El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, presidente; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Santiago Martínez-Vares García, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón, la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, los magistrados don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla y las magistradas doña Concepción Espejel Jorquera y doña Inmaculada Montalbán Huertas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo avocado núm. 4586-2020, promovido por don Joaquim Torra i Pla, contra la sentencia núm. 149-2019, de 19 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que le condenó como autor de un delito de desobediencia; y contra la sentencia núm. 477-2020, de 28 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación interpuesto frente a aquella. Ha sido parte el partido político Vox. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez.

I. Antecedentes

1. Por escrito recibido en el registro general de este Tribunal el día 29 de septiembre de 2020, el procurador de los tribunales don Javier Fernández Estrada, actuando en nombre y representación de don Joaquim Torra i Pla, bajo la dirección letrada de don Gonzalo Boye Tuset, interpuso recurso de amparo impugnando las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los antecedentes relevantes para el examen de las pretensiones deducidas en el presente recurso de amparo son los siguientes:

a) La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJC) dictó la sentencia núm. 149-2019, de 19 de diciembre, por la que se condenó al ahora recurrente, don Joaquim Torra i Pla, como autor de un delito de desobediencia previsto y penado en el art. 410 del Código Penal (en adelante, CP), a las penas de “MULTA DE DIEZ (10) MESES con una cuota diaria de CIEN (100) EUROS y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas, e INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES”, y también al pago de las costas del proceso, “excluidas las devengadas por la acusación popular”.

b) Los hechos declarados como probados fueron los siguientes:

<<Tras la convocatoria de elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, acordada por Real Decreto 129/2019 de 4 de marzo, la representación de la formación política Ciutadans, Partido de la Ciudadanía, presentó escrito en fecha 7 de marzo de este año ante la Junta Electoral Central en el que expuso la presencia y exhibición en las fachadas principales de los edificios públicos dependientes de la Generalitat de Catalunya, desde tiempo atrás, de símbolos tales como lazos amarillos, banderas esteladas o pancartas y eslóganes, todos ellos identificables con determinadas opciones políticas y eventuales candidaturas a las Cortes Generales, y terminó por interesar de la meritada Junta Electoral Central un pronunciamiento sobre la oportunidad del restablecimiento en dichos edificios del principio de neutralidad durante el periodo electoral.

En respuesta a lo peticionado, por Acuerdo de 11 de marzo, dictado en el expediente 293/840, la JEC resolvió requerir al Presidente de la Generalitat “...*para que ordene en el plazo máximo de 48 horas la inmediata retirada de las banderas “esteladas” o lazos amarillos que puedan encontrarse en cualquier edificio público dependiente de la Generalitat de Cataluña.*”

Asimismo, se expresó en el Acuerdo su firmeza en vía administrativa.

Dicho pronunciamiento fue debidamente notificado al acusado, MHP Sr. Torra, que en fecha 13 de marzo, ante la Junta Electoral Central, no obstante ser conocedor y plenamente consciente del carácter imperativo e inexorable de la orden contenida en el Acuerdo, presentó escrito en el que solicitaba una reconsideración del mismo, y respecto del cual la JEC dictó un nuevo pronunciamiento de fecha 18 de marzo, en el sentido de “*Reiterar al Presidente de la Generalidad el requerimiento hecho en el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 11 de marzo de 2019, para que en el plazo de 24 horas ordene la retirada de las banderas “esteladas” y de los lazos amarillos que puedan encontrarse en cualquier edificio público dependiente de la Generalitat de Cataluña, apercibiéndole de las responsabilidades administrativas y, en su caso, penales, en que pudiera incurrir si persiste en la desobediencia a estos Acuerdos de la Junta Electoral Central*”

Este nuevo plazo vencía a las 15:00 horas del día 19 de marzo. También acordó la JEC requerir a la Delegada del Gobierno en Cataluña para que informara si, “...*dentro del plazo previsto se ha dado cumplimiento al presente Acuerdo, al efecto de deducir en su caso, las responsabilidades en las que se haya podido incurrir por no hacerlo*”.

Se expresó, además, la firmeza del Acuerdo en vía administrativa, que fue debidamente notificado al MHP Sr. Torra i Pla.

En fecha 19 de marzo, el acusado, a pesar de lo evidente del redactado del Acuerdo de 18 de marzo y de conocer su obligación de cumplirlo antes de las 15:00 horas, presentó, vencido ese plazo, ante la JEC nuevo escrito en el que solicitaba ciertas aclaraciones relativas a los Acuerdos de 11 y 18 de marzo, e instaba la suspensión del plazo concedido por aquel último, hasta tanto no se procediera a hacer dichas puntualizaciones.

El mismo día 19 de marzo, a la finalización de la reunión del Consell de Govern presidido por el aquí acusado, su Portavoz, la Sra. Elsa Artadi i Vila, comunicó en una comparecencia pública que el President no tenía intención de retirar los símbolos tal y como ordenaba la JEC.

En la misma fecha la Junta Electoral Central dicta Resolución desestimando las pretensiones aclaratorias y estableciendo: *“En consecuencia, no ha lugar a suspender el plazo concedido en el Acuerdo de 18 de noviembre [sic], que deberá observarse con toda exactitud.”*

En cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de 18 de marzo, la Delegada del Gobierno en Cataluña, en sendos comunicados de 19 de marzo, remitió a la JEC, en relación al cumplimiento de aquel Acuerdo, informes fotográficos recabados por la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, relativos al Palacio de la Generalitat, a algunas de las Conselleries del Govern y algunos otros edificios dependientes de la Generalitat de Catalunya, en los que, a fecha de 19 de marzo, después de las 15:00 horas, seguían exhibiéndose algunos de los símbolos (banderas *esteladas* y lazos amarillos) cuya retirada en un plazo de 24 horas había sido ordenada por la JEC en el Acuerdo de 18 de marzo.

Por Resolución de 21 de marzo la Junta Central Electoral acordó solicitar nuevo informe a la Delegada del Gobierno en Cataluña *“...respecto al grado de cumplimiento del Acuerdo de retirada ordenado por la Junta Electoral Central el pasado 11 de marzo y reiterado por Acuerdo posterior de 18 de marzo...”*, constatándose entonces que en varios de los edificios públicos de la Administración Autonómica y en el edificio del Palau de la Generalitat se había sustituido la pancarta con el lazo amarillo por otra idéntica con el lazo de color blanco, en clara desatención a la orden de la Junta Electoral Central, lo que llevó a ésta a adoptar un nuevo Acuerdo de fecha 21 de marzo en el que requirió al Conseller de Interior de la Generalitat de Catalunya para que *“...de forma inmediata dé instrucciones a los Mossos d’Esquadra a fin de que procedan a retirar de los edificios públicos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y de todas las entidades vinculadas o dependientes de dicha Administración autonómica, banderas esteladas, lazos amarillos o blancos con rayas rojas u otros de análogo significado, fotografías de candidatos o políticos, así como pancartas, carteles o cualquier otro símbolo partidista o que contenga imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas por cualquiera de las entidades políticas concurrentes a las elecciones, así como para que ejerzan una vigilancia permanente para que no se vuelvan a colocar durante el periodo electoral ninguno de estos símbolos partidistas”*, estableciendo un plazo para su cumplimiento hasta las 15:00 h del día 22 de marzo.

Este Acuerdo fue debidamente notificado al MHP y al Conseller d’Interior

A lo largo del día 22 de marzo, con antelación a las 15:00 horas, se dio debido cumplimiento a este Acuerdo por las fuerzas requeridas para ello>>.

c) Contra la sentencia del TSJC se interpuso recurso de casación, que fue registrado con el núm. 203-2020, y fundamentado en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del juez imparcial, previsto en el artículo 24.2 CE y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a una resolución judicial fundada en derecho, previsto en el artículo 24 CE, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 4 bis, apartado 2 LOPJ.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido como el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, previsto en el artículo 24 CE y 47 CDFUE.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 25.1 CE y en el artículo 49 CDFUE, por concurrencia de *bis in ídem*.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del principio de legalidad penal, previsto en el artículo 25.1 CE y en el artículo 49 CDFUE, en lo relativo a los elementos del tipo penal, la previsibilidad, precisión y proporcionalidad de la sanción.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, y del derecho primario de la Unión Europea, por vulneración del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 CE y en el artículo 11 CDFUE.

Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del principio de legalidad, previsto en los artículos 25.1 CE y 49 CDFUE, en lo relativo a la determinación de la pena.

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho de sufragio pasivo reconocido en los artículos 23.2 CE, 10.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 39.2 CDFUE.

Noveno.- Por infracción de precepto constitucional y del derecho primario de la Unión Europea, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de los artículos 14 CE y 20 y 21 CDFUE, en relación con el derecho a la proporcionalidad de las penas que reconocen los artículos 25.1 CE y el artículo 49.3 CDFUE.

Décimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24 CE.

Undécimo.- Al amparo del artículo 850.1º LECrim, por denegación de prueba testifical pertinente.

Duodécimo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.3º LECrim: denegación de una pregunta dirigida a un testigo, que era pertinente y relevante.

d) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en adelante, TS) dictó la sentencia núm. 477-2020, de 28 de septiembre, por la que se acordó la desestimación del recurso de casación y la imposición de costas al recurrente.

3. En la demanda se alegan los siguientes motivos para la formulación de este recurso de amparo:

3.1 Consideraciones preliminares.

La fundamentación jurídica de la demanda comienza bajo este epígrafe, que se subdivide en dos apartados. En el primero de ellos se afirma que la “significación política del proceso penal que ha dado lugar al presente recurso de amparo resulta imposible de ocultar, como tampoco resulta sencillo de ocultar su intencionalidad política manifiesta”. Para el recurrente, estamos ante un “verdadero fraude constitucional” que consiste en el “derrocamiento del Gobierno de la Generalitat (...) por medios no democráticos y solo aparentemente legales”. Para ello se habría utilizado sistemáticamente a la Junta Electoral Central (en adelante, JEC) “como ariete partidista contra determinadas opciones políticas”. En esa estrategia habrían intervenido también el TSJC, el TS y también este Tribunal Constitucional. Considera que el delito de desobediencia ha sido empleado como instrumento “contra la participación política de las minorías”. Se trata de un tipo penal que, según se afirma, no tiene “prácticamente parangón” en los países de nuestro entorno, y que en los últimos doce años (desde el 2008) la “práctica totalidad” de las sentencias dictadas por el TS se han aplicado contra cargos públicos catalanes, con reseña de las siguientes resoluciones: sentencia de 8 de abril de 2008 (recurso de casación núm. 408-2007), contra tres miembros de la Mesa del Parlamento Vasco; sentencia de 22 de marzo de 2017 (causa especial núm. 20249-2016), contra un consejero de la Generalitat; sentencia de 23 de enero de 2019 (recurso de casación núm. 1018-2017), contra tres miembros del Gobierno de la Generalitat; y la Sentencia de 14 de octubre de 2019 (causa especial núm. 20907-2017), en que también se

inhabilita para todo cargo público a distintos miembros del Gobierno de la Generalitat, así como a los dirigentes de dos entidades no gubernamentales. Concluye en este punto señalando que el delito de desobediencia se asemeja a una “suerte de política colonial en contra de las diversas minorías nacionales que aún forman parte del Estado español”.

