

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065369

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 187/2021, de 3 de marzo de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1689/2019

SUMARIO:**Delito de desobediencia. Elementos y requisitos del tipo. Referéndum ilegal.**

Orden de la fiscalía a los agentes de autoridad para impedir e intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal en Cataluña, impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum. El acusado conocía la orden emitida por la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones y actuó con el propósito de obstruir su cumplimiento, invocando para ello su condición de tercer teniente de Alcalde de Badalona y confiado en la influencia que aquélla podría tener en la reacción de los agentes de la guardia urbana, instó a los agentes de su demarcación municipal a la devolución de los carteles y al negarse los agentes y aducir que cumplían la instrucción de fiscalía, abrió la puerta del vehículo cogió los carteles y los entregó a quienes les habían sido incautados.

El delito de desobediencia, supone una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente. Son, por tanto, sus requisitos: a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales. 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, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento, c) la resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca si bien aclarando que ello ha de interpretarse 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; una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como la expresa y directa.

Pero el relato de hechos probados no concreta que el acusado recibiera, fuera destinatario de, orden alguna (lo fue los agentes de autoridad como Mossos de Escuadra), por lo que con respecto al mencionado tipo penal de desobediencia, único marco de referencia atendible aquí, la conducta es atípica.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (Código Penal), arts. 24, 28 y 556.
Constitución española, arts. 9.3, 14, 24 y 123.

PONENTE:

Don Leopoldo Puente Segura.

Magistrados:

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA
Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 187/2021

Recurso N° : 1689/2019

Fecha de sentencia: 03/03/2021 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 1689/2019

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria Fecha de Vista: 23/02/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

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

Transcrito por: ASO Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1689/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 187/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

Recurso N° : 1689/2019

En Madrid, a 3 de marzo de 2021. Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la Sentencia dictada el 25 de marzo de 2019 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de Apelación 59/2019 y en el que se estima el recurso de apelación interpuesto por don Daniel, contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2019 por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Barcelona, PA 393/2018, dimanante de las DP 14/2018 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Badalona, seguido por delito de desobediencia.

Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el MINISTERIO FISCAL y como parte recurrida don Daniel representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Alfonso Rodríguez, bajo la dirección técnica de doña Montserrat Salvador Cortés. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Badalona incoó diligencias previas núm. 14/2018 por delito de desobediencia contra Daniel. Una vez concluidas las actuaciones, las remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de

lo Penal nº 7 de Barcelona que incoó PA 393/2018 y con fecha 14 de enero de 2019 dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Probado y así se declara que el día 13 de septiembre de 2017 la Ilma. Fiscal Jefe Provincial de Barcelona dictó la Instrucción 1/2017 dirigida a los Mossos d' Esquadra complementaria a la Instrucción 2/2017 dictada por el Excmo. Fiscal Superior de Cataluña de fecha de 12 de septiembre de 2017, en donde los Jefes de la Unidad de Policía Judicial (Mossos D'esquadra) se dirigieran por escrito a todos los Jefes de las Policías locales de cada demarcación o territorio y que, por orden del Fiscal, recabaran el cumplimiento de las funciones que les corresponde a tenor de lo dispuesto en los arts 11.e) y 12.1 a) y b) de la ley 16/1991, de 10 de julio, de Policías locales de Cataluña, en cuya directriz cuarta disponía literalmente "Los funcionarios de la Policía local, a fin de evitar la consumación o agotamiento de los delitos, procederán directamente -a adoptar las medidas, para intervenir los efectos o instrumentos. destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, urnas, sobres electorales, manuales de instrucción para los miembros de las mesas electorales impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum ilegal conforme a las previsiones del art 770.3 de la LECrim.

Sobre las 23,25 horas del día 25 de septiembre de 2017, la dotación de la Guardia Urbana de Badalona con indicativo SIERRA-0 formada por los cabos con TIP nº NUM000, NUM001 y NUM002, debidamente uniformados, realizaban patrullaje en vehículo logotipado y observaron frente al número 7 de la calle Francest Layret de la referida localidad de Badalona a un grupo formado por cinco personas que estaban colgando en las farolas del alumbrado público carteles con publicidad electoral relativos al referéndum de autodeterminación de Cataluña (convocado por la Generalitat de Catalunya para el día 1 de Octubre del año 2017 y suspendido por el Tribunal Constitucional por Providencia de 7 de septiembre de 2017) con las leyendas de "HOLA REPÚBLICA". HOLA EUROPA y "HOLA NOU PAÍS" y el anagrama "SÍ" dentro de un "bocadillo"; que los agentes detuvieron el vehículo y se dirigieron a las cinco personas, a fin de identificarlas y a incautar el material que finalmente consistió en un total de 45 carteles y 6 paquetes de bridas de plástico que guardaban en el interior de un vehículo.

Que a medida que iba transcurriendo la actuación se iban personando más transeúntes, curiosos y otras personas con los mismos intereses que los cinco individuos recriminando la actuación policial, instando a la devolución del material incautado, que se encontraba en los asientos posteriores del vehículo y subiendo el tono de las descalificaciones hacia los tres agentes con expresiones del siguiente tenor: "sou uns feixistes i uns lladres, no teniu vergonya, sou escoria, el dia 2 us farem fóra al carrer a tots tres i no treballareu més a Badalona"; que el agente nº NUM001 se hallaba en la parte posterior del vehículo con el maletero abierto se encontraba identificando a los cinco individuos, y mientras procedía a retornar la documentación de ellos una de ellos se extravió, momento en que se presentó Daniel, mayor de edad y sin antecedentes penales, que ostentaba el cargo público de Tercer Teniente de Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Badalona, el cual tras preguntar a los ciudadanos y con el pretexto de ser miembro de la Corporación local instó a los agentes de su demarcación municipal a la devolución de los carteles; y al indicarle que se encontraban en cumplimiento de las instrucciones recibidas se negaron a ello; a lo que Daniel, con un, claro propósito de menoscabar el principio de Autoridad que tenían los agentes como Policía judicial en dependencia funcional de Fiscalía y el buen funcionamiento de los servicios públicos, so pretexto de ser meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona, alegando asumir ser el único responsable, abrió el vehículo y procedió a la entrega y reparto del material, mientras era jaleado por los que allí se encontraban en el lugar, con lemas de "Hem guanyat, Visca la República"; que Daniel fue instado a que se identificara por el agente Cabo nº NUM002 -como mínimo de cuatro ocasiones, haciendo caso omiso al indicarle que ya lo conocía, hasta que fue requerido formalmente y finalmente accedió a ello».

Segundo.

El Juzgado de lo Penal nº 7 de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debo condenar y condeno a Daniel como autor responsable de un delito de desobediencia previsto y penado en el art 556.1 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 12 meses multa a razón de 12 euros diarios con la consiguiente responsabilidad personal en caso de impago del art 53 del C.P.; así como al pago de las costas procesales.

Contra esta mi sentencia que no es firme, cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de diez días».

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación de Daniel interpone recurso de apelación en base a los motivos expuestos en su escrito ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, formándose el rollo de apelación 59/2019.

En fecha 25 de marzo de 2019, el citado Tribunal dictó sentencia, por cuya virtud se procede a modificar el relato de hechos probados que se contenía en la resolución recurrida, que se sustituye por el siguiente:

«1º - El día 13 de septiembre de 2017 la Ilma. Fiscal Jefe Provincial de Barcelona dictó la Instrucción 1/2017 dirigida a los Mossos d'Esquadra complementaria a la Instrucción 2/2017 dictada por el Excmo. Fiscal Superior de Cataluña de fecha de 12 de septiembre de 2017, en donde los Jefes de la Unidad de Policía Judicial (Mossos d'Esquadra) se dirigieran por escrito a todos los Jefes de las Policías locales de cada demarcación o territorio y que, por orden del Fiscal, recabaran el cumplimiento de las funciones que les corresponde a tenor de lo dispuesto en los arts. 11.e) y 12.1.a) y b) de la ley 16/1991, de 10 de julio, de Policías Locales de Cataluña, en cuya directriz cuarta disponía literalmente "Los funcionarios de la Policía Local, a fin de evitar la consumación o agotamiento de los delitos, procederán directamente a adoptar las medidas, para intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, urnas, sobres electorales, manuales de instrucción para los miembros de las mesas electorales, impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum ilegal conforme a las previsiones del art 770.3 de la L.e.c.r.

