecto a la Comunidad de Cataluña de atribuciones que resultan contrarias a los artículos 1.2, 2 y 168 de la Constitución Española (cifr. STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3).*

Todo ello, con independencia de la bondad de los ideales o finalidad pretendida, que en ningún caso alteraría la tipicidad de la conducta; como expresa la STS núm. 259/2015, de 30 de abril: *La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta. Es cierto que el objetivo del recurrente era laudable, al pretender homenajear a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior. Pero precisamente por ello, esta finalidad no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales, para hacer efectiva la voluntad del Vice Consejero por vía de hecho, pues no hay nada más incongruente que pretender homenajear a las víctimas que defendían la legalidad republicana vulnerando deliberadamente,*

por razones de pretendida urgencia, la legalidad ínsita al actual régimen constitucional.

Aunque la resolución suspendida no se refiriera a consulta popular alguna, sino que se tratara de otras cualesquiera actividades, referidas a cualquier otra materia (y al margen del resultado final del proceso, es decir, aunque en la resolución final se hubiera concluido afirmando la efectiva competencia autonómica en este caso), el ilícito persistiría. De ahí que no sea la convocatoria en sí, ni el contenido de la misma, en cuanto no se acude a su realización de modo confuso y tumultario, la actividad aquí imputada. Sino exclusivamente continuar con el proceso de consulta, con el pleno conocimiento de haber sido suspendido por el Tribunal Constitucional.

2) También, los hechos que se han considerado indiciariamente probados pueden ser constitutivos de un **delito de desobediencia**, del artículo 410 del Código Penal, que castiga a 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.

Toda la exposición sobre el delito de prevaricación, es reveladora del desacato al Tribunal Constitucional que integraba la conducta del aforado, haciendo caso omiso de su resolución.

Dicho delito, concorde a la jurisprudencia de la Sala Segunda (núm. 8/2010, de 20 de enero) requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

a) *Existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias.*

En el relato histórico, este requisito resulta cumplimentado por la Providencia del 4 de noviembre de 2014, del Tribunal Constitucional, dictada en el seno del procedimiento de impugnación de disposiciones autonómicas seguido con el núm. 6540-2014, formulada por el Gobierno de la Nación de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, respecto de actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a una concreta convocatoria, que suspende las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html>, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta (subrayado ahora añadido).

En definitiva de forma contundente y clara, la resolución del Tribunal Constitucional suspende en el uso de sus atribuciones y obligaciones específicamente establecidas en la Constitución Española, cualquier actuación relativa a la convocatoria; demás actos y actuaciones de preparación, tanto los realizados como los procedentes; y reitera, cualquier actuación vinculada a la consulta, aunque no se hubiere formalizada jurídicamente. Suspensión omnicomprendiva, por tanto, de cualquier actividad relacionada con ese "proceso de participación".

b) *Que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido.*

Además de la notificación formal y publicación en el Boletín Oficial del Estado, consta acreditado que a primera hora de la tarde de su dictado, es notificada al Presidente de la Generalitat por correo electrónico a través de la Subdirección General de Cuestiones Constitucionales del Gabinete Jurídico de la Generalitat, del Departamento de Presidencia; y conocida por el aforado, máximo responsable de los Servicios Jurídicos y miembro del Govern de la Generalitat.

El destinatario del mandato, acordado por quien constitucionalmente tiene la facultad de dirimir las cuestiones de inconstitucionalidad de las deposiciones y resoluciones de la Generalitat, era quien ostentaba la más alta representación de la misma y es director de su Govern, el Presidente de la misma. Que además de ser la parte demandada en el referido procedimiento, fue quien, como enunció ante los medios, en el acto de convocatoria, el 14 de octubre de 2014, aseguró que el Govern *“preparà tota la logística necessària perquè els ciutadans puguin votar el 9 de novembre”*. Tarea en la que el aforado despliega toda la actividad que su posición administrativa facultaba y permitía, como resulta de toda la actividad de contratación o encomienda dentro de acuerdos marcos que desarrolló e incluso exigía por escrito observancia, como resulta entre otros supuestos en la misiva dirigida al President del Consell de l’Audivisual de Catalunya (CAC) de 5 de diciembre de 2014.

Tal concreción del destinatario obligaba a la observancia de suspensión acordada por Tribunal Constitucional, necesariamente a quienes al menos de forma tácita afirmaban su competencia en el desarrollo de sus potestades administrativas para el logro de la consulta; y su pleno conocimiento de la misma, prácticamente desde el mismo momento de su dictado, obviaba la necesidad de cualquier requerimiento para cumplimentar el tipo de desobediencia, requisito no exigido por el tipo, relacionado con la viabilidad probatoria del pleno conocimiento de la obligatoriedad del mandato por parte del acusado. Conocimiento de su vinculación y obligada observancia por parte del aforado, ya reseñada.

c) Resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde.