En el segundo apartado, se subraya que este recurso se encuentra sometido al Derecho de la Unión Europea (UE). Por un lado, porque la extensión conferida a la pena de inhabilitación impuesta (art. 42 CP) habría vaciado de contenido la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo (art. 44 CP), no prevista para el delito de desobediencia (art. 410 CP), lo que implica una restricción máxima del derecho reconocido en el art. 23.2 CE; y por otro, porque “en la medida que la sentencia condena al recurrente a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos de ámbito europeo, la condena impuesta supone (...) una restricción (...) también del derecho reconocido por el artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Y otro tanto se afirma respecto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos electivos de ámbito estatal, que “supone una restricción del derecho reconocido por el artículo 10.3 del Tratado de la Unión Europea, que establece el derecho a participar en la vida democrática de la Unión (...) dada la importancia que los Tratados otorgan a los parlamentos nacionales en esa vida democrática”.

3.2 Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en sus distintas manifestaciones.

Bajo esta amplia denominación se agrupan una serie de alegaciones sobre posibles vulneraciones de los siguientes derechos: el derecho al “juez natural” predeterminado por la ley, el derecho a un tribunal independiente e imparcial, el derecho a valerse de todos los medios de prueba pertinentes, el derecho a un proceso contradictorio, así como el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Estas vulneraciones se habrían producido en distintas fases del procedimiento de origen, y vienen expuestas conforme al siguiente orden:

3.2.1 Irregular composición de la Sala de lo Penal del TS. Vulneración del derecho al juez establecido por la ley.

La composición de la Sala Segunda del TS que conoció del recurso de casación incumple la normativa vigente. En este caso, la sala estaba compuesta por cinco magistrados. Esta

ampliación es contraria a la regla general establecida en el art. 898 LECrim, que fija en tres el número de magistrados que debe conocer de este tipo de recursos.

La composición de la sala fue establecida por medio de providencia de 3 de julio de 2020, que fue recurrida en súplica por el demandante. Este recurso fue resuelto por medio de auto de 23 de julio de 2020, que se remite al acuerdo de la Sala de Gobierno del TS de fecha 11 de diciembre de 2019, publicado en el BOE de 13 de febrero de 2020. No obstante, ese acuerdo no solo es contrario al art. 898 LECrim, sino también al art. 197 LOPJ, puesto que no han sido llamados a formar sala todos los magistrados que la componen. Además, su concreta formación no respeta criterios objetivos y de generalidad (STC 205/1994, de 11 de julio [FJ 4]), sino que queda al arbitrio del presidente de la sala. Considera que estos hechos vulneran el derecho al juez establecido por la ley (art. 24.2 CE), citando a tal efecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 26 de marzo de 2020 (*Simpson c. Consejo*).

3.2.2 Falta de imparcialidad y neutralidad política judicial.

Tras hacer una reseña parcial de la STJUE de 1 de julio de 2008 (asunto *Chronopost*), el recurrente alega que se ha vulnerado el derecho a un tribunal imparcial (art. 24.2 CE, en relación con el art. 6 CEDH, el art. 47 CDFUE, el art. 19.1 TUE y el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343), en todas las fases de este proceso.

a) En relación con el instructor de la causa.

La demanda afirma que el magistrado instructor de las actuaciones en el TSJC no fue imparcial, por distintas razones. En primer lugar, por haber formado parte de la sala que acordó la admisión a trámite de la querrela formulada por el Ministerio Fiscal. En segundo lugar, por su negativa a valorar la contaminación de dos miembros de la JEC, con el pretexto contenido en su resolución de 27 de junio de 2019 de que esos miembros no habían sido recusados en su momento por el ahora demandante de amparo. En tercer lugar, por las expresiones contenidas en el auto de fecha 27 de junio de 2019, por el que se acordó la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, y más en concreto, las recogidas en el antecedente de hecho octavo y en el fundamento de derecho tercero, 2, que se reseñan en el escrito de demanda. Considera el recurrente que se trataba de expresiones de inequívoco contenido condenatorio, que se vieron acompañadas de una calificación jurídica alternativa, que fue acogida ulteriormente por la acusación popular ejercida por el partido político Vox. Planteado un incidente de recusación por escrito de 6 de julio de 2019, fue rechazado *a limine* por el propio Magistrado recusado, en el

auto de 11 de julio de 2019. En cuarto lugar, se volvió a rechazar *a limine* una segunda recusación presentada por escrito de 17 de septiembre de 2019, que se fundamentaba en el hecho de que el magistrado instructor, don Carlos Ramos Rubio, había sido designado para la Sala de lo Civil y Penal del TSJC de entre una terna propuesta por el Parlamento de Cataluña, a instancias del partido político de los socialistas de Cataluña (PSC), organización que se había marcado como objetivo político que el recurrente dejara de ostentar su cargo público. Cita también como apoyo de su argumento la propuesta formulada por el entonces candidato a la presidencia del TSJC, y actual presidente, don Jesús María Barrientos Pacho, quien en su comparecencia ante la comisión de calificación del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) el 12 de enero de 2016, proponía una alteración de las normas de reparto para impedir que un magistrado de aquellas características se encargara de la instrucción de las causas contra aforados que pertenecieran a la misma formación política que hubiera propuesto su nombramiento. Todos estos hechos, según la demanda, suponen una infracción del derecho a un juez imparcial reconocido en el art. 47 CDFUE, en relación con el art. 19.1 del TUE y el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343. Infracción que ha sido desestimada por el TSJC y por el TS en las sucesivas instancias.

b) En relación con la Sala de lo Civil y Penal del TSJC

Varias son las causas en las que se funda la demanda para poner en cuestión la imparcialidad de los miembros de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC que dictaron la sentencia condenatoria contra el ahora recurrente en amparo.

En primer lugar, se señala que los magistrados Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve conformaron la sala que dictó el auto de 1 de abril de 2019, por el que se admitió a trámite la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal y, al mismo tiempo, formaron parte de la sala que dictó la sentencia condenatoria. A juicio del demandante, en el auto de admisión a trámite de la querrela (más en concreto, en su fundamento jurídico segundo) se recogen expresiones de las que se deduce una toma de posición sobre el cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para apreciar la apariencia de delito y la verosimilitud sobre su autoría. En un caso como el que nos ocupa, el juicio de inferencia y la ponderación sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal no difiere sustancialmente entre las fases de admisión a trámite de la querrela y el acto del juicio oral. Se valoran las mismas pruebas. La única diferencia ha sido la testifical de unos agentes de la policía que hicieron un reportaje fotográfico que, a juicio del recurrente, era tendencioso. Además, la sala ha dado por “zanjadas” cuestiones planteadas en las fases previas del procedimiento sobre, por ejemplo, el carácter de autoridad

superior o no de la JEC. Por todo ello, es razonable concluir que concurría la causa de abstención y/o recusación prevista en el art. 219-11ª LOPJ.

En segundo lugar, sobre las manifestaciones públicas realizadas por el presidente de la sala, Sr. Barrientos Pacho, en una rueda de prensa celebrada en Tarragona el 12 de marzo de 2019, en la que se pronunciaba sobre el acuerdo de la JEC del día anterior, 11 de marzo de 2019. Estas declaraciones fueron puestas de manifiesto a través del incidente de recusación fechado el 9 de septiembre de 2019, desestimado por auto de 9 de octubre de 2019, así como en el trámite de cuestiones previas al acto del juicio oral, también desestimado en la sentencia del TSJC y, ulteriormente, en la del TS. Según el recurrente, esas palabras ponían de relieve, en lo esencial, un claro posicionamiento del magistrado sobre la legitimidad y vinculación del acuerdo de la JEC, sobre la necesaria neutralidad y objetividad de los espacios públicos durante el periodo electoral y la naturaleza de “posicionamiento ideológico” de las pancartas, esteladas y lazos amarillos ubicadas en los edificios públicos. En definitiva, el magistrado se pronunció públicamente y con carácter previo sobre lo que fue objeto del ulterior juicio.

También se alude a su gesto de rechazo a la expresión “presos políticos”, mostrada en un acto celebrado el 23 de febrero de 2019 en el Colegio de Abogados de Barcelona ante las palabras del presidente del Parlamento de Cataluña, abandonando el acto de forma ostensible. Actitud también mostrada por el Fiscal Superior de Cataluña, que formuló la querrela y asistió a la vista del juicio oral del que trae causa este procedimiento. Se trata, por tanto, de una clara muestra de “complicidad ideológica” entre la acusación y el presidente del tribunal, sobre un punto concreto que, precisamente, constituía el objeto de las pancartas desplegadas en la sede de la Generalitat y del acuerdo de la JEC.

Apoya su pretensión en la STEDH de 16 de octubre de 2018 (asunto *Otegi c. España*) y en la STJUE de 5 de noviembre de 2019, considerando que estos hechos suponen una infracción del derecho a un juez imparcial reconocido en el art. 47 CDFUE, en relación con el art. 19.1 del TUE y el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343.

A todo lo anterior añade que el nombramiento del presidente del TSJC, designado por un órgano de sustrato estrictamente político como es el CGPJ, es contrario a la doctrina expuesta en la STJUE de 26 de marzo de 2020 (asunto *Simpson c. Consejo*). Y cierra finalmente esta alegación poniendo de manifiesto la “sorprendente” rapidez en la ejecución de la sentencia del TSJC, coincidiendo con la inminencia de la reunión del pleno del CGPJ (30 de septiembre de 2020) en el que se iba a nombrar magistrados para la Sala de lo Penal del TS, siendo público y notorio que el magistrado Barrientos era el “candidato preferido” del presidente del CGPJ.