Sobre las 23,25 horas del día 25 de septiembre de 2017, la dotación de la Guardia Urbana de Badalona con indicativo SIERRA-0 formada por los cabos con TIP nº NUM000, NUM001 y NUM002, debidamente uniformados, realizaban patrullaje en vehículo logotipado y observaron frente al número 7 de la calle Francesc Layret de la referida localidad de Badalona a un grupo formado por cinco personas que estaban colgando en las farolas del alumbrado público con las leyendas de "HOLA REPÚBLICA". HOLA EUROPA y "HOLA NOU PAÍS" y el anagrama "Sí" dentro de un "bocadillo".

Los agentes detuvieron el vehículo y se dirigieron a las cinco personas, a fin de identificarlas y procedieron a incautar el material que finalmente consistió en un total de 45 carteles y 6 paquetes de bridas de plástico que guardaban en el interior de un vehículo.

A medida que iba transcurriendo la actuación se iban personando más transeúntes, recriminando la actuación policial, instando a la devolución del material incautado, que se encontraba en los asientos posteriores del vehículo y subiendo el tono de las descalificaciones hacia los tres agentes con expresiones del siguiente tenor: "sou uns feixistes i uns lladres, no teniu vergonya, sou escoria, el dia 2 us farem fóra al carrer a tots tres i no treballareu més a Badalona".

El agente nº NUM001 se hallaba en la parte posterior del vehículo, con el maletero abierto, identificando a las cinco personas, y mientras procedía a retornar la documentación, la correspondiente a una mujer, se extravió, momentáneamente en el interior del vehículo.

Mientras ello ocurría, se presentó Daniel, mayor de edad y sin antecedentes penales, que ostentaba el cargo público de Tercer Teniente de Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Badalona, el cual tras preguntar por los hechos a las personas que allí estaban y de hablar en un aparte con los integrantes de la patrulla, en su condición de miembro de la Corporación local instó a los agentes de su demarcación municipal a la devolución de los carteles.

Al indicarles estos que se encontraban en cumplimiento de las instrucciones recibidas se negaron a ello; a lo que Daniel, so pretexto de ser meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona, alegando asumir ser el único responsable, abrió la puerta del vehículo cogió los carteles y los entregó a quienes les habían sido incautados.

La Alcaldesa de Badalona, el 18/9/17 había enviado un escrito a la Fiscalía Provincial de Barcelona interesando que se dejara sin efecto la instrucción en relación a la intervención de la Policía Local, en aplicación del acuerdo de la Comisión Nacional de Policía Judicial.

Daniel fue instado a identificarse por el agente Cabo nº NUM002 como mínimo en cuatro ocasiones, haciendo caso omiso al indicarle que ya lo conocía, hasta que fue requerido formalmente y finalmente accedió a ello».

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial contiene el siguiente fallo:

«ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Daniel, contra la sentencia dictada el día 14/1/19 por el Juzgado de lo Penal nº 7 BARCELONA, en el Procedimiento Abreviado nº 393/18, seguido por delito de desobediencia, REVOCAMOS dicha resolución debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Daniel.

Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley, para ante el TRIBUNAL SUPREMO en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación, conforme al art. 847.1.b) y 849.1º de la LECr, solamente cuando se haya infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada. Devuélvanse los Autos originales al Juzgado de su procedencia, una vez transcurrido el plazo mencionado.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos quienes integramos el tribunal arriba reseñado».

Cuarto.

Contra la anterior sentencia, el MINISTERIO FISCAL anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso de casación formalizado por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim.. El Fiscal considera infringido el art. 556.1º del CP.

Sexto.

Doña María Isabel Alfonso Rodríguez, Procuradora de los Tribunales y de don Daniel, se opone al recurso planteado de contrario en escrito de 3 de junio de 2019 alegando que la sentencia recurrida es ajustada a derecho.

Séptimo.

Instruido el Ministerio Fiscal del escrito de oposición interpuesto se remite a lo manifestado en su escrito de interposición.

Octavo.

Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de enero de 2021 se señala el presente recurso para celebración de vista pública el próximo día 23 de febrero de 2021 en cuya fecha tuvo lugar. El Ministerio Fiscal compareció como recurrente e informó sobre los motivos de su recurso de casación y solicitó la revocación de la sentencia recurrida. La letrada doña Montserrat-Salvador Cortés en nombre de la parte recurrida informó en defensa de su posición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La defensa del acusado en este procedimiento opone, ya inicialmente, un conjunto de objeciones al recurso sostenido por el Ministerio Público que, a su parecer, debieron llevar incluso a inadmitir el mismo. Por eso, deberán ser abordadas desde primera hora en esta resolución.

1.- En este sentido, y en primer lugar, se observa que el recurso adolece de "defectuosa técnica casacional", en la medida en que, aunque el Ministerio Fiscal lo formaliza al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de ley), "lo único que pretende es la revisión de cuestiones relativas a la valoración de la prueba". Así, al decir de la defensa del acusado, todo el recurso se basa en los hechos que se declaran probados en la sentencia (condenatoria) dictada por el Juzgado de lo Penal, ignorando la rectificación que de los mismos se hizo en la (absolutoria) dictada en apelación por la Audiencia Provincial. Según este discurso, el Ministerio Fiscal solicitaría "que se valore el material probatorio de una forma radicalmente distinta a la que lo hace la Audiencia Provincial". Ello no es posible en esta modalidad del recurso de casación, destacando la parte recurrida el contenido de nuestro Acuerdo de fecha 9 de junio de 2016.

En segundo lugar, la defensa del acusado pone el acento en los límites constitucionalmente impuestos a la eventual modificación de sentencias absolutorias con ocasión de un recurso. Razona, en síntesis, que cualquier alteración relativa a aspectos fácticos perjudiciales para el acusado resultaría radicalmente vedada, así como también que entre aquellos han de incluirse no solo los puramente objetivos sino también los relacionados con la intención o propósito del acusado, -- hechos al cabo--, siendo así que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, aquí recurrida, vendría a negar de manera inequívoca que Daniel actuara animado por la intención de desatender una determinada orden.

En tercer término, se argumenta que en el ámbito del recurso de casación interpuesto frente a sentencias dictadas en segunda instancia por la Audiencia Provincial, es preciso que concurra para la admisión del mismo "interés casacional", concepto éste desarrollado también en nuestro Acuerdo de 9 de junio de 2016 entendiendo la defensa del acusado que no nos hallamos aquí ante ninguno de los supuestos contenidos en dicho concepto. Considera, en particular, que la sentencia recurrida no se opone, abierta y llanamente, a la doctrina de este Tribunal acerca de los elementos que integran el delito de desobediencia.

2.- El Ministerio Público, en su recurso, empieza por asegurar que, consciente de los límites de esta modalidad de casación, " el relato de hechos probados, en los términos en que lo mantiene la sentencia de apelación, sigue conteniendo los elementos integrantes del delito de desobediencia" , previsto y penado en el artículo 556.1 del Código Penal. Así las cosas, la parte ahora recurrente explícitamente asume, como no podía ser aquí de otro modo, el relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida, que modificó parcialmente en este extremo, el contenido de la sentencia dictada en primera instancia. Lo que argumenta el Ministerio Público es que esa modificación se contrae a suprimir determinados pasajes, que expresamente destaca en su recurso, relativos, por un lado, a la naturaleza de los objetos inicialmente intervenidos por la guardia urbana; y, por otro, al propósito que se atribuye al acusado en el desarrollo de su conducta o a la actitud adoptada por el conjunto de personas que se encontraban en el lugar. Además, en el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, como también explica el recurrente, se añade un párrafo expresivo de que "la alcaldesa de Badalona, el 18/09/2017 había enviado un escrito a la Fiscalía Provincial de Barcelona interesando que se dejara sin efecto la instrucción en relación a la intervención de la policía local en aplicación del Acuerdo de la Comisión Nacional de Policía Judicial". A pesar de todas estas modificaciones en el ámbito fáctico, considera el Ministerio Público que persisten los elementos indispensables para sustentar la condena por un delito de desobediencia en los términos en los que fue pronunciada por la sentencia que recayó en la primera instancia.

Además, sostiene el recurrente que la resolución impugnada desatiende o no se aviene a las exigencias proclamadas por este Tribunal para que dicha figura típica pueda ser aplicada, procediendo a describir la doctrina jurisprudencial al respecto y destacando aquellos aspectos que no serían observados en la resolución recurrida, al efecto de justificar el interés casacional del recurso.

Y, finalmente, el recurrente explica los motivos por los que, a su juicio, las conocidas limitaciones a la eventual revocación de sentencias absolutorias en el ámbito de un recurso no impedirían aquí que sus pretensiones alcanzaran buen éxito.