Precisamente lo acaecido en autos, donde el aforado, miembro del Govern, no sólo omitió suspender cualquier actividad desplegada para la consecución de la consulta convocada, ni siquiera aquellas contrataciones o encomiendas concertadas en el ámbito de su Departament; sino que impulsó el proceso en base exclusiva a su voluntad, que tenía de informe proveniente de servicios jurídicos, que no existía; consciente plenamente de su ilicitud; y así indicó al CTTI, organismo administrativo, que la preparación del soporte informático de la consulta, no resultaba afectado por la suspensión, por lo que la empresa contratada tenía la obligación de continuar con su tarea; realizó contrataciones ulteriores a la resolución de suspensión tendentes a instalar el centro de prensa internacional, donde la Vicepresidencia facilitaría los resultados de la jornada 9N, señal inequívoca de su voluntad de no acatamiento de la suspensión, pues si la consulta no se celebraba, nada habría que comunicar; e incluso comunicó al *Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, la no difusión de la publicidad institucional por parte de determinados medios, en cuanto integraban el incumplimiento del artículo 82.1 de la Ley de comunicación audiovisual de Cataluña.

El mandato de suspensión es notificado, es publicado en el BOE, se admite que vincula y que la consulta no puede celebrarse si no se alza al formular recurso de aclaración; y pese a ello, de manera abierta, obstinada y pertinaz, nada se suspende, sino que el “proceso” se sigue impulsando, entre otros por el referido aforado y la consulta se celebra.

Nada empuja a dicha conclusión que por parte del aforado, no se expresase su voluntad de ignorar el mandato del Tribunal Constitucional; como expresa la STS 54/2008, de 8 de abril, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de fijar el alcance de la expresión abiertamente. Tal idea ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, 24 de febrero), si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (STS 1203/1997, 11 de octubre).

Una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal a quo denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos... La concurrencia del delito de desobediencia, tal y como lo describe el art. 410.1 del CP, depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones que aquél haga acerca de su supuesta voluntad de incurrir o no en responsabilidad.

De otra parte, notificada a quien era parte del proceso (lo que determina la innecesariedad de requerimiento a estos efectos típicos) que era quien había convocado e impulsaba el proceso de consulta, la suspensión del mismo por parte del Tribunal Constitucional, el acatamiento devenía necesario. Como expresa la STS núm. 54/2008, “o la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. Nuestro sistema constitucional ha querido, como garantía de su propio equilibrio y existencia, que la función jurisdiccional alcance la plenitud de lo resuelto. No es difícil imaginar los efectos asociados a una doctrina, con arreglo a la cual, la ejecución de lo acordado en cualquier proceso jurisdiccional, quedara condicionada a que el requerimiento formulado resultara ulteriormente avalado por quienes asumen la defensa jurídica del requerido”.

Además, ninguna reiteración resulta exigible en autos; cronológicamente, porque el mandato emitido el día 4 de noviembre, exigía su observancia inmediata y en todo caso antes del día 9 de noviembre, pues de otra forma la desobediencia devenía irreversible; y desde otra perspectiva, por razón del origen de donde emanaba, el órgano constitucional a quien se encomienda una capacidad normativa negativa, la declaración de inconstitucionalidad de aquella actividad impugnada y asociada a ella, una suspensión cautelar. No es dable que la norma, aún con ese limitado matiz y esa naturaleza cautelar, pero con un preciso destinatario, quien desarrollaba esa actividad impugnada, deba ser reiterada para su efectivo y cabal acatamiento.

En cualquier caso, la reiteración, solo debería relacionarse con una actividad probatoria acreditativa de la oposición al mandato, más allá de una conducta meramente omisiva; pero innecesaria para conformar el tipo sancionado, si resulta como en autos, al menos en este examen indiciario, una manifiesta y contumaz oposición a acatar el mandato judicial.

3) Ciertamente, las manifestaciones evidentes de esa desobediencia, serán prácticamente los mismos actos y resoluciones que integran las resoluciones injustas; tipicidades ambas comprendidas en el mismo Título.

Pero desde esta perspectiva indicaría, propia del este momento procesal, resultaría absolutamente impropio, dirimir si ello integra algún tipo de concurso y de qué naturaleza.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: 1. Continuar la tramitación de la causa contra el Excmo. Sr Frances Homs i Molist, de conformidad con lo previsto en los artículos 780 y siguientes de la LECr, por los presuntos delitos de desobediencia y prevaricación administrativa.

2.- Dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, solicite la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 LECr.

Notifíquese personalmente al investigado la presente resolución, así como al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la

misma cabe interponer recurso de apelación, que podrán interponer subsidiariamente con el de reforma o por separado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución (si se interpone la apelación subsidiariamente al de reforma, este último debe interponerse en el plazo de tres días).

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, de lo que como Secretario, certifico.