En tercer lugar, sobre las manifestaciones públicas realizadas por uno de los magistrados de la sala, don Joaquín Gadea Francés, en un programa de televisión emitido el día 31 de octubre de 2019, es decir, según el recurrente, cuando ya conocía que iba a formar parte de la sala de enjuiciamiento. Las declaraciones, cuyo contenido se extracta parcialmente, venían referidas a determinadas actuaciones de miembros del Govern, y más en concreto, al sentimiento de hostigamiento, incomodidad y preocupación que generaban esas actuaciones. Eso supone, para el ahora demandante, una pérdida de la apariencia de imparcialidad que fue denunciada en la fase de cuestiones previas, y desestimada por el TSJC con argumentos excesivamente rigoristas como no haber formulado el oportuno incidente de recusación, o por el TS señalando que nada tenían que ver con los hechos objeto de enjuiciamiento. Cita, en apoyo de su pretensión, las SSTEDH de 22 de julio de 2008 (asunto *Gómez de Liaño c. España*) y 11 de julio de 2019 (asunto *Skrlj c. Croacia*).

En cuarto lugar, el tratamiento y la forma de dirigirse al recurrente durante la vista oral, despojándole de sus honores, supuso una anticipación de su condena. Tras hacer una reseña del art. 67 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) y del art. 8.1 de la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat y del Govern, se pone de manifiesto la naturaleza y relevancia del cargo de presidente de la Generalitat, así como su tratamiento honorífico, que no se pierde durante la tramitación de una causa penal. El tratamiento dispensado al recurrente como “Sr. Torra”, implicaba una degradación, una animadversión, un menosprecio y, en definitiva, una anticipación del fallo condenatorio, como así se produjo. Ante las quejas por este trato, el presidente del tribunal alegó el principio de que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley, cuando este principio no se había puesto en duda en ningún momento, procesalmente hablando. Ese trato durante la vista contrasta con las 71 menciones que se contienen en la sentencia a “Muy Honorable President” o “President”. Considera el recurrente que tampoco es sostenible el argumento contenido en la sentencia del TS, en el sentido de que el TSJC no estaba vinculado por lo dispuesto en la Ley 13/2008. Cita, en apoyo de su pretensión sobre la percepción de la falta de imparcialidad, la STEDH de 1 de diciembre de 2015 (asunto *Blesa Rodríguez c. España*).

c) En relación con la Sala Segunda del TS

En primer lugar, señala que la inadmisión de los incidentes de recusación planteados supone no solo la vulneración del derecho al juez imparcial, sino también del derecho a una resolución motivada y del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, ya que estos incidentes deberían haber sido resueltos por la Sala Especial a que se refiere el art. 61 LOPJ, no por la propia Sala Segunda del TS.

En segundo lugar, se denuncia la falta de imparcialidad del presidente de la Sala Segunda. Aunque no haya formado parte de la sala que ha resuelto el recurso de casación, su intervención ha sido clave en varios momentos de su tramitación. Así, además de la irregular composición de la sala, sobre la que ya se formularon alegaciones a las que se remite, en fecha 11 de junio de 2020 se enviaron dos mensajes a los medios de comunicación informando sobre la fecha previsible de la celebración de la vista del recurso (para los días 17 o 27 de septiembre de 2020), cuando en esa fecha el recurso no había sido admitido a trámite por estar pendiente de resolverse la abstención planteada por el magistrado Sr. Colmenero Menéndez de Luarca. Además, el señalamiento de la vista se produjo por providencia dictada el 3 de julio de 2020 por el presidente de la Sala Segunda, cuando ello es competencia de la letrada de la administración de justicia (arts. 893, 894 y 895 LECrim, y supletoriamente, art. 182 LEC). No se puede olvidar que el presidente fue el ponente de la sentencia dictada en la Causa Especial núm. 20907-2017, que fue considerado en su día como la persona que iba a controlar la Sala Segunda “desde atrás”, como revelaba el mensaje remitido por el entonces portavoz del partido popular en el Senado, Sr. Cosidó, y que ese partido fue uno de los denunciadores contra el recurrente ante la JEC en el asunto objeto de este recurso. A todo lo anterior se añade que no se conocen los criterios para la determinación de la composición de la sala ni para el orden de señalamientos, que no vienen claramente expuestos en el Acuerdo de 11 de diciembre de 2019 (BOE de 13 de febrero de 2020).

En tercer lugar, se reitera que la sala que resolvió el recurso de casación carecía de la necesaria imparcialidad. Se reproducen en este punto los argumentos ya vertidos en el incidente de recusación planteado una vez fue conocida la composición de la sala, incidente que fue resuelto por auto de 1 de julio de 2020. Más en concreto, las razones expuestas fueron las siguientes:

El magistrado don Andrés Martínez Arrieta formó parte de la sala que inadmitió a trámite la querrela interpuesta contra determinados vocales de la JEC, confirmando por medio de auto de 22 de abril de 2019 la validez de los acuerdos de ese órgano de fechas 11 y 18 de marzo de 2019 que, precisamente, fundamentaron el delito de desobediencia. Cita y reseña parcialmente, en apoyo de su pretensión, la STEDH de 1 de febrero de 2005 (asunto *Indra c. Eslovaquia*). Resalta su papel de presidente de la sala que resolvió el recurso de casación [STEDH de 6 de noviembre de 2018 (asunto *Otegi c. España*)]. La denegación de esta recusación por auto de 23 de julio de 2020, confirmado por otro de 7 de septiembre, estuvo basada en un criterio rigorista, como es la inexistencia de una causa formal de abstención y/o recusación. Sin embargo, la Sala Especial del artículo 61 LOPJ ha reconocido que la imparcialidad judicial ha de ser “salvaguardada, aunque no exista una causa legal de recusación” aplicable al caso (auto 3/2018, de 13 de septiembre).

Por otro lado, el magistrado ya citado, junto con los magistrados don Antonio del Moral García y don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, formaron parte de la sala de enjuiciamiento en la Causa Especial núm. 20907-2017. Esa sentencia es la que condenó a las personas a las que se refería la pancarta que fue objeto de este procedimiento. Eso hubiera determinado su deber de abstención, al igual que hicieron los magistrados don Luciano Varela Castro y doña Ana María Ferrer García quienes, en su condición de miembros de la JEC, no tomaron parte en los acuerdos que han sido objeto de este procedimiento penal, por haber formado parte de la sala de enjuiciamiento en la citada causa especial.

Otro tanto sucede con el magistrado don Vicente Magro Servet, quien tomó parte en resoluciones por las que se confirmaron las órdenes de detención, así como de ingreso en prisión, tanto nacionales como europeas e internacionales, en relación con algunos de los procesados en la Causa Especial núm. 20907-2017. A lo que debe añadirse su condición de antiguo senador del partido popular.

En definitiva, los acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019, por los que fue condenado el recurrente, están íntimamente vinculados con el objeto de la Causa Especial núm. 20907-2017. El propio acuerdo de la JEC así lo hace en relación con los “lazos amarillos”. En consecuencia, cualquier magistrado que hubiera tenido intervención en esa causa especial debía haberse abstenido en la que nos ocupa.

Por último, el recurrente se hace eco de algunas informaciones de prensa (El diario y El Español), en las que se dice que el presidente del CGPJ habría comunicado al Gobierno de España la fecha previsible de notificación y el sentido de la sentencia citada por el TS en esta causa, así como por la publicación anticipada de su contenido. A su juicio, estas circunstancias ponen de manifiesto la carencia de imparcialidad de la Sala Segunda del TS.

3.2.3 Vulneración del derecho de defensa

a) Denegación de prueba pertinente y relevante. Denegación de una pregunta a un testigo igualmente pertinente y relevante.

Se denuncia la vulneración del derecho reconocido en el art. 6.3.d CEDH.

En el escrito de defensa y en el trámite de cuestiones previas se solicitó la declaración testifical de los vocales de la JEC. La prueba era pertinente, porque la JEC se puede considerar como denunciante en este caso, al haber remitido el expediente al Ministerio Fiscal; y también relevante, por cuanto ello hubiera permitido preguntar por los criterios empleados para formular el requerimiento al ahora recurrente, así como para explicar la diferencia de criterios en otros

supuestos relacionados con los partidos políticos Vox y Partido Popular. Además, esta prueba era necesaria para la defensa, porque podría poner de manifiesto las razones metajurídicas o políticas de la actuación de la JEC; y también era posible, porque todos los miembros de la JEC estaban identificados y eran localizables. Todo ello, a los efectos de la doctrina del TS, expresada en la STS de 26 de septiembre de 2019, entre otras. La denegación de esta prueba causa indefensión.

Por otro lado, el presidente del TSJC impidió preguntar a un testigo, agente del Cuerpo Nacional de Policía, sobre la forma de obtención y posterior cadena de custodia sobre el material fotográfico obtenida por su compañera. La defensa pretendía acreditar que se había roto la cadena de custodia. Impedir ese interrogatorio provocó una vulneración del derecho de defensa, integrante del derecho a un juicio equitativo (art. 6 CEDH). Cita y reseña parcialmente, en apoyo de su pretensión en este punto, la STEDH de 2 de noviembre de 2010 (asunto *Vaquero Hernández c. España*).

b) Privación arbitraria del trámite previsto en el art. 897 LECrim.

En la vista del recurso de casación, la Sala Segunda del TS no admitió que la representación del recurrente hiciera uso del derecho que le asiste según el citado precepto. De esta forma, no pudo rebatir los argumentos expuestos por las otras partes personadas, el Ministerio Fiscal y la acusación popular. Eso vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a una resolución motivada, con el derecho de defensa y con el derecho a la última palabra. Cita en este punto, en apoyo de su pretensión, la STC 13/2006, de 16 de enero y la STEDH de 21 de junio de 2007 (asunto *Ferreira Alves c. Portugal*).

3.2.4 Negativa al planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

En este apartado de la demanda se denuncia el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 267.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), que se transcribe. El recurrente considera que no se daban las circunstancias que permiten no plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En el proceso de origen solo se ha dado respuesta a las solicitudes de cuestiones prejudiciales relacionadas con la imparcialidad judicial, pero no a las relativas al derecho sustantivo. Más en concreto, sobre la compatibilidad de la condena de inhabilitación finalmente impuesta con los arts. 39.2 y 49 CDFUE. Por lo tanto, a la vista de la STJUE de 6 de octubre de 2015 (caso *Delvigne*), se ha vulnerado, según el recurrente, su derecho a una resolución motivada, a un proceso con todas las garantías, así como al juez ordinario predeterminado por la Ley. Del mismo modo, solicita que el propio Tribunal Constitucional eleve una cuestión prejudicial sobre

si la doctrina expuesta en la STC 37/2019, de 26 de marzo, es compatible con los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la UE, al otorgar mayor intensidad al control de la motivación de una resolución judicial cuando inaplica una norma interna que cuando lo hace con otra del ordenamiento jurídico de la UE.