Segundo.

Ciertamente, tal y como consta en los antecedentes de esta resolución, la Audiencia Provincial, discrepando de la valoración probatoria efectuada por el órgano competente para el enjuiciamiento, procedió a modificar parcialmente el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia dictada por éste. Dicha modificación se concreta en los siguientes aspectos:

1.- Se omite describir que las cinco personas que fueron interpeladas inicialmente por la guardia urbana estaban colgando en las farolas del alumbrado público "carteles con publicidad electoral relativos al referéndum de autodeterminación de Cataluña", aunque sí se consigna expresamente cuál era su leyenda: "Hola República", "Hola Europa" y "Hola Nou País" y el anagrama "sí" dentro de un "bocadillo". Es evidente que estas leyendas, pese a la supresión literal de esa expresión, rezaban sobre carteles, siendo así que lo que la Audiencia Provincial ha omitido considerar probado es que se trataba de " publicidad electoral relativa al referéndum", cuestión que, más que fáctica, resulta estrictamente valorativa a partir de la descripción de dichos carteles.

2.- Suprime la expresión relativa a que el acusado actuó "con un claro propósito de menoscabar el principio de autoridad, que tenían los agentes como policía judicial en dependencia funcional de Fiscalía y el buen funcionamiento de los servicios públicos", aunque mantiene el siguiente pasaje: " Al indicarle éstos (los agentes) que se encontraban en cumplimiento de las instrucciones recibidas se negaron a ello (a la devolución de los carteles a quienes los portaban); a lo que Daniel, so pretexto de ser meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona, alegando asumir ser el único responsable, abrió la puerta del vehículo, cogió los carteles y los entregó a quienes les habían sido incautados".

3.- Se suprime también el pasaje referido a la actitud de las personas que se habían congregado en el lugar, tras devolver el acusado los carteles al grupo de cinco personas que inicialmente los portaban.

4.- Y se añade el siguiente párrafo: "La Alcaldesa de Badalona, el 18/09/2017 había enviado un escrito a la Fiscalía Provincial de Barcelona interesando que se dejara sin efecto la instrucción, en relación a la intervención de la policía local, en aplicación del Acuerdo de la Comisión Nacional de Policía Judicial".

Así las cosas, hemos señalado ya que el recurrente asegura plegarse al nuevo relato de hechos probados contenido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, considerando que el mismo, tal cual aparece redactado, se alcanza para justificar el dictado de una sentencia condenatoria por el delito de desobediencia, tal y como se pronunció en la primera instancia y el Ministerio Fiscal había interesado. Tiene razón la defensa del acusado en que ese compromiso inicial es desatendido puntualmente en algún pasaje del recurso, dando por acreditadas circunstancias que el Ministerio Público deduce o infiere de los hechos enjuiciados (tales como, por ejemplo, que el acusado " lo que buscaba era que el referéndum no se celebrara, como que hubiera propaganda y que cundiera la idea de que ninguna orden en contra lo podía detener").

Es claro, por tanto, que lo que se somete al análisis de este Tribunal por el ahora recurrente es si, prescindiendo de dichas adjetivas adiciones que extravasan los límites del relato de hechos probados y a partir exclusivamente de los mismos, resultaba lo procedente condenar o no al acusado como autor del delito de desobediencia que se le imputaba; y si, al no hacerlo, la Audiencia Provincial habría ignorado la doctrina de este Tribunal respecto a los elementos que integran dicha figura penal. En estos términos, procedía admitir a trámite el recurso interpuesto.

Tercero.

Entre muchas otras, nuestra sentencia número 55/2018, de 31 de enero, discurre acerca de las singularidades de esta vía impugnativa, abierta por la Ley 41/2015 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. En ella, y también por ejemplo en la STS número 210/2017, de 28 de marzo, se explica que esta nueva modalidad de casación, en la que brilla de modo singular su tradicional función nomofiláctica, persigue homogeneizar la interpretación en todos los órganos de la jurisdicción penal de las normas penales que antes, ordinariamente, no aparecían en la agenda de este Tribunal por razón de la penalidad provocando una indeseable dispersión interpretativa. Con pretensiones más propedéuticas que afán academicista, las citadas sentencias afirman que estamos ante una modalidad impugnativa anclada no tanto en el art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) cuanto en los arts. 9.3 CE (seguridad jurídica) y 14 CE (igualdad).

Ciertamente, el pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 9 de junio de 2016 realizó un primer acercamiento a este recurso para establecer algunos de sus principios básicos. Solo un tipo de motivo es admisible: infracción de ley del número primero del art 849 LECrim, es decir, el estricto error iuris (debate sobre la corrección de la subsunción jurídico-penal) lo que impone la aceptación incondicionada del relato fáctico de la sentencia impugnada.

Añadía aquel acuerdo, acogiendo a la Exposición de Motivos de la ley reformadora, que los recursos habrían de tener interés casacional para ser admitidos a trámite. Este requisito debe alejarse en su significación de la trascendencia constitucional que se maneja en materia de amparo. «Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés» (art 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar naturaleza. En el caso enjuiciado, la cuestión planteada tiene sin duda interés casacional, en tanto que lo resuelto pudiera contradecir la jurisprudencia de esta Sala sobre el delito previsto y penado en el artículo 556.1 del Código Penal.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, -- recordábamos también entonces--, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

Cuarto.

Sobradamente conocen las partes los límites, de raíz constitucional, impuestos a la eventual revocación de sentencias absolutorias en el marco de un recurso.

Como recuerdan, por ejemplo, nuestras sentencias números 397/2015, de 14 de mayo y 865/2015, de 14 de enero, cuando el Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados tanto objetivos como subjetivos sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere una audiencia pública en la que sea oído el acusado.

Las SSTC 154/2011; 49/2009; 30/2010 ó 46/2011, entre otras, insisten en que el Tribunal que va a conocer vía recurso de la sentencia absolutoria dictada por otro, debe oír personal y directamente al absuelto en la instancia en un debate público en el que se respete la contradicción, estableciendo como única excepción que se trate de una exclusiva cuestión jurídica que respetando escrupulosamente los hechos probados no precise de una revaloración de las pruebas ni de las personales strictu sensu ni de otras en las que la audiencia del concernido aparezca como necesaria. Es decir que no sea preciso revalorar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque la cuestión debatida sea meramente de subsunción jurídica de unos hechos aceptados. En tal sentido, SSTS 1423/2011, 142/2011, 309/2012 de 12 de abril; 757/2012, de 11 de octubre; 1020/2012, de 30 de diciembre; 157/2013, de 22 de febrero; 325/2013, de 2 de abril; y STS 691/2014 de 23 de octubre, entre otras muchas.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde la STC 167/2002, también lo ha hecho la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien hubiera resultado absuelto en la instancia. Esta jurisprudencia exige desde el derecho a un proceso con todas las garantías que cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos tanto objetivos como subjetivos y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, se practiquen éstas ante el Tribunal que resuelve el recurso; en consecuencia desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por dicho Tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquél.

En este sentido, el TEDH, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia de 28 de Mayo 1988, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el Tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, ap. 55 ; 6 de julio de 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec contra Rumania, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi contra Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll contra España, ap. 27; y la sentencia ya citada, caso Ekbatani contra Suecia. En idéntico sentido, entre las más recientes las SSTEDH caso Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010 y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010; STEDH de 25 de octubre de 2011 caso Almenara Álvarez contra España; STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; STEDH, 13 de diciembre de 2011 caso Valbuena Redondo contra España; STEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Conteras contra España o STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España. En algunas ocasiones, el TEDH ha extendido la necesidad del examen incluso a los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver los hechos cuestionados.

Partiendo, como no podía ser de otro modo, de las anteriores consideraciones, no debe desconocerse, sin embargo, que el supuesto que ahora se resuelve presenta al respecto algunas particularidades relevantes. Coincidiendo las partes en los aspectos objetivos de lo sucedido, que en sustancia se reflejan en el relato de hechos probados de la sentencia que ahora se impugna, es cierto que en éste se suprime la referencia, sí contenida en la resolución que recayó en la primera instancia, relativa a que el acusado actuó con "un claro propósito de menoscabar el principio de autoridad que tenían los agentes como policía judicial en dependencia funcional de Fiscalía y el buen funcionamiento de los servicios públicos". Sin embargo, con razón observa el Ministerio Fiscal en su recurso que la supresión de este pasaje, en nada empece u obstruye la posible condena al acusado como autor de un delito de desobediencia, en la medida en que dicho ánimo, especialmente reforzado, pertinaz o rebelde, no resulta indispensable en la comisión del delito de desobediencia, siendo que del relato de los hechos probados que se contiene en la resolución impugnada, fluye con naturalidad tanto que el acusado conocía el contenido y significado de la orden como que actuó en el sentido contrario de lo mandado, sin que la Audiencia Provincial en su resolución, ahora recurrida, se refiera a ningún otro propósito distinto o alternativo al de esquivar el cumplimiento efectivo de lo ordenado.

Por otra parte, importa señalar que las rectificaciones en el relato de hechos probados y la distinta consideración jurídica que se contiene en la resolución ahora impugnada, descansa en una diferente valoración de la prueba practicada, en relación con la que se efectúa en la sentencia dictada en primera instancia. Es decir, la Audiencia Provincial, valorando el conjunto de las pruebas practicadas en el acto del juicio, que no percibió con inmediatez, rectifica las conclusiones alcanzadas por el órgano jurisdiccional de primer grado. Lo que el Ministerio Fiscal somete ahora a la consideración de la Sala no es, como ha quedado establecido, la existencia de una alternativa fáctica a la que se deja determinada en la sentencia impugnada, sino la incorrección de las valoraciones jurídicas contenidas en la misma, apartándose sin fundamento, a juicio del recurrente, del criterio sostenido en su resolución por la juzgadora de primer grado. Y es que no se trata aquí de que el órgano jurisdiccional competente para la resolución del recurso sobreponga su valoración probatoria a la del órgano que presenció con inmediatez las pruebas practicadas, sin haber tenido oportunidad nosotros de observar su desarrollo personalmente (lo que, conforme a la doctrina expresada, estaría efectivamente vedado) sino de cuestionar la suficiencia de los razonamientos valorativos que se contienen en la sentencia dictada por un órgano, la Audiencia Provincial, que sin presenciar tampoco con inmediatez el desarrollo de las pruebas (y en este sentido en la misma posición respecto a ellas que este Tribunal), viene a rectificar los criterios expresados en la sentencia que recayó en primera instancia, por la que se condenaba al acusado, tras haber oído personalmente a éste, quien tuvo así oportunidad de aducir al respecto cuantas alegaciones le parecieron conducentes. Dicho de otra manera: no se nos pide a nosotros que condenemos al acusado por vez primera, sin haber tenido oportunidad de oírle, sino que sometamos al correspondiente análisis crítico -y en último término que dejemos sin efecto- los razonamientos, valorativos y de contenido estrictamente jurídico, expresados en la resolución recurrida, por cuya virtud se rectificaba el pronunciamiento condenatorio primeramente recaído.

Sirva lo hasta aquí dicho para comprender que no solo el recurso resultó correctamente admitido, sino que nada se opondría atendible a la posibilidad de que, para el caso de que compartiéramos los criterios del recurrente, pudiéramos también estimar su pretensión, revisando y dejando sin efecto el "juicio de subsunción" de los hechos que se declaran probados efectuado en su sentencia por la Audiencia Provincial.

Quinto.

Partiendo de las consideraciones que hasta aquí se han expuesto, es llegado el momento de analizar las razones, --que el Ministerio Fiscal impugna--, que condujeron a la Audiencia Provincial a estimar, pretendidamente en contra de los criterios establecidos por este Tribunal con relación al delito de desobediencia que se estudia, que los hechos que declara probados y que atribuye al acusado no colman, sin embargo, las exigencias de dicho precepto.

Sirva anticipar ya que no es uno sino varios los motivos por los cuales la Audiencia Provincial consideró que los hechos protagonizados por el acusado no debían ser calificados como constitutivos de un delito de desobediencia. Aunque, también conviene decirlo ya desde ahora, no en todos los casos aquellas razones aparecen suficientemente explicadas o resultan equivalentes en el plano de su racionalidad.

En primer lugar, se argumenta, al final de su fundamento jurídico tercero --tras resumir la posición de las partes al respecto y explicar el objeto y alcance del recurso de apelación--, que desde la perspectiva de la garantía constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia no es tanto lo importante si el Tribunal dudó sino si debió dudar. No es dable, afirma la Audiencia Provincial con toda razón, mantener una condena en el escenario en que se presentan, con no menos objetividad, otras alternativas a la tesis de la acusación, igual o parecidamente probables. De este modo, en una primera aproximación, resultaría que la Audiencia Provincial considera que existen dudas razonables acerca de determinados aspectos fácticos que, como es lógico, solo pueden ser despejadas con aplicación del conocido principio in dubio pro reo. Veamos en qué consistirían esas dudas:

1.- Empieza por señalarse, --a nuestro juicio de forma claramente errónea--, que "el planteamiento de la sentencia (se refiere a la dictada en primera instancia) es que ha habido desobediencia de una autoridad, el Sr. Daniel, a unos agentes de la autoridad (policías locales) que cumplían órdenes de la Fiscalía".

Decimos que, a nuestro parecer, el planteamiento de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, cualquiera que fuese su alcance, resulta, siempre partiendo del relato de hechos probados, claramente erróneo en el sentido de que, aunque es evidente que Daniel, tal y como se proclama en el factum, era, al tiempo de los hechos, tercer teniente de alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Badalona; y siendo cierto también, por descontado, que a los efectos penales, y conforme a lo prevenido en el artículo 24 del Código Penal tienen, entre otros, la condición de autoridad, los que por sí solos o como miembro de alguna corporación tengan mando o ejerzan jurisdicción propia, solo un rancio entendimiento de esta condición permitiría situar aquí la existencia de un conflicto entre una autoridad y unos agentes de la misma. Efectivamente, los conceptos de autoridad, funcionario público o agente de la autoridad, no pueden entenderse, en un estado democrático y de derecho como es el nuestro, en un sentido puramente personalista o universal, de tal modo que constituyan una calidad inescindible, indistinguible, de la propia personalidad, de manera que quien es autoridad lo es siempre y en todo momento con independencia del contexto en el que se producen sus actuaciones. Al contrario, dichos conceptos no constituyen inaceptables privilegios frente al ciudadano común, sino que han de valorarse a partir de su significado funcional, instrumentalmente. Las autoridades (los funcionarios públicos, los agentes), se benefician de un régimen jurídico singular solo justificado en la función transcendente que desempeñan y no en beneficio propio o a modo de estatus personal. Son autoridades cuando se hallan en el ejercicio de su función o cuando los hechos se producen con ocasión o en consideración a la misma. Fuera de ese contexto, todos somos nada más, y nada menos, ciudadanos comunes. Fácilmente, se comprenderá que si, por ejemplo, un magistrado, conduciendo su vehículo por una vía pública, es requerido por agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones para someterse, con cobertura legal, a una prueba alcoholométrica, y aquél se niega, no nos encontraremos ante una posible desobediencia de una autoridad (el magistrado) a unos agentes de la autoridad (los guardias de tráfico), sino ante la llana desatención por un particular de una orden recibida por quien tiene legalmente atribuidas dichas funciones y emitida en el marco de su competencia.

En el caso, la sentencia recurrida se limita a señalar que el acusado, tercer teniente de alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Badalona, cuando los agentes de la Guardia Urbana ya habían intervenido los referidos carteles, "se presentó" en el lugar, preguntando por los hechos a las personas que allí estaban y hablando, en un aparte, con los integrantes de la patrulla, "instando a los agentes de su demarcación municipal a la devolución de los carteles". Estos se negaron, tras explicar al acusado que "se hallaban en cumplimiento de las instrucciones recibidas". Y fue entonces cuando el acusado "so pretexto, --expresión literal empleada en el factum de la resolución recurrida--, de ser meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona, alegando asumir ser el único responsable, abrió la puerta del vehículo, cogió los carteles y los entregó a quienes les habían sido incautados".