3.2.5 Vulneración del derecho a una resolución motivada.

Sin perjuicio de la posterior alegación de otras concretas vulneraciones, en este punto se invoca la lesión de esta manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la competencia de la JEC y su condición de autoridad superior, con manifiesto apartamiento injustificado de una previa doctrina de la Sala Segunda del TS que sería contraria a la que ahora se afirma. Lo mismo podría decirse sobre la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, sobre el que se asegura que no habría término de comparación posible, a pesar de lo debatido en el acto del juicio oral.

Esta argumentación supone, a juicio del recurrente, una ausencia manifiesta de motivación, por su carácter irrazonable e irrazonado.

3.3 Vulneración del derecho a la libertad de expresión, en relación con el derecho a la libertad ideológica, así como a la representación política.

3.3.1 Necesidad de previa valoración.

Con cita y reseña parcial de la STC 35/2020, de 25 de febrero (que se remite, a su vez, a las SSTC 112/2016 y 177/2015), el recurrente considera que tanto el TSJC como el TS no han realizado un análisis previo o juicio de ponderación sobre si los hechos objeto de condena podrían ser considerados como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. La ausencia de esa previa valoración constituye, por sí misma, una vulneración del derecho a la libertad de expresión, reconocida en el art. 20.1.a) CE.

3.3.2 La pancarta reivindicativa de la libertad como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, así como a la representación política.

El recurrente considera que la pancarta fue un ejercicio de su libertad de expresión íntimamente vinculado a su condición de diputado del Parlamento de Cataluña y de presidente

de la Generalitat. Por lo tanto, goza de especial protección, según la jurisprudencia del TEDH [sentencia de 23 de abril de 1992 (asunto *Castells c. España*)]. La pancarta fue expuesta en el balcón del Palau de la Generalitat, lugar históricamente habilitado para el ejercicio de esa libertad. No fue un acto administrativo y, en todo caso, la sanción impuesta ha sido desproporcionada.

3.3.3 Incidencia de la inviolabilidad parlamentaria.

La inviolabilidad de los parlamentarios autonómicos viene reconocida en el art. 57 EAC, y está íntimamente vinculada a la libertad de expresión, como ha señalado la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (asunto *Patriciello*). Esa prerrogativa no está delimitada por el lugar donde se ejerza, es decir, no ampara únicamente las manifestaciones vertidas en sede parlamentaria (ATS de 29 de noviembre de 2019 y STC 243/1988, de 19 de diciembre). El recurrente considera que las personas que, en aquel momento, estaban pendientes de enjuiciamiento ante el TS estaban privadas de su libertad injustamente, por sus convicciones políticas. Este mensaje, recogido también en la pancarta, es fruto de su libertad de expresión y ha sido reiterado en muchas ocasiones. Así, se destaca que fue uno de los ejes de su discurso de investidura el 12 de mayo de 2018, previamente expuesto en la sesión parlamentaria de 1 de marzo de 2018 y reiterado en el acto del juicio oral en el trámite del derecho a la última palabra. Se extractan estas manifestaciones.

Por lo tanto, se trata de actos políticos amparados por la libertad de expresión y el derecho de representación política, protegidos por la inviolabilidad parlamentaria. No ostentaba la condición de órgano administrativo ni estaban en juego los principios del art. 103 CE.

3.3.4 Los símbolos como ejercicio a la libertad de expresión de terceros.

El acuerdo de la JEC no solo afectaba a su derecho a la libertad de expresión, sino que le imponía un acto de censura para los empleados, funcionarios y autoridades que exhibían ese tipo de símbolos en los edificios de la Generalitat, vulnerando también sus respectivos derechos a la libertad de expresión.

3.4 Vulneración del derecho a la legalidad penal en cuanto a los hechos sancionados. Exclusión de la tipicidad. Los hechos por los que ha sido condenado el recurrente no son constitutivos de delito. Imprevisibilidad de la sanción. Vulneración de los principios de última *ratio* e intervención mínima.

3.4.1 De conformidad con la jurisprudencia del TS, la JEC no era competente para dictar las órdenes desatendidas.

Para que concurra el delito del art. 410 CP es necesario que la orden desatendida provenga de quien tenga competencias para ello. A juicio del recurrente, la JEC carecía de competencias para dictar los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. La LOREG no atribuye competencias a la JEC respecto de terceros, es decir, de quienes son ajenos al proceso electoral de que se trate, en este caso, unas elecciones a Cortes Generales. La JEC no podía dictar acuerdos que implicaran una obligación de hacer o no hacer, ya que la resolución de una consulta formulada por un partido político no podía tener efectos obligatorios sobre el recurrente. En todo caso, este actuó en todo momento atendiendo a la doctrina del TS vigente hasta ese momento. Cita, en apoyo de esta pretensión y afirmación, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de mayo de 2013, y de la Sala de lo Penal de 25 de febrero de 1994 y 25 de septiembre de 1985. En consecuencia, no concurrían los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal.

3.4.2 De conformidad con la jurisprudencia del TS, la JEC no podía ser tenida por autoridad superior a los efectos del artículo 410 CP.

Para que concurra el delito del art. 410 CP es necesario que la orden desatendida provenga de una autoridad superior, es decir, que exista relación de jerarquía entre quien dicta la orden y quien la desobedece. Esta relación no puede ser confundida con una delimitación competencial.

Según el recurrente, se trata de un elemento del tipo que había sido pacíficamente interpretado por el TS. Cita, en apoyo de su pretensión, una sentencia de 19 de febrero de 1877 (en relación con el art. 380 del Código Penal de 1870), así como las SSTS 6470/1990, de 24 de septiembre, 1317/1997, de 25 de febrero y 4380/2006, de 14 de julio, estas tres últimas sobre el delito de denegación de auxilio.

Como argumento añadido señala que si el delito de desobediencia fue omnicomprendido, como ahora propugnan las resoluciones impugnadas, no hubiera sido necesario tipificar la conducta prevista y penada en el art. 502.1 CP, es decir, la desatención a los requerimientos de comparecencia ante una comisión parlamentaria de investigación.

3.4.3 La ilegalidad de las órdenes por razones sustantivas.

a) Falta de imparcialidad de la JEC

Con cita de varias SSTEDH [8 de julio de 2008 (asunto *partido laborista georgiano c. Georgia*); 8 de octubre de 2015 (asunto *Gahramanli y otros c. Azerbaiyán*); 9 de abril de 2002 (asunto *Podkolzina c. Letonia*); y 20 de julio de 2020 (asunto *Mugemangango c. Bélgica*)], el recurrente considera que la imparcialidad de la JEC es una exigencia esencial para garantizar el derecho de cualquier ciudadano al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, reconocido en el art. 23.2 CE. En consecuencia, la falta de imparcialidad de la JEC incide de forma decisiva en la exclusión de la tipicidad de la conducta atribuida al recurrente.

A juicio del recurrente, dos vocales de la JEC carecían de la necesaria imparcialidad o apariencia de esta. Se trata de don Carlos Vidal Prado y don Andrés Betancor Rodríguez. Propuestos por el Partido Popular y el Partido Ciudadanos, respectivamente, que son formaciones particularmente beligerantes con el demandante, estos vocales han publicado mensajes en redes sociales y artículos de opinión en los que han mostrado su absoluta animadversión contra el anterior presidente de la Generalitat y contra el recurrente y todo lo relativo a su opción política. En la demanda se reseñan y extractan esas publicaciones. Además, se dio la circunstancia, conocida en el mes de febrero de 2020, de que el Sr. Betancor trabajaba para el grupo parlamentario Ciudadanos al mismo tiempo que ejercía su función como vocal de la JEC.

Estas cuestiones fueron planteadas desde que se conocieron a través de los medios de comunicación, a través de un escrito de 20 de mayo de 2019 y, posteriormente, en el trámite de cuestiones previas en el acto del juicio oral y en el recurso ante el TS. Sin embargo, la respuesta de los distintos órganos judiciales fue la misma: que no se había recusado en tiempo y forma a los vocales de la JEC. Frente a este argumento, el recurrente señala, en primer lugar, que tuvo conocimiento de los hechos una vez que el expediente de la JEC fue remitido al Ministerio Fiscal; en segundo lugar, que presentó querrela contra los miembros de la JEC, lo que supone una “suerte de recusación de mayor entidad jurídica”; y, en tercer lugar, que lo que pretendía era que todas estas circunstancias fueran tenidas en cuenta para valorar la credibilidad de la actuación de la JEC, en su calidad de denunciante de los hechos objeto de condena.

b) Obligación de respetar el ejercicio de la libertad ideológica o de expresión por parte de los funcionarios públicos. Imposibilidad de cumplimiento sin vulnerar derechos de terceros.

En este punto, la demanda insiste en que los requerimientos de la JEC no eran de obligado cumplimiento, por lo que falta un elemento de la tipicidad delictiva. Su ejecución implicaba la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad ideológica de quienes trabajaban en los edificios públicos. La pancarta y los lazos no eran propiedad del recurrente,

sino una muestra de una reivindicación colectiva. En consecuencia, no se podía ejecutar sin menoscabo de los derechos de terceros, lo que convertía a los acuerdos de la JEC en decisiones arbitrarias, ilegales e injustas.

3.4.4 Solo la desobediencia grave es constitutiva de delito. Principios de última *ratio* e intervención mínima. Principio de proporcionalidad.

Con cita de la STJUE de 19 de diciembre de 2019, el recurrente alega que la aplicación de la figura del art. 410 CP ha supuesto una contravención de los principios de última *ratio*, intervención mínima y proporcionalidad de las penas, ya que se ha sancionado penalmente una conducta que no reviste una gravedad intrínseca.

3.4.5 Situación de imprevisibilidad. Inexistencia de seguridad jurídica.

La demanda reseña la STC de 27 de marzo de 2006, sobre el principio de legalidad penal, así como la STEDH en el asunto Del Río Prada contra España, para concluir que la necesaria previsibilidad de la ley penal, como garantía de seguridad jurídica, se extiende también a la jurisprudencia y que, aunque esta puede adaptarse a la realidad social, el resultado ha de ser coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible. En el presente caso, el demandante considera que la jurisprudencia vigente hasta este asunto establecía con claridad que la JEC no era órgano competente ni superior a los efectos de la aplicación del art. 410 CP. En consecuencia, la condena era del todo imprevisible, con la consiguiente vulneración del principio de legalidad penal.