Nada se menciona en el relato de hechos probados acerca de que el acusado ostentara función alguna relacionada con la guardia urbana de la localidad en la que prestaba servicios como tercer teniente de alcalde. Ni tampoco acerca del motivo por el cual, --si casualmente o a requerimiento de algún tercero--, se personó en el lugar. En cualquier caso, tal vez compelido por el cargo que desempeñaba, tal vez por otras razones, lo cierto es que se acercó, preguntó a los presentes por lo sucedido y tuvo oportunidad, "en un aparte" de hablar con los agentes quienes le explicaron que estaban actuando en cumplimiento de una orden recibida. A partir de ese momento, la opinión que al acusado pudiera merecer dicha orden, si dictada por el órgano competente y revestida de las indispensables formalidades, --extremo del que más adelante nos ocuparemos--, resulta del todo irrelevante a los fines que aquí importan. Su actuación de ninguna manera podía ampararse en su condición de concejal o teniente de alcalde, actuando en todo como cualquier otro particular que pudiera haber tenido intervención en los hechos. Del mismo modo que, por ejemplo, su particular posición, cualquiera que fuese, respecto de una orden dictada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus competencias y con cumplimiento de las formalidades legales exigibles, cuya ejecución hubiera sido encomendada a los agentes de la guardia urbana, no debería ser obstruida lícitamente, con independencia de la condición, en este caso puramente coyuntural o accesorio, de concejal y tercer teniente de alcalde que el acusado ostentaba en ese momento.

2.- Se observa después en la sentencia impugnada que los agentes de la guardia urbana no emitieron orden expresa alguna dirigida al acusado, destacando que no se indica tal cosa en la sentencia recaída en la primera instancia. "No hubo, --se dice-- , tal requerimiento expreso a no tocar los materiales incautados, ni advertencia de que si lo hacía podía incurrir en un delito de desobediencia, o podía tener consecuencias". Se añade que: "Tampoco puede articularse la conclusión de la existencia del requerimiento sobre la hipótesis de que, como la policía anteriormente había incautado los carteles a los particulares, y él lo sabía, su actuación presuponia desobedecer esa decisión policial como ejecutores de una instrucción de la Fiscalía, en funciones de policía judicial y, en definitiva, a la Fiscalía. Dicho de otra manera, parece evidente (que) la negativa a realizar lo que se ordena, tiene que haberse evidenciado la orden".

Aunque con un fondo razonable, el discurso anterior se nos antoja confuso, no solo en su redacción, sino también en el tratamiento sistemático que se le dispensa. Si lo que quiso decirse es que el acusado no era destinatario de orden ninguna que pudiera haber desobedecido, todos los demás razonamientos resultarían sobreabundantes. Si algo no puede hacerse por siete razones y la primera razón es que no es posible, no resulta ya necesario conocer las otras seis. De todas formas, la cuestión (la ausencia de una orden que pudiera ser desobedecida) vendría a situar el problema, -- también nos ocuparemos de ello más adelante--, en el plano de la atipicidad de la conducta y no, desde luego, en el marco de las exigencias derivadas del principio in dubio pro reo en el que, a nuestro parecer confusamente y junto con las demás objeciones, se sitúa en la sentencia impugnada.

3.- Se explica también en la resolución ahora recurrida que "en el relato hay tres secuencias susceptibles de ser analizadas por separado". La primera referida a la actuación policial; la segunda relativa al diálogo entre los agentes y el acusado "donde la policía expone el origen de las órdenes y la fuente de las mismas y por parte del regidor se expone la posición del Ayuntamiento" (sic); y la tercera, la negativa de la policía a la devolución y la "recogida personal por el regidor, bajo su responsabilidad, de los carteles que estaban en el interior del vehículo". Vuelve a insistir la sentencia en que: " resulta también evidente que los sujetos entre los que se producen los hechos lo son en la calidad de sus funciones". Seguidamente, se añade que "la decisión de la intervención policial implica una valoración del material que prohíben colgar y que incautan", añadiendo que hay elementos que "no pueden ser obviados", tales como que "la situación era tensa y la policía fue increpada" por unas veinte o veinticinco personas que "había en el lugar". De todo ello, sin embargo, expuesto a modo de aluvión indistinguible, no parece obtener, al menos inmediatamente, la Audiencia Provincial conclusión alguna, pasando a ocuparse, a describir, un nuevo "problema".

4.- La policía actuaba con base en la Instrucción de la Fiscalía. El origen de la orden viene de la Fiscalía Superior de Cataluña, nº 2/2017, de 12 de septiembre, y de una segunda instrucción de la Fiscalía Provincial de Barcelona número 1/2017, de 13 de septiembre, complementando la anterior.

A partir de aquí, observa la Audiencia Provincial que ambas instrucciones se dictan con base en la providencia del Tribunal Constitucional, de fecha 7 de septiembre de ese mismo año, por la que se acordaba suspender la ley del referéndum (Ley 19/17). En las referidas instrucciones, en especial en la primera, se acordaba que todos los jefes de las unidades de policía judicial se dirigieran por escrito a todos los jefes de policías locales de cada demarcación y territorio y que, por orden de la Fiscalía, "recabarán de los mismos el cumplimiento de las funciones que les corresponde, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Policía Local de Cataluña (artículos 11. e) y 12.1ª y b), Ley 16/1991, de 10 de julio ". En la directriz cuarta de esta instrucción, literalmente, se acordaba que: "Los funcionarios de la policía local, a fin de evitar la consumación o agotamiento de los delitos, procederán directamente a adoptar las medidas para intervenir los efectos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, ..., propaganda electoral, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum ilegal conforme a las previsiones del artículo 770.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

Seguidamente, se ve la Audiencia Provincial en la necesidad de "precisar varios puntos", acerca del contenido de la instrucción, argumentando que "si el delito a evitar era la celebración del referéndum, sería entrar

en la lógica que se combate. Nunca fue reconocido como un referéndum por el Estado; pero en cualquier caso no se había cometido el delito". Verdaderamente, a nuestro juicio, si hemos sido capaces de entenderlo, el razonamiento que aquí intenta articular la Audiencia Provincial, no resiste el más mínimo análisis crítico. Viene a decirse que si el referéndum era ilegal y, por serlo, no resultaría reconocido (como referéndum legal) por el Estado, es que el referéndum ilegal no existió. Y, además, como todavía no había tenido lugar, no podían adoptarse aún medidas para evitarlo (¿cuándo entonces?). En cualquier caso, el delito que trataba de evitarse era el de desobediencia a las órdenes emitidas por el Tribunal Constitucional (y eventual malversación de fondos públicos y/o prevaricación). En cualquier caso, tampoco de este discurso parece obtener la Audiencia Provincial conclusión concreta alguna respecto de lo que ahora importa.

Seguidamente, la sentencia impugnada añade que "irremediablemente también habrá que establecer si la valoración sobre el contenido y leyendas de los carteles, coincide con los términos de propaganda electoral" para acabar observando que "es sabido que la propaganda electoral consiste en publicidad en la que se solicita el voto para determinada formación política", y concluyendo este razonamiento con el siguiente aserto: "escapa a la lógica pensar que los carteles de sociedades civiles con los lemas indicados expresen la conminación o la llamada a votar por un partido político. Es publicidad que expresa una posición, en el contexto político que se vivía, pero no puede considerarse propaganda electoral, sino que ha de enmarcarse en el ámbito de la libertad de expresión".

A nuestro parecer, de una manera más razonable, tanto la Fiscalía, al dictar sus instrucciones, como los propios portadores de los carteles y los agentes mismos de la policía local, también el propio acusado, comprendieron que la propaganda electoral a la que la instrucción se refería, con relación al comentado referéndum ilegal, "no era la que solicitaba el voto para determinada formación política", aunque solo fuera por una razón sencilla, que facilita mucho la comprensión del problema: a tal referéndum, obviamente, no comparecían formaciones políticas solicitando el voto para sí. Por eso, refiriéndose la instrucción de la Fiscalía a propaganda electoral, así como a cualquier otro material de "difusión, promoción o ejecución del referéndum ilegal", permitía comprender sobradamente a cualquier ciudadano medio, que en dicho concepto estarían incluidos carteles como los que se describen en el relato de hechos probados, en los que, junto a las leyendas referidas, se acompañaba el anagrama "Sí" dentro de un "bocadillo".

Nada tiene esto que ver con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Basta conectar, siquiera mínimamente, con el entorno, para comprender que la expresión de ideas secesionistas, separatistas, independentistas o simplemente partidarias de la existencia de un referéndum en uno (o varios) territorios de España, no solo no están, entre nosotros, perseguidas, sino que encuentran amplia difusión y acogida en determinados sectores de la población, quienes sin cortapisas las sostienen, disfrutan de la correspondiente representación política a nivel europeo, nacional, autonómico y municipal y, cuando legalmente ha lugar a ello, se favorecen también de las subvenciones o ayudas económicas normativamente previstas. Nada tiene que ver, por tanto, con el objeto de este juicio, cuáles pudieran ser las ideas de las personas que portaban la mencionada propaganda para el referéndum ilegal y ningún impedimento tenían para expresarlas. Cuestión distinta es que, conforme a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se dictaran por la Fiscalía, primero Superior de Cataluña y después Provincial de Barcelona, las mencionadas instrucciones orientadas a impedir la desobediencia celebración de un referéndum ilegal, sin que ello comportara límite alguno para que los ciudadanos expresaran libremente sus opiniones, partidarias o no, acerca de ésta u otra cuestión cualquiera.