3.4.6 Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Bajo esta alegación, el recurrente considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sin discriminación, reconocidos en los arts. 14 CE y 20 y 21 CDFUE. Se basa para ello en que, ante conductas “perfectamente equiparables”, el recurrente ha recibido una sanción penal, mientras que los acuerdos de la JEC de 23 de enero de 2020 impusieron sanciones pecuniarias administrativas al presidente del Gobierno, don Pedro Sánchez Pérez-Castejón, y a la ministra doña María Isabel Celaá Diéguez, quienes también desatendieron requerimientos de la JEC. La diferencia de trato y, sobre todo, la desproporción entre sanciones, suponen una vulneración del derecho a la igualdad. Cita también,

en apoyo de su pretensión sobre el principio de proporcionalidad en la respuesta penal, la STC 136/1999.

3.5 Vulneración del principio *non bis in ídem*. El recurrente había sido sancionado anteriormente por los mismos hechos.

En este apartado de la demanda, el recurrente expone que se ha vulnerado el principio *non bis in ídem*, derivado del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) así como del art. 49.1 CDFUE y del art. 4 del Protocolo nº 7 CEDH. Se argumenta, a tal efecto, que la JEC le impuso una sanción pecuniaria administrativa, en virtud del acuerdo adoptado en fecha 13 de junio de 2019, por unos hechos que son idénticos o sustancialmente idénticos a los que fueron objeto de sanción penal, es decir, por no actuar conforme a los requerimientos de la JEC en sus acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. Considera que esta sanción, con independencia de su caracterización en el ordenamiento jurídico español, es una condena penal a los efectos del CEDH. Cita la STJUE de 9 de marzo de 2006 (asunto *Van Esbroeck*) y la STEDH de 10 de febrero de 2009 (asunto *Sergey Zolotukhin c. Rusia*), sobre el principio *non bis in ídem*. Considera que la sentencia del TS se acogió a una doctrina del TC sobre esta cuestión que no se ajusta a los parámetros establecidos por el TEDH y el TJUE.

3.6 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

3.6.1 Inexistencia de prueba de cargo sobre los elementos del tipo.

a) El imprevisible cambio jurisprudencial operado dio lugar a un error invencible sobre los hechos constitutivos de la infracción penal.

En este punto, la demanda insiste en argumentos ya expuestos anteriormente. No era previsible el cambio jurisprudencial producido sobre la competencia de la JEC y su carácter de órgano superior, a los efectos del art. 410 CP, de manera que debe excluirse la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, es decir, del dolo. En realidad, habría concurrido un error sobre varios elementos del tipo penal que, fuera vencible o invencible, hubiera determinado la exención de responsabilidad criminal, porque el delito de desobediencia no admite la forma culposa (art. 14 CP). El recurrente manifestó en el acto de la vista haber actuado en todo momento conforme a la jurisprudencia vigente en aquel momento y con el debido asesoramiento del equipo jurídico de la Generalitat. Se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art.

24.2 CE), por haber condenado sin prueba de cargo suficiente. Sobre la relevancia del elemento subjetivo del tipo y la necesidad de prueba sobre el mismo, cita las SSTS de 3 de diciembre de 2012 y de 2 de febrero de 2009.

b) Inexistencia de prueba de cargo sobre el elemento objetivo del tipo.

El recurrente impugnó los reportajes fotográficos realizados por la Policía Nacional, por falta de autenticidad e imposibilidad de verificación de las imágenes relativas a la simbología colocada en los edificios públicos. A preguntas de la defensa durante la vista oral, los agentes que practicaron el reportaje manifestaron que habían utilizado un teléfono móvil y que los originales de las imágenes estaban en la memoria del teléfono, que no fue aportado ni examinado. Considera que esas imágenes no se pueden utilizar como prueba de cargo válida.

3.6.2 Desposesión al recurrente en el acto del juicio oral de su tratamiento legal.

En este apartado se reitera la alegación ya expuesta en el punto referido a la falta de imparcialidad de la sala del TSJC. Para el recurrente, la desposesión de su tratamiento legal como presidente de la Generalitat implica una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, dado que el contenido de la pena prevista en el art. 42 CP supone, precisamente, la pérdida de su cargo y de los honores que lleva aparejados. Por lo tanto, prescindir de ese tratamiento implicaba una anticipación del fallo condenatorio.

3.6.3 Desposesión al recurrente de su cargo electivo de diputado al Parlamento de Cataluña durante el proceso penal como consecuencia de la sentencia de instancia.

El acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020, por el que, en virtud de la sentencia del TSJC (que no era firme en ese momento), se le privaba de su condición de diputado del Parlamento de Cataluña, en aplicación de la LOREG, supuso una condena anticipada que es contraria al derecho a la presunción de inocencia, que rige en todas las fases del proceso penal hasta la firmeza definitiva de la sentencia. Esa vulneración se produjo no solo por el acuerdo de la JEC sino también en el proceso seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, en el que se impugnó esa decisión. La Sala de lo Penal del TS no se pronunció sobre la solicitud de suspensión de cualesquiera efectos provisionales que se pudieran derivar de la sentencia dictada en primera instancia por el TSJC.

3.6.4 Declaraciones públicas de cargos políticos sobre la culpabilidad del recurrente con anterioridad a la existencia de sentencia penal firme.

Retomando la alegación sobre las manifestaciones vertidas por los miembros del TSJC, se considera que contribuyeron a crear un clima de opinión desfavorable al recurrente. Eso propició que diversos responsables políticos hicieran declaraciones públicas de las que podía deducirse un pronunciamiento sobre su culpabilidad, cuando todavía no existía sentencia penal firme. A tal efecto, cita y extracta parcialmente las declaraciones de la ministra doña Isabel Celaá, del secretario del PSC don Miquel Iceta, y de la portavoz de Ciudadanos doña Lorena Roldán.

Considera que estas manifestaciones son contrarias al art. 6.2 CEDH, así como a lo dispuesto en el art. 48 CDFUE.

3.7 Absoluta desproporción de la sanción impuesta en relación con los derechos a la libertad de expresión, a la representación política, al ejercicio de cargo público para el que se ha resultado elegido democráticamente, así como a la igualdad en la aplicación de la ley. Vulneración del derecho a la legalidad penal.

Con la invocación general de la doctrina expuesta por la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-752/18), sobre desobediencia de las autoridades de Baviera a un Tribunal de Múnich, el recurso aborda la falta de proporcionalidad de la condena impuesta, en relación con los otros derechos fundamentales que se dicen en juego.

3.7.1 La sanción impuesta supone un sacrificio inaceptable al derecho de representación política, así como al ejercicio del cargo público para el que se ha resultado elegido democráticamente. Vulnera en sí mismo el derecho a la libertad de expresión. Reacción penal incompatible con una sociedad democrática.

a) Vulneración del principio de proporcionalidad.

La demanda afirma que la pena impuesta supone una evidente desproporción para un hecho consistente en mantener una pancarta reivindicativa de la libertad colgada en el balcón de la sede de la presidencia de la Generalitat. Cita, en apoyo de su pretensión, un voto particular emitido en la STEDH dictada en el asunto *Zdanoka c Letonia*, las declaraciones públicas del ministro de España don Manuel Castells, así como la doctrina del TEDH recogida en la sentencia

de 23 de abril de 1994 (asunto *Castells c. España*), sobre la moderación del recurso a la respuesta penal ante conductas amparadas en el ejercicio de la libertad de crítica.

b) Inconstitucionalidad del art. 42 CP por vulneración del principio de proporcionalidad.

Con apoyo en una reseña bibliográfica del jurista Manzanares Samaniego, la demanda considera que el art. 42 CP es contrario al principio de proporcionalidad contenido en el art. 25.1 CE, en cuanto impone, en todo caso, la pérdida definitiva del cargo público sobre el que recae la pena de inhabilitación, sin posibilidad de modulación o graduación.

3.7.2 La pena impuesta no se encuentra prevista en la ley. Aplicación de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo no prevista en la ley.

Tras reseñar parcialmente la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, el recurrente considera que la pena de privación del derecho de sufragio pasivo solo está reservada para las infracciones más graves, entre las que no se encuentra el delito de desobediencia. Además, solo procedería para los delitos específicamente sancionados con la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo o para los delitos castigados con la pena de inhabilitación absoluta.

3.7.3 Falta de individualización de la pena. Interdicción de la arbitrariedad.

a) Necesaria vinculación entre el cargo sobre el que recae la pena con los hechos objeto de la condena.

En la demanda se señala que las penas del art. 42 CP, tal y como ha sido redactado tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, solo pueden recaer sobre los cargos que hubieran tenido relación con el hecho delictivo cometido, debiéndose motivar expresamente esta vinculación.

Sin embargo, las resoluciones impugnadas no ofrecen motivación alguna sobre estos extremos.

b) La interpretación extensiva del ámbito de la inhabilitación. Vulneración del derecho a la legalidad penal, en relación con el principio de proporcionalidad.

La interpretación que ha hecho la sentencia del TS sobre el término de cargos “análogos” del art. 42 CP ha vulnerado el derecho a la legalidad penal, que proscribía una interpretación

extensiva de los tipos penales. Cita diversos pronunciamientos sobre esta cuestión. Así, SSTS de 3 de mayo de 1990, 18 de octubre de 1993, 6 de junio de 1997, 16 de mayo de 2006 o 19 de mayo de 2016.

c) Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Infracción del art. 42 CP.

i) Inexistencia de analogía de cargos de gobierno con cargos parlamentarios

La demanda cita dos precedentes del TS, en los que no se consideran análogos los cargos parlamentarios y gubernativos. Se trataría de la STS de 8 de abril de 2008 y el posterior auto de aclaración de 23 de abril de 2008, así como la STS de 30 de julio de 1994.

La aplicación al recurrente de una doctrina diferente a la expuesta supone una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

ii) Inexistencia de analogía entre los distintos niveles territoriales institucionales

En la demanda se citan dos precedentes del TS, en los que no se consideran análogos los cargos institucionales correspondientes a diferentes niveles territoriales. Más en concreto, se citan y reseñan parcialmente, las SSTS de 8 de febrero de 1994 y de 20 de abril de 1995.

iii) Flagrante vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en relación con la sentencia de 23 de enero de 2019 (recurso de casación núm. 1018-2017).

Como última alegación se señala el tratamiento discriminatorio, por injustificadamente desigual, ofrecido al recurrente en comparación con el precedente que se cita. En esa sentencia se redujo la pena de inhabilitación impuesta, descontando el tiempo que el penado había sido privado del cargo previamente, como consecuencia de la sentencia condenatoria de instancia, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6 LOREG. Según el recurrente, el TS ha ignorado la misma petición formulada en tal sentido.