5.- Añade también la Audiencia Provincial, tras glosar las instrucciones de la Fiscalía en relación con lo proveído por el Tribunal Constitucional, que: "Pues bien, el Excmo. Ayuntamiento de Badalona días antes de los hechos que han dado lugar a la causa, se dirigió a la Fiscalía Provincial de Barcelona solicitando que se dejara sin efecto la mención a la policía local porque no tenía, a su juicio, el estatus de policía judicial que se le atribuía".

Hemos de reconocer que no acabamos de entender aquí tampoco muy bien qué, de relevante, quiere añadirse con esto al enjuiciamiento de los hechos. Que la policía local tenga o no tenga el estatuto de policía judicial, llanamente no es lo que se enjuicia en este momento. Y, en cualquier caso, lo que determina el estatuto de las policías municipales no resulta, parece obvio, de la opinión que tenga al respecto el Excmo. Ayuntamiento de Badalona u otra cualquier corporación municipal.

Además, lo relevante aquí es que las instrucciones fueron dictadas por los procedimientos formalmente previstos y por un órgano legalmente competente. Frente a dichas decisiones, cuando se discrepa de las mismas, pueden desde luego actuarse los mecanismos legalmente previstos para su corrección. Y, por descontado, resulta plenamente legítimo que cualquier corporación municipal, grupo o ciudadano que se sienta concernido por las mismas y no participe de su criterio, pueda hacer llegar a su emisor las consideraciones que estime oportunas, dentro naturalmente de las formalidades exigibles, para que aquél valore la procedencia de rectificarlas. Pero la simple discrepancia con lo acordado, parece claro, no suspende su ejecución.

6.- Desde aquí, la Audiencia Provincial, se introduce en lo que denomina "sobre la concurrencia de dolo" (fundamento jurídico quinto) para concluir, creemos que nuevamente con una llamativa confusión sistemática, que: "no hay orden judicial (sic) específica a un particular". Pero si ello es así, si no existió aquí una orden que tuviera por destinatario al acusado, nos encontraríamos no ante la ausencia de dolo en su conducta, sino ante la falta de

tipicidad de la misma. Finaliza sus razonamientos la sentencia ahora impugnada con una suerte de conclusión final (último párrafo del fundamento jurídico) en la que remata: "En nuestro caso ni tan solo los hechos probados dicen, ni lo decían los hechos originales de la sentencia de instancia que hemos modificado, la existencia de algún requerimiento de la policía local al regidor (se refiere al acusado). En suma, no se ha acreditado requerimiento alguno, ni negativa alguna como respuesta, ni puede entenderse que haya habido una actitud pasiva para dejar de cumplir órdenes o indicaciones, constando solo en los hechos que el único requerimiento que se hace al Sr. Daniel es el de que se identificara, siendo persona conocida por la policía, pero que terminó haciendo. Los hechos pues se producen en el contexto de la intervención del regidor ante un conflicto que se había creado a raíz de la intervención policial".

Más tarde, en el fundamento jurídico sexto, a mayor abundamiento según la propia expresión utilizada en la sentencia que se impugna, se discurre extensamente acerca de si la guardia urbana es o no policía judicial en sentido amplio. Cuestión que, por enteramente innecesaria a los fines de este procedimiento, omitiremos ahora. Lo más relevante es que se concluye señalando como coda final de la fundamentación de la sentencia: "En definitiva, los argumentos expuestos nos llevan a concluir que en efecto no hay prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia y, en consecuencia, ha de estimarse el recurso interpuesto revocando la resolución de instancia, y dictar sentencia absolutoria".

Sexto.

Puede comprenderse que esta continua confusión de planos que se advierte, a nuestro juicio, en la sentencia impugnada, haya equivocado también al Ministerio Público al tiempo de interponer sus recursos. Decíamos supra que cuando existen siete razones para que algo no sea posible y la primera es que no puede hacerse, es puro entretenimiento exponer las otras seis.

El Ministerio Fiscal argumenta, en definitiva, en su recurso que, en el caso, existía una orden emanada de la autoridad o de sus agentes en el ejercicio de sus funciones y que había sido dictada dentro de sus respectivas competencias. Destaca, con razón, que las instrucciones de la Fiscalía se dictaron al amparo de la legislación vigente, que pormenorizadamente cita. Se cuestiona también, con razón nuevamente, que se niegue o ponga en tela de juicio que las policías locales o municipales puedan realizar labores de prevención o aseguramiento como policía judicial. Y viene a concretar que el acusado conocía las órdenes emitidas por la Fiscalía, (descartando así que la desobediencia que le imputa guarde relación con cualquier mandato emitido por los policías locales), destacando que "la propia Alcaldesa del Ayuntamiento del que el acusado era tercer teniente de alcalde, había dirigido una carta a la Fiscalía interesando que se dejara sin efecto en relación a la intervención de la policía municipal". Precisa cuál era el delito que la Fiscalía pretendió evitar con sus instrucciones y concluye que: "El Sr. Daniel conocía las órdenes del Fiscal, intentó disuadir a los agentes actuantes de su cumplimiento, con la excusa de su impugnación por la Alcaldesa, --no cabe mayor evidencia de su conocimiento--, recibió la negativa expresa y razonada de los agentes de la policía local a devolver el material con la explicación de que estaban cumpliendo una orden. Ante la imposibilidad de realizar un incumplimiento inmediato a través de dichos agentes, procedió materialmente a abortar la intervención, "asumiendo toda la responsabilidad".

Argumenta después el recurrente que, pese a la supresión en el pasaje de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, del propósito que animaba la conducta del acusado, el delito de desobediencia "no requiere un dolo especial de menoscabo del principio de autoridad, siendo suficiente con que el sujeto activo conozca la existencia de esa orden y abarque que su conducta se opone al cumplimiento de la misma", añadiendo que "no ampara al acusado su particular forma de ver la orden de la Fiscalía, ni tampoco la de la Alcaldesa de Badalona".

Observa también el recurrente que, a todas luces, el material incautado y que se describe en el factum de la sentencia impugnada era propaganda electoral, e insiste en que el acusado no estaba desobedeciendo meramente a los agentes sino las órdenes emitidas por el Fiscal en el ejercicio de sus competencias.

Y, por último, explica el interés casacional que presenta, a su juicio, el asunto, al no haber sido aplicada la doctrina de este Tribunal con relación al delito de desobediencia, destacando que, conforme a nuestra sentencia número 722/2018, de 23 de enero: "la conducta desobediente puede presentarse con una apariencia de amabilidad, respeto simulado o fingido acatamiento", sin que requiera un anómalo elemento subjetivo del injusto, consistente en "querer desobedecer", e insistiendo en que "lo que el delito exige es desobedecer con conocimiento de que se está haciendo (querer incumplir el mandato)". Concluye, el Ministerio Público, aquí recurrente, señalando que: "Es claro de los hechos probados que el Sr. Daniel buscaba que los carteles del referéndum ilegal se devolvieran para poder ser utilizados, aunque ello conllevara incumplir las órdenes del Fiscal de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia, al impedir que sí las acataran los agentes de la Policía Local".

Séptimo.

Hemos señalado ya que coincidimos con buena parte de los razonamientos esgrimidos por el Ministerio Público (fundamentalmente los relativos a la legalidad de la orden y a la naturaleza del material intervenido, así como también con el hecho evidente y que se declara probado de que el acusado impidió o dificultó que los agentes cumplieran la orden que habían recibido). Y correlativamente también hemos señalado nuestras múltiples discrepancias con el entendimiento que de tales extremos se realiza en la sentencia impugnada.

Sin embargo, el recurso no puede ser estimado.

El delito de desobediencia, previsto en el artículo 556 del Código Penal, como recuerda, por todas, nuestra sentencia número 560/2020, de 29 de octubre, supone una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente (SSTS 1095/2009, de 6 de noviembre, 138/2010, de 2 de febrero). Son, por tanto, sus requisitos:

a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales.

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, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento.

c) la resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, de 24 de febrero) si bien aclarando que ello ha de interpretarse 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, de 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible "la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran su voluntad rebelde". (STS 1203/97, de 11 de octubre).

Conviene tener presente -así lo precisábamos también en la STS 54/2008, de 8 de julio- que una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como la 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. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos.