Concluye el recurrente interesando la admisión a trámite de la demanda y que se dicte sentencia en los siguientes términos:

“1. El otorgamiento del amparo solicitado.

2. La declaración de que al recurrente le han sido vulnerados los siguientes derechos fundamentales:

-Derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución, artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 6 del Convenio

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en relación con el derecho al juez imparcial, el derecho a una resolución judicial fundada en Derecho, la presunción de inocencia y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

-Derecho a la legalidad penal (artículo 25 de la Constitución, artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 4 de su Protocolo nº 7), por concurrencia del *bis in ídem*, así como en lo relativo a los elementos del tipo penal, la previsibilidad, precisión y proporcionalidad de la sanción, y en lo relativo a la determinación de la pena.

-Derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución, artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en relación con el derecho a la libertad ideológica.

-Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (artículo 23.2 de la Constitución, artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 3 del Protocolo n.º 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en relación con el derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos libremente en elecciones periódicas que tienen todos los ciudadanos (artículo 23.1 de la Constitución), así como con el derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo n.º 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en relación con el derecho a la libertad ideológica.

-Derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la Constitución, artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 1 de su Protocolo n.º 12), en relación con el derecho a la proporcionalidad de las penas que reconocen los artículos 25.1 de la Constitución y el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el derecho a la libertad ideológica.

3. Restablecer al recurrente en sus derechos:

- Declarando la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020.

- Declarando la nulidad de la Sentencia nº 149 de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de diciembre de 2019 y cualesquiera actos de ejecución de la misma.

- Ordenando adoptar las medidas oportunas para restablecer al demandante de amparo en sus cargos de presidente de la Generalitat de Cataluña y de diputado al Parlamento de Cataluña”.

Por medio de Otrosí digo primero interesó la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas, “de manera cautelarísima de conformidad con el artículo 56.6 LOTC, o subsidiariamente, de conformidad con los artículos 56.2 y 3 LOTC, para evitar la pérdida de la finalidad del presente recurso, dado el daño irreparable continuado que se viene produciendo al recurrente, así como a los ciudadanos de Cataluña que lo eligieron como diputado en las pasadas elecciones al Parlamento de Cataluña, y a la vista de todos los precedentes de este tribunal Constitucional que avalan dicha suspensión, en particular los AATC 167/1995, de 5 de junio, y 247/2004, de 12 de julio”.

Por Otrosí digo segundo, la demanda solicita el planteamiento de hasta cinco cuestiones prejudiciales ante el TJUE, con su justificación correspondiente, para el caso de que “decida no estimar directamente la demanda por albergar dudas sobre la validez, vigencia, alcance o interpretación de Derecho de la Unión Europea aplicable al presente recurso de amparo, en su condición de última instancia en materia de garantías constitucionales, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. En concreto, interesa que sean planteadas las siguientes cuestiones:

i) “¿Se opone el derecho a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea, a que la instrucción de la causa contra el cargo público acusado recaiga en un juez de extracción parlamentaria propuesto en su día, entre otros, por un partido político de la oposición parlamentaria, que ha marcado públicamente como objetivo político que el acusado deje de ostentar el cargo público para el que ha sido democráticamente elegido, teniendo en cuenta que el propio presidente del tribunal enjuiciador ha manifestado públicamente que la apariencia de imparcialidad de los jueces de extracción parlamentaria, en este tipo de instrucciones, puede verse comprometida (llegando a calificar la instrucción por los jueces de extracción parlamentaria de «anomalía»), y teniendo en cuenta, además, que el resultado de la sentencia condenatoria ha implicado que el acusado deje de ostentar su actual cargo público, esto es, el objetivo político fijado por el partido político que propuso al juez de extracción parlamentaria instructor de la causa?”

ii) “¿Se opone el derecho a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea, a que el presidente de un tribunal de un Estado miembro que, en tanto que tal, al día

siguiente de la adopción de la decisión de la autoridad electoral supuestamente desobedecida, la avaló públicamente en una comparecencia ante los medios informativos (llegando a manifestar que tal decisión era «tan obvia que no debería siquiera ser necesaria, porque ese es el estado normal de las cosas»), sea el magistrado que presida el juicio penal contra el cargo público acusado de desobedecer dicha decisión?.

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

iii) “¿Se opone el derecho a un juez imparcial reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea, a que integre el tribunal del juicio penal contra el acusado un juez que, conociendo que iba a formar parte de la Sala que iba a juzgar al acusado, escasos días antes del inicio del juicio oral, «denunció» públicamente en televisión: (i) determinadas actuaciones de miembros del Gobierno que preside el acusado, incluido su presidente; (ii) sentirse personalmente «hostigado» e «incomodado» por el Gobierno que preside el acusado; y (iii) sentirse «preocupado profundamente» por las actuaciones de ese Gobierno?”

iv) “¿En unas circunstancias como las del proceso principal, en que se ha producido un cambio jurisprudencial imprevisible sobre dos elementos esenciales del tipo objetivo, resulta compatible una condena penal, con lo establecido en el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo relativo al principio de legalidad penal, en relación con los principios de tipicidad, taxatividad y previsibilidad?”

v) “¿Resulta compatible con el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos de ámbito europeo, respecto de unos hechos como los del litigio principal, que no constituyen en ningún caso un delito grave? En particular, ¿resulta compatible con el artículo 39.2 de la Carta, en relación con los artículos 20, 21 y 52.1 de la Carta, y en particular el principio de proporcionalidad, la limitación del derecho de sufragio pasivo que se ha impuesto como pena principal?”

4. En fecha 1 de octubre de 2020, la representación procesal del recurrente presentó un nuevo escrito en el que, “conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia de este tribunal sentada en los AATC 16/2011, de 25 de febrero, y 111/2011, de 11 de julio”, solicitaba que “se proceda, sin más dilación y con anterioridad al trámite de admisión del recurso, a la suspensión cautelar solicitada mediante

otrosí en el escrito de interposición del presente recurso de amparo, sin perjuicio de lo que se pueda resolver en el momento de su admisión”.

5. Por medio de providencia de 6 de octubre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó la avocación de este asunto, a propuesta de su Presidente [art. 10.1.n) LOTC], y la admisión a trámite de la demanda, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto “porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, y porque pudiera tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2, g)]”. Igualmente, en lo que respecta a la medida cautelar de suspensión solicitada en la demanda, el Pleno no apreció la urgencia excepcional a la que se refiere el art. 56.6 LOTC, por lo que no procedió a resolver *inaudita parte*, ya que “la pena de inhabilitación especial se ha hecho efectiva y además porque el asunto presenta elementos sustantivos específicos que abogan por un estudio meditado y contradictorio de la pretensión cautelarísima instada”. Por ello, consideró que procedía formar la oportuna pieza separada de suspensión y, a tal fin, conceder un plazo de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que efectuaran las alegaciones que consideraran oportunas respecto a aquella petición.

6. En fecha 14 de octubre de 2020, la representación del recurrente interpuso un recurso de súplica contra la anterior providencia del Pleno, y presentó su escrito de alegaciones en la pieza separada de suspensión. En fecha 15 de octubre de 2020 ingresó en el registro de este Tribunal el informe del Ministerio Fiscal, en el que solicita la desestimación de la medida de suspensión solicitada por el demandante. En la misma fecha tuvo lugar la personación del partido político Vox.

7. En fecha 20 de octubre de 2020, el Pleno de este Tribunal dictó una providencia por la que se acuerda incorporar el escrito del procurador Sr. Fernández Estrada, mediante el que interpone recurso de súplica contra la providencia de 6 de octubre de 2020, dando traslado al Ministerio Fiscal y al partido político Vox para que, en el plazo de tres días, puedan exponer lo que estimen procedentes en relación con dicho recurso.

En fechas 29 de octubre y 4 de noviembre, se presentaron las alegaciones del partido político Vox y del Ministerio Fiscal, respectivamente, sobre el recurso de súplica interpuesto por el recurrente.

La solicitud de suspensión y el recurso de súplica contra la providencia de 6 de octubre de 2020 fueron desestimados por el Pleno en el ATC 146/2020, de 17 de noviembre.

Este auto fue recurrido en súplica y, tras la tramitación correspondiente, el recurso fue desestimado por medio de ATC 4/2021, de 27 de enero.

8. En fecha 25 de noviembre de 2020, la Secretaria de Justicia del Pleno de este Tribunal dio traslado a las partes por un plazo común de veinte días, conforme a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, a fin de que presentaran las alegaciones que a su derecho convenga sobre el recurso de amparo.

9. En fecha 4 de enero de 2021, la procuradora de los tribunales Sra. doña María del Pilar Hidalgo López, en nombre y representación del partido político Vox, presentó su escrito de alegaciones. En el mismo se interesa la desestimación del recurso de amparo, respondiendo a los motivos invocados por el recurrente mediante la sistematización en tres bloques argumentales: i) derecho a un proceso con todas las garantías, al juez imparcial, a obtener una resolución fundada en Derecho, a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes; ii) derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica; y iii) derecho a la legalidad penal. A su vez, dentro de cada grupo de motivos, se abordan de forma individualizada las diferentes quejas planteadas.

9.1. Derecho a un proceso con todas las garantías, al juez imparcial, a obtener una resolución fundada en Derecho, a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

9.1.1 Inexistencia de parcialidad por parte de la JEC.

La cuestión planteada por el recurrente quedó zanjada en el auto de 24 de abril de 2019, por el que la Sala Segunda del TS rechazó la admisión a trámite de la querrela presentada en su día por el Sr. Torra contra los integrantes de la JEC, por un presunto delito de prevaricación. En esa resolución, el TS señalaba que la JEC dictó los acuerdos y requerimientos en cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades -establecidas en el art. 8 LOREG- que obliga a este órgano a velar por la transparencia y objetividad del proceso electoral.

Por otro lado, el recurrente no planteó la recusación de los miembros de la JEC en tiempo y forma. En consecuencia, concurre un óbice de admisibilidad por falta de invocación en tiempo de la supuesta vulneración, *ex* artículo 44.1, a) y c) LOTC.

9.1.2. Sobre la actuación del magistrado instructor Sr. Ramos Rubio.

En relación con el auto de acomodación a procedimiento abreviado, el partido político Vox considera que se limitaba a determinar de forma pormenorizada y racional la veracidad probable y presunta de los datos que definen los hechos punibles y la participación consciente del Sr. Torra, otorgándoles una valoración jurídica provisional, por lo que nada puede reprocharse.

En cuanto a la recusación planteada por el recurrente contra el magistrado instructor, no solo incumplía los requisitos formales establecidos en el art. 223.2 LOPJ, sino que tampoco tenía amparo en las causas tasadas por el art. 219 LOPJ. Así, señala que no se alegó motivo concreto alguno, más allá de “argumentos espurios” sobre una supuesta falta de imparcialidad que se evidenció inexistente. A este respecto, recuerda que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).

9.1.3 Sobre los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

Para el partido político Vox, las alegaciones formuladas por el recurrente forman parte de una “estrategia” encaminada a promover el desprestigio de la Justicia española, haciendo creer que estamos en presencia de una causa política dirigida a derrocar al presidente de la Generalidad y a defenestrar a la denominada “minoría étnica catalana”, cuando lo cierto es que no fue juzgado por su ideología ni por sus ideas, sino por desobedecer de forma contumaz a la JEC. En esa estrategia demuestra mala fe procesal, planteando querellas o incidentes de recusación contra quienes dictan resoluciones que no son de su agrado.

En cuanto a los concretos motivos alegados por el recurrente, se abordan de la siguiente manera:

a) La participación de los magistrados Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve en el trámite de admisión de la querella y en el juicio oral.

Tras analizar brevemente el régimen jurídico de los aforados en nuestro ordenamiento jurídico, el partido político Vox reseña parcialmente la jurisprudencia del TS y de este Tribunal sobre la vulneración alegada. Más en concreto, con cita del ATC 335/1997, se considera que si la participación en las resoluciones contra decisiones del magistrado instructor no es necesariamente causa de contaminación, mucho menos debe serlo el haber participado en el trámite de admisión de

una querrela, en el que “no se dan por supuestas todas y cada una de las valoraciones fácticas y jurídicas que se deslizan en la acción penal entablada por el querellante”.

b) Las declaraciones del magistrado Sr. Barrientos Pacho.

Sobre este extremo se considera que de ninguna de ellas se extrae que concurra amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes, ni que tuviera un interés directo o indirecto en el pleito. Lo único que se hace es una defensa del respeto a la ley y al Estado de Derecho. No se expresan ideas políticas, ni se entra a valorar el fondo del asunto.

c) Sobre la recusación del magistrado Sr. Gadea Francés.

El partido político Vox plantea un óbice procesal de admisibilidad en relación con este motivo. Considera que la recusación fue extemporánea, ya que se invocó en el mismo acto de la vista oral, como cuestión previa. Por lo tanto, concurre a su juicio una falta de agotamiento de la vía judicial previa y una falta de invocación en tiempo de la vulneración alegada, *ex* artículo 44.1, a) y c) LOTC.

En cualquier caso, sobre el fondo del asunto considera que las declaraciones del magistrado no guardaban relación alguna con el objeto de este proceso.

9.1.4 Sobre el tratamiento otorgado al Sr. Torra durante la vista oral.

La parte entiende que no se ha producido vulneración alguna. A tal efecto, se remite a los argumentos empleados en la sentencia del TS, que considera que en los actos estrictamente jurisdiccionales no rige norma protocolaria alguna, sino las leyes procesales.

9.1.5 Sobre la inadmisión de las recusaciones y la falta de imparcialidad de la Sala de lo Penal que ha conocido del recurso de casación.

Las recusaciones planteadas no concretaban de forma clara y precisa los motivos y las causas invocadas, lo que suponía un incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art. 223.2 LOPJ y la consiguiente inadmisión, conforme a lo dispuesto en el art. 225.2 LOPJ.

Con cita del auto de 16 de diciembre de 2015, dictado por la Sala del art. 61 LOPJ, se considera procedente el rechazo *a limine* del incidente de recusación, cuando se plantea de forma abusiva o en fraude de ley. Eso es lo que ocurría en este caso.

En cuanto al magistrado Sr. Martínez Arrieta, la recusación carece de un mínimo sustento. La inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por el recurrente contra los miembros de la JEC, además de ser una causa completamente diferenciada, no implicó un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo objeto de este procedimiento.

Por lo que se refiere a la recusación de los magistrados don Andrés Martínez Arrieta, don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, don Antonio del Moral García y don Vicente Magro Servet por su participación en la Causa Especial núm. 20907-2017 de la Sala de lo Penal del TS, carece de sustento legal, ya que ninguna relación guarda esa causa con la presente.

9.1.6 Sobre la falta de imparcialidad del presidente de la Sala de lo Penal del TS.

Se considera una alegación gratuita y temeraria, porque el Sr. Marchena Gómez no ha tenido participación alguna en la resolución de esta causa.

9.1.7 Sobre la denegación de la prueba testifical de los miembros de la JEC y la denegación de una pregunta a un testigo.

a) En cuanto a la denegación de la testifical de los miembros de la JEC.

La testifical de los miembros de la JEC interesada por el recurrente carecía de fundamento, toda vez que nada podían aportar a dirimir si los hechos objeto de acusación debían conllevar sanción penal. Además, no se justificaron los motivos de la petición, por lo que la sala de enjuiciamiento rechazó la testifical de forma razonada y con exquisito detalle. Como es conocido, el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad. Tras hacer una reseña parcial de las SSTC 25/1997, 178/1998 y 232/1998, se destaca que el recurrente tampoco argumenta en su recurso ni siquiera mínimamente en qué hubiera cambiado la resolución final del proceso en el caso de haberse aceptado y practicado la testifical de los miembros de la JEC.

b) Respecto de la denegación de una pregunta a un testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía.

Para el partido político Vox, es evidente que la pregunta era reiterativa e irrelevante, por lo que su inadmisión fue perfectamente justificada.

Resultaba un hecho evidente, reconocido por el propio Sr. Torra, que se habían “desacatado” las órdenes de la JEC, por lo que era manifiestamente irrelevante la pregunta al cuerpo policial sobre la constatación o no del incumplimiento. Además, este hecho ya había sido confirmado por otros miembros del cuerpo de policía que habían declarado con anterioridad.

9.1.8 Sobre la negativa al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con cita de la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto C-136/2012), y de las SSTC 58/2004, de 19 de abril y 212/2014, de 18 de diciembre, considera que el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE era innecesario, toda vez que no existía ninguna duda sobre la interpretación del Derecho de la UE que pudiera condicionar la aplicación de una disposición interna que resultara esencial para resolver el recurso de casación. En consecuencia, no se puede invocar una vulneración de un derecho fundamental por la inadmisión procedente de una cuestión prejudicial.

9.1.9 Sobre la supuesta comunicación de la inhabilitación del recurrente al Gobierno de España con anterioridad a la celebración de la vista.

Sobre este motivo se señala que el recurrente no aporta ninguna prueba, más allá de “meras cábalas”, con el objetivo de “crear confusión y desprestigiar a los Tribunales Españoles”, en un claro “abuso de derecho que se ha visto latente desde el inicio de la instrucción penal hasta ahora”.

9.1.10 Sobre la inexistente vulneración del derecho a una resolución motivada.

En relación con este motivo señala que es suficiente, a los efectos de su control constitucional, que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad, de forma que permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos. Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso lógico que toda resolución comporta, de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. Con cita de las SSTC 187/2000 y 148/2009, considera que no se ha vulnerado el derecho invocado, ya que las resoluciones impugnadas cumplen sobradamente con estos requisitos exigidos jurisprudencialmente.

9.1.11 Sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Para el partido político Vox, el recurso pone de manifiesto una mera discrepancia con la valoración de la prueba realizada por los órganos jurisdiccionales. De esta forma, se desvirtúa el amparo para pretender convertirlo en un recurso ordinario con la invocación, artificiosa, de un derecho fundamental.

Tras citar la STC 33/2015, se recuerda que el canon de control constitucional del derecho a la presunción de inocencia exige un juicio sobre la existencia de prueba legal, sobre su suficiencia, y sobre su motivación y razonabilidad. El recurrente no ha argumentado por qué entiende que las resoluciones impugnadas son irrazonables o carentes de lógica, remitiéndose a argumentos “espurios y casi exclusivamente políticos”.

Por el contrario, la desobediencia fue pública, manifiesta y televisada. Además, fue reconocida en el juicio oral por el recurrente, quien fue advertido en los propios requerimientos recibidos de la JEC, así como por el Síndic de Greuges, de las consecuencias penales que podía conllevar desobedecer. A pesar de ello, decidió mantener hasta el final una contumaz actitud rebelde e incumplidora, reiterando su voluntad mediante manifestaciones públicas, o de la portavoz del gobierno o de su gabinete de prensa.

La motivación fáctica de la sentencia colma el estándar exigible y la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los principios científicos.

Respecto a las declaraciones de representantes y líderes políticos realizadas durante el desarrollo del procedimiento penal, la parte se remite a los argumentos contemplados en la sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 459-2019, en un supuesto que considera idéntico al aquí acaecido. En tal sentido, esas declaraciones no afectan a la valoración de la prueba contenida en las resoluciones impugnadas. Por tanto, ninguna lesión de un derecho fundamental se ha ocasionado al recurrente, ya que se encuadran dentro del ámbito de la contienda política y fuera del ámbito judicial.

9.2 Derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica.

9.2.1 Sobre la inexistente vulneración del derecho a la libertad de expresión del Sr. Torra.

El escrito de alegaciones se remite, en este punto, a los argumentos ofrecidos por la sentencia del TS, cuando destaca que “el objeto del proceso no es analizar la condena del recurrente desde la perspectiva de la libertad de expresión, pues como ciudadano es libre de realizar manifestaciones o

actos que reflejen su identidad política. El objeto es la desobediencia de las órdenes reiteradas de un órgano constitucional cuya función es garantizar la transparencia y limpieza de los procesos electorales que exige la neutralidad de los poderes y Administraciones públicas”.

En relación con esta cuestión debe tenerse presente que los derechos que dimanarían del art. 20 CE no deben reputarse como derechos ilimitados, puesto que también están definidos por otros límites que corresponde establecer a la ley (como ocurre con el límite que, con arreglo al art. 50.2 LOREG, exige intensificar el deber de cuidado a las autoridades públicas para no quebrantar el principio de neutralidad de los poderes públicos, evitando interferir en el proceso electoral).

De admitirse la tesis del recurrente se estaría dando “manga ancha” a los representantes políticos para que, al amparo de una “libertad de expresión ilimitada”, eludieran las resoluciones judiciales o administrativas “que no fueran de su agrado o conveniencia política”.

9.2.2 Los acuerdos de la JEC no socavaron la libertad de expresión de terceros.

Los acuerdos de la JEC en modo alguno socavaron la libertad de expresión de los funcionarios públicos puesto que ese derecho no incluye la utilización de edificios y lugares públicos de forma partidista. Máxime cuando los funcionarios públicos deben observar en el ejercicio de sus funciones la debida neutralidad e imparcialidad ideológica exigida por el artículo 53.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

9.2.3 Sobre la incidencia de la inviolabilidad parlamentaria.

La inviolabilidad es una prerrogativa limitada y destinada a ser aplicada esencialmente en el ejercicio de las funciones de los diputados en el propio recinto parlamentario. Con cita y reseña parcial de la STC 243/1988, resulta evidente que no nos encontramos ante un supuesto en el que se haya podido ver afectada la inviolabilidad parlamentaria del recurrente, pues la conducta enjuiciada se produjo fuera del marco parlamentario, bastando para ello acudir al relato de hechos probados de la sentencia.

En todo caso, esta inviolabilidad no puede utilizarse como un instrumento que exima al parlamentario de cualquier tipo de responsabilidad penal, ni que le faculte a no dar cumplimiento a las resoluciones de carácter ejecutivo que provengan de órganos constitucionales.

9.3 Derecho a la legalidad penal.

9.3.1 Sobre la competencia de la JEC.

El partido político Vox afirma en su escrito que la JEC es la suprema autoridad electoral en España, como se infiere del conjunto de competencias que la LOREG le atribuye en su artículo 19. Este órgano colegiado corona la administración electoral y tiene por objeto garantizar la transparencia, la objetividad y la igualdad en el proceso electoral (art. 8.1 LOREG).

Por lo tanto, en el caso de que una autoridad o funcionario público infrinja la normativa electoral, la JEC está legitimada para requerir la cesación de la conducta antijurídica, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o penales en que se haya podido incurrir.

La sentencia del TS residencia la competencia de la JEC en el art. 19.4 LOREG, que le atribuye las facultades de "*resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se dirijan de acuerdo a la presente ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia*".

De esta forma, no hay duda alguna de que la JEC es la máxima autoridad en materia electoral, y que las decisiones y acuerdos que dicte en ese ámbito devienen de obligada observancia para todas las autoridades e instituciones, sin posibilidad de distingo alguno.

9.3.2 Sobre la legalidad de los acuerdos.

Se considera que los acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019 se dictaron en el marco de las competencias atribuidas a este órgano para preservar el principio de neutralidad política en periodo electoral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.2 LOREG. En consecuencia, se trata de acuerdos ajustados a Derecho.

9.3.3 Aplicación de la pena prevista en el Código Penal tras realizar el juicio de ponderación.

Las alegaciones se inician en este punto con una reseña parcial de la sentencia 438/2019, de 1 de abril, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, en la que se manifiesta que "la sociedad contemporánea reclama que empleos y cargos públicos de base representativa no puedan ser ocupados por sujetos que hubieran sido objeto de inhabilitación especial tras una condena penal independientemente del ámbito de la Administración Pública en que hubiera tenido lugar la comisión del delito".

A continuación, tras hacer una referencia a la necesaria ejemplaridad social exigible a quien ejerce la función pública, se concluye que la pena impuesta al hoy recurrente se encuentra

perfectamente fundamentada y amparada en el contenido del art. 410.1 CP, por lo que en ningún caso puede considerarse ni abusiva ni desproporcionada, máxime cuando ni siquiera se le impone la pena máxima prevista para este tipo penal. A juicio del partido político Vox, las resoluciones impugnadas se limitaron a realizar una valoración sobre la suficiencia de la prueba de cargo, para aplicar la pena prevista por el legislador para este tipo de delitos.

9.3.4 Sobre la inexistente vulneración del principio de intervención mínima del derecho penal o de última *ratio*.

En el escrito de alegaciones se recuerda que el principio de intervención mínima es aplicable en el ámbito legislativo, mediante la fijación de los tipos y las penas. Con reseña parcial de la STS 1484/2004, de 28 de febrero de 2005, se destaca que “no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador”. Por lo tanto, nada puede reprocharse al órgano judicial en su labor de interpretación y aplicación de un precepto penal, una vez que ha sido definido por el poder legislativo.

9.3.5 Sobre la inexistente vulneración del principio *non bis in ídem*.

En relación con esta vulneración, se considera que concurre un motivo de inadmisibilidad por falta de invocación en tiempo, *ex* artículo 44.1, a) y c) LOTC. Se trata de una nueva invocación, no alegada previamente durante la tramitación del proceso penal.

En todo caso, se entiende que no ha existido una doble sanción por los mismos hechos y con el mismo fundamento, ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental. No obstante, existe una preferencia de la jurisdicción penal, de forma que procedería, en su caso, declarar nulo el acto administrativo sancionador o computar la sanción administrativa en la fase de ejecución penal, pero en ningún caso declarar la nulidad del procedimiento penal.

9.3.6 Sobre la proporcionalidad de las penas impuestas.

En su escrito de alegaciones, el partido político Vox se remite a los argumentos ofrecidos por la Sala Segunda del TS. La sentencia explica que, cuando el delito de desobediencia del artículo 410.1 CP se comete en el ejercicio de un cargo público de naturaleza política, “constituiría una burla al respeto que los (...) ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos que la

pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió el delito, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar en el propio gobierno autonómico, o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal”. Eso supondría una contradicción con la propia naturaleza de la pena principal establecida por el legislador.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad, el propio TS concluye que la no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las efectivamente impuestas al recurrente, pues a estos efectos solo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

Finalmente, en cuanto al juicio de proporcionalidad sobre la pena prevista en la ley, se considera que es una competencia del poder legislativo, no de los tribunales de justicia, con cita de la STC 65/1986.

9.3.7 Sobre la inexistencia de inconstitucionalidad del art. 42 CP.

El partido político Vox argumenta que el recurso de amparo no es el cauce procesal oportuno para impugnar la constitucionalidad de un precepto legal. Por ello, no habiéndose interpuesto un recurso de inconstitucionalidad, se debe entender que el art. 42 CP está vigente y que los tribunales se han limitado a aplicarlo.

10. En fecha 4 de febrero de 2021, tras solicitud y concesión de una ampliación del plazo conferido a tal efecto, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el escrito de alegaciones formulado por el Ministerio Fiscal.

En su extenso y exhaustivo dictamen, el fiscal ante el Tribunal Constitucional hace una amplia reseña de los antecedentes de hecho que se estimaron de interés, así como de la demanda y de las vulneraciones alegadas, que se sistematizan de la siguiente manera:

(A) La vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de imparcialidad y neutralidad política judicial en el magistrado instructor de la causa seguida contra el Sr. Torra i Pla.

(B) La vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de imparcialidad y neutralidad política judicial en la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

(C) La vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de imparcialidad y neutralidad política judicial en la Sala de lo Penal del TS.

(D) La vulneración del derecho a la defensa, por denegación de pruebas pertinentes y relevantes y por la denegación de pregunta pertinente y relevante a un testigo.

(E) La vulneración del derecho a la defensa, por la privación arbitraria del trámite del artículo 897 LECrim.

(F) La vulneración del derecho a la defensa, por la negativa de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC a plantear varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

(G) La vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad ideológica y del derecho a la representación política, al no considerarse los símbolos y pancartas como actos políticos amparados por el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión y a la representación política y protegidos a su vez por la inviolabilidad parlamentaria del recurrente.

(H) La vulneración del derecho a la legalidad penal, en tanto en cuanto la conducta sancionada sería atípica.

(I) La vulneración del derecho a la legalidad penal, en cuanto a la imprevisibilidad de la sanción.

(J) La vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por la diferencia de trato dispensada por la JEC y, posteriormente, por los tribunales de justicia, al recurrente Sr. Torra i Pla en relación con el Sr. don Pedro Sánchez Pérez-Castejón y la Sra. doña María Isabel Celaá Diéguez, por hechos perfectamente equiparables.

(K) La vulneración del principio *ne bis in ídem*, al haber sido ya sancionado el recurrente en vía administrativa por los mismos hechos.

(L) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de prueba de cargo sobre los elementos objetivo y subjetivo del tipo delictivo.

(M) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por la desposesión al interesado de su tratamiento honorífico en el acto del juicio oral.

(N) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por la desposesión al recurrente de su cargo de diputado como consecuencia de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

(O) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por las declaraciones públicas de diversos responsables políticos sobre la culpabilidad del recurrente antes de la firmeza de su condena.

(P) La vulneración del derecho a la legalidad penal, al ser impuesta al recurrente una pena (inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo) no prevista por la ley para el delito atribuido, por la desproporción que es de apreciar entre la sanción impuesta y los derechos fundamentales del recurrente a la libertad de expresión, a la representación política, al ejercicio del cargo público para el que se ha sido elegido y a la igualdad en la aplicación de la ley, y por falta de individualización del cargo sobre el que habría de recaer la pena impuesta al recurrente.

(Q) La vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por inaplicación de la doctrina de la STS de 23 de enero de 2019.

Tras hacer una descripción de los motivos de especial trascendencia constitucional alegados por el recurrente, se reseñan las consideraciones preliminares contenidas en la demanda y que, a juicio del fiscal, sirven para interpretar los motivos alegados, aunque se califiquen como “consideraciones metajurídicas” que “no tienen en realidad específico contenido jurídico, sino que expresan una íntima convicción”.

No obstante, en cuanto al “sometimiento” de este recurso al Derecho de la UE, el fiscal se remite a la STC 97/2020, de 21 de julio, FJ 6.B).e), que ha dejado dicho que “[s]e ha de advertir que el Derecho de la Unión solo puede llegar a ser de pertinente consideración por esta jurisdicción, frente a lo que la demanda aduce, de conformidad con el objeto del respectivo proceso constitucional, que queda genéricamente definido, en cuanto al recurso de amparo, por los artículos 53.2 y 161.1.b CE y, en lo que al presente procedimiento interesa, por los derechos fundamentales que en él se invocan [al respecto, SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5, y 22/2018, de 5 de marzo, FJ 3], así como la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, que se refiere, al respecto, al «marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este tribunal»”.

A continuación, se abordan las diversas alegaciones formuladas en la demanda, siguiendo un mismo esquema consistente en describir las vulneraciones invocadas, así como la respuesta obtenida previamente –en su caso– por parte de los órganos judiciales, para continuar con la doctrina existente de este Tribunal y culminar con la concreta argumentación sobre las diversas cuestiones planteadas. En este apartado de antecedentes se recogerán los fundamentos que, en esencia, definen la posición del Ministerio Público sobre las quejas expuestas en la demanda.

10.1. La vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de imparcialidad y neutralidad política judicial en el magistrado instructor de la causa seguida contra el Sr