Sin embargo, lo cierto es que el relato de hechos probados de la sentencia que es ahora objeto de recurso (en esto indistinguible, además, del contenido en la sentencia de primera instancia) no concreta que el acusado recibiera, fuera destinatario de, orden alguna. En hipótesis, cabría considerar como fuente del mandato pretendidamente desobedecido bien el que procedería de los propios agentes, bien el que directamente derivaba de las instrucciones dictadas por la Fiscalía. Sucede, sin embargo, que en el relato de hechos probados que contiene la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no se realiza alusión o referencia alguna a que los agentes emitieran alguna orden dirigida al ahora acusado. Antes al contrario, se describe que fue él mismo quien se dirigió a los agentes para instarles a que devolvieran el material intervenido. Ellos, los agentes, se negaron, explicando precisamente que se hallaban en el cumplimiento de la orden emitida por la Fiscalía, momento en el que el acusado "so pretexto" de que ellos eran meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona y que "él era el único responsable", resolvió abrir la puerta del vehículo, recuperar los carteles y entregarlos a las personas que inicialmente los portaban, sin que haya constancia de que por parte de los agentes se le dirigiese orden alguna para que se abstuviera de hacerlo o de que se tratara de impedir dicha conducta de ningún modo.

Tal vez, por eso, el Ministerio Público parece identificar en su recurso como la fuente de la orden incumplida las tan citadas instrucciones de la Fiscalía. Sin embargo, y nuevamente conforme resulta del relato de hechos probados, la dictada por la Ilma. Sra. Fiscal Jefe de Barcelona (Instrucción 1/2017), complementaria de la 2/2017, dictada por el Excmo. Fiscal Superior de Cataluña, tenía por destinatarios a los Mossos d'Escuadra, a fin de que los jefes de las respectivas unidades de policía judicial se dirigieran por escrito a todos los jefes de las policías locales de cada demarcación o territorio para que, con el propósito de evitar la consumación o agotamiento de los delitos, procedieran directamente a adoptar las medidas conducentes a intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, urnas, sobres electorales, manuales de instrucción para los miembros de las mesas electorales, impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum.

No estamos aquí, como se ha anticipado supra, en el trance de determinar si el acusado protagonizó o no dolosamente su comportamiento, ni tampoco, desde luego, ante un aspecto relacionado con el derecho fundamental a la presunción de inocencia o a las exigencias derivadas del principio in dubio pro reo; extremos, todos ellos, a los que de manera confusa se refiere la sentencia recurrida como fundamento de su decisión. Sin embargo, dicha sentencia debe ser confirmada, aunque por razones sustancialmente diversas. En efecto, el precepto contemplado por el artículo 556 del Código Penal, tiene naturaleza de delito especial, en el sentido de que resulta restringido el círculo de sus posibles sujetos activos, no cualquiera puede cometerlo. Se precisa para ello que nos encontremos ante el destinatario de una orden, procedente de la autoridad o de sus agentes (respetando las formalidades legales y con competencia para emitirla) y, sin embargo, la desobedezca gravemente. Es claro aquí que el acusado conocía, en sustancia, el sentido de las órdenes contenidas en las Instrucciones de la Fiscalía, del que había sido informado por los propios agentes, Instrucciones con relación a las cuales, además, la alcaldesa de la Corporación había enviado un escrito a la Fiscalía Provincial de Barcelona "interesando que la dejara sin efecto respecto a la intervención de la policía local". Y es claro también que la actuación del acusado, en los términos en los que aparece descrita en la resolución impugnada, dificultó gravemente o impidió a los agentes, de una forma plenamente consciente, el cumplimiento de lo que a ellos les había sido ordenado. Daniel conocía la existencia de la orden, de la que sin embargo no era destinatario, y actuó con pleno conocimiento y voluntad de que su conducta frustraría el cumplimiento de lo ordenado. Tal vez quiso desobedecer, entendido este concepto en un sentido vulgar o genérico, pero penalmente no pudo hacerlo porque ninguna orden le había sido dirigida. En otro plano, y dicho a efectos de que mejor pueda ser comprendido lo que queremos decir, no es infrecuente, en particular aunque no exclusivamente en el período de la adolescencia, observar cómo determinadas personalidades buscan su reafirmación impostando una rebeldía que, en realidad, no vulnera mandato alguno. Quieren infringir, aunque no haya orden que infringir.

Resulta necesario concluir, sin embargo, que ni los agentes mismos, ante la actitud del acusado, emitieron orden ninguna destinada a él para que depusiera su actitud, --como, acaso, habrían hecho de no tratarse de un edil de la corporación--; ni tampoco las instrucciones emitidas por la Fiscalía tenían a Daniel como destinatario. Por eso, la conducta de éste, contemplada aquí lógicamente inscrita en el ámbito referencial del delito de desobediencia, único por el que se formula acusación, solo puede considerarse atípica, habida cuenta de que para desobedecer una orden en los términos referidos en el citado artículo 556 del Código Penal, es preciso primero que la misma exista y tenga por destinatario al sujeto activo, lo que aquí no sucedió.

A efectos meramente ilustrativos o dialécticos, acaso podría contemplarse idealmente la figura de la inducción a la desobediencia, para el caso de que se hubiera entendido que el acusado hizo nacer en los agentes, estos sí destinatarios de la orden recibida, la voluntad de desatenderla. Sin embargo, ni lo primero ni lo segundo fluye del relato de hechos probados. Más dudosamente podría haberse reflexionado acerca de la posibilidad de cometer esta clase de delitos a través de la figura de la autoría mediata, que se contempla en el propio artículo 28 del Código Penal y que, en todo caso, requeriría que los autores inmediatos (en tal hipótesis los agentes) hubieran actuado de un modo no culpable, por ejemplo, bajo la causa de exculpación contemplada en el artículo 20.6 del Código Penal. Mas, es claro que ni tales hipótesis fluyen o pueden construirse a partir del relato de hechos probados (ni del contenido en la sentencia ahora recurrida ni del que se incorporó a la dictada por el Juzgado de lo Penal), ni se contenían tampoco explícitamente en el escrito de acusación.

Ciertamente, y como ya se ha dicho, el acusado conocía la orden emitida por la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones y actuó con el propósito de obstruir su cumplimiento, invocando para ello su condición de tercer teniente de Alcalde de Badalona y confiado en la influencia que aquélla podría tener en la reacción (en la falta de reacción) de los agentes de la guardia urbana (so pretexto, dice el relato de hechos probados, de ser meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona, alegando asumir ser el único responsable). Dicha conducta desprende, claro es, el aroma de lo antijurídico, de lo opuesto al Derecho. Sin embargo, en el marco de esta modalidad, particularmente angosta, del recurso de casación y en los límites del único motivo que la autoriza (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, --infracción de ley--), se concreta aquí nuestra función en valorar si los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada, pétreos ya y en todo inmodificables, admiten ser o no subsumidos en el único tipo penal invocado por la acusación (el delito de desobediencia, contemplado en el artículo 556 del Código Penal). Entendemos, por lo ya explicado, que, siempre con respecto al mencionado tipo penal, único marco de referencia atendible aquí, la conducta es atípica.

El motivo, por las razones explicadas, se desestima.

Octavo.

Conforme a lo prevenido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y habiendo sido interpuesto el recurso por el Ministerio Fiscal, se declaran de oficio las costas causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1.- Desestimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª), de 25 de marzo de 2.019 que, a su vez, estimaba el recurso de apelación previamente interpuesto contra la sentencia dictada en este procedimiento por el Juzgado de lo Penal número 7 de Barcelona, con fecha 14 de enero de 2.019.

2.- Declarar de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO, EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, EN LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 1689/2020, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

Expreso a través del presente Voto particular mi disensión con la Sentencia a la que se adjunta, reiterando la argumentación que expuse en la deliberación. En mi opinión, debió ser estimado el motivo opuesto por el Ministerio Fiscal, planteado por error de derecho, en el que denuncia que, desde el respeto al hecho declarado probado en los términos redactados por la Sección Sexta de la Audiencia provincial que conoció del recurso de apelación, los hechos descritos en el relato fáctico eran subsumibles en el tipo penal de la desobediencia del art. 556 del Código penal. Asumo los argumentos de la sentencia a la que se une el presente Voto particular, en lo relativo al alcance de la función revisora de esta Sala respecto de sentencias con un pronunciamiento absolutorio. La sentencia de la mayoría es clara en la expresión de los límites de nuestra jurisdicción al señalar, que únicamente se permite el análisis de la corrección de las valoraciones jurídicas contenidas en la sentencia cuya revisión se insta desde la acusación. Por lo tanto, hemos de partir del respeto al hecho probado para comprobar su correcta subsunción en los tipos penales objeto del error que se denuncia. También coincido en el análisis crítico que la sentencia realiza sobre el déficit de racionalidad de la argumentación contenida en la sentencia impugnada. Ciertamente, hay extremos de la argumentación muy confusos y claramente erróneos. También expreso mi coincidencia en orden a la exposición de los requisitos del delito de desobediencia, reproducción de nuestra jurisprudencia, referidos a la existencia de un mandato expreso, a la exigencia de una notificación precisa al obligado a cumplirla, de manera que conozca el contenido de la orden, y la resistencia, negativa u oposición al cumplimiento de lo ordenado, debiendo constar la indudable oposición al cumplimiento a la orden que, consecuentemente, se desobedece, bien de forma directa, indirecta o por vías de hecho. Por último, también estoy de acuerdo al valorar el comportamiento antijurídico y doloso del acusado y afirmar la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. En términos de la sentencia que comparto, "es claro que la actuación del acusado, en los términos en los que aparece descrita en la resolución impugnada, dificultó gravemente e impidió a los agentes, de una forma plenamente consciente, el cumplimiento de lo que a ellos le había sido ordenado, el acusado conocía la existencia de la orden, de la que sin embargo no era destinatario y actuó con pleno conocimiento y voluntad de que su conducta frustraría el cumplimiento de lo ordenado". Mi discrepancia radica sobre la consideración del acusado como sujeto destinatario de la orden finalmente incumplida. La sentencia de la mayoría afirma que el acusado no era destinatario de la orden de Fiscalía, por lo tanto, era ajeno al mandato expuesto, lo que supone que su conducta obstructiva al cumplimiento, su clara desobediencia, es atípica pues no era un sujeto destinatario de la orden. En mi opinión, y desde el absoluto respeto al relato fáctico, creo que describe la desobediencia a una orden por parte de un funcionario público, por elección, compelido al cumplimiento de la orden dictada de acuerdo al procedimiento formalmente previsto y por un órgano legalmente competente. Una consideración previa: Desde nuestros antecedentes jurisprudenciales hemos propiciado la interpretación del tipo de la desobediencia huyendo de un excesivo formalismo en su aplicación, pues lo relevante es afirmar la vigencia de la norma, y el principio de autoridad que la ejecuta, como presupuesto de la convivencia en un estado de derecho. Como dijimos en la STS 1095/2009, de 6 de junio, "ha de advertirse que la desobediencia prevista en el artículo 556 lo que realmente ha de suponer es una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente, ya que el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada, aunque sin llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del delito, tiene, como único fundamento y razón de ser, el pleno aseguramiento del conocimiento, por parte del desobediente, del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir

deliberadamente éste (vid., en este sentido, la STS de 1 de Diciembre de 2003, por ejemplo)". Recuerdo el hecho probado, del que ha de partirse en el análisis de la impugnación. Los funcionarios de la policía local de la localidad de Badalona, como los otros cuerpos policiales que actúan en el territorio judicial de Cataluña, reciben la orden de la Fiscalía de proceder a la intervención de efectos o instrumentos que relaciona destinados a preparar o celebrar un referéndum ilegal. Los funcionarios de la policía local observan a varias personas colocando pancartas alusivas a la celebración del referéndum ilegal, y proceden, en cumplimiento de la orden, a la incautación del material. Ante esa situación se reúnen varias personas que proceden a descalificar la acción policial. En esa situación el acusado, Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Badalona, se acerca al lugar y tras enterarse de la situación, por comunicación con los funcionarios de policía les "instó a los agentes a la devolución de los carteles". Los funcionarios policiales le informan de que estaban cumpliendo las órdenes recibidas y se niegan a esa devolución y el acusado actuó "so pretexto de ser meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona, alegando asumir ser el único responsable, abrió la puerta del vehículo, cogió los carteles y los entregó a quienes les habían sido incautados". En la sentencia de la que discrepo se afirma que el acusado actuó en los hechos como si de un particular se tratara, y se fundamenta la absolución en que el relato fáctico "no concreta que el acusado recibiera, fuera destinatario de orden alguna". Concluye el argumento "para desobedecer una orden en los términos referidos en el art. 556 del Código Penal, es preciso primero que la misma exista y tenga por destinatario al sujeto activo, lo que aquí no sucedió". La orden existió, pero el acusado no era el destinatario obligado a cumplirla. Creo, por el contrario, que esa argumentación es equivocada. El acusado era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, no era un mero particular. El cargo público que ocupaba incorpora unas específicas obligaciones y deberes que el acusado conocía y, de hecho, ejerció, cuando expone, y así se declara probado, que expresó a los agentes de la policía local que él era Teniente de Alcalde, la autoridad, en tanto que los agentes policiales eran agentes de la autoridad. Dejando de lado la petulancia con la que se afirma el papel institucional de cada uno, lo cierto es que esa expresión fáctica tiene correspondencia con la normativa reguladora de la gobernanza de los entes locales. El art. 23 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, señala que los Tenientes de Alcalde sustituyen, por el orden de su nombramiento y en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, al Alcalde. Éste, a tenor de los arts. 21 y 125 del mismo texto legal, ejerce la jefatura de la policía local. El art. 25 refiere la competencia de los ayuntamientos en materias referidas a la policía local. En el mismo sentido, el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales, señala que los Tenientes de Alcalde, son "órganos necesarios del ayuntamiento", (art. 35), a quienes corresponde, (art 47), "sustituir en la totalidad de sus funciones a Alcalde, en casos de ausencia". En el momento de los hechos y, en ausencia del Alcalde, se consideraba autoridad municipal y todos los presentes en el hecho convinieron en esa consideración. Así lo expresa el hecho probado, al afirmar que el acusado hizo valer su condición de autoridad, colocando a los policías locales como agentes de "su" autoridad y asumiendo toda la responsabilidad en el hecho. En esta situación, fue informado de la orden de actuación, "tras preguntar por los hechos a las personas que allí estaban y de hablar en un aparte con los integrantes de la patrulla", y ordenó incumplir la orden. Los funcionarios policiales le hicieron ver que debían cumplir, pero él "asume ser el único responsable y abrió la puerta del vehículo, cogió los carteles y los entregó a quienes les habían sido incautados". Desde el relato fáctico, es claro que el acusado no era un particular, como se afirma en la sentencia de la mayoría, ajeno al contenido de la orden. Es una situación similar a la de un comisario de policía que, conocedor de que un inspector, o un agente de la policía, reciben de un órgano competente una orden lícita de actuación, se dirige al mismo para, tras conocer el contenido de la orden, asumida y ejerciendo su autoridad orgánica sobre el agente, les retira del cometido y decide no cumplirla. No es un particular, es el jefe orgánico que asume el contenido de la orden. Si la desobedece, realiza la tipicidad porque se convierte en su destinatario a partir de la asunción de la responsabilidad de su incumplimiento. Los agentes de policía no debieron de dejar de cumplir la orden cuya ejecución habían iniciado. Las órdenes ilegales, y la del Teniente de Alcalde lo era, no deben ser cumplidas, pero las circunstancias concurrentes, con un problema de orden público en ciernes, hace comprensible ese comportamiento, y evidencia la sustitución en el cumplimiento de la orden, asumiendo el acusado el deber de cumplimiento que, abiertamente, desobedece. En otro orden de argumentación es claro que la conducta del acusado encaja en la autoría mediata. Por el ejercicio de su autoridad, anula la capacidad de actuación de los policías locales, pues el acusado les anunció que él era la autoridad de la que dependían, los funcionarios aceptan esa condición, y el acusado les releva del deber de cumplir la orden para asumir el mismo, y bajo su responsabilidad, su realización, que desobedece, convirtiéndose en un autor de la desobediencia a partir de la anulación de la capacidad de actuar de los agentes. Estamos en presencia de un supuesto en el que los directamente obligados actúan bajo la coacción, en el sentido de que los directamente obligados actúan sin libertad por la imposición de la autoridad de la que depende, de quien aparece como autoridad, que les releva en el cumplimiento de su obligación, asumiendo el deber, y desobedece en los términos de la tipicidad del art. 556 del Código Penal. Consecuentemente, expreso mi disensión a la sentencia de la mayoría y entiendo que debió ser estimada la impugnación en los términos que expongo en este Voto particular.

Andrés Martínez Arrieta Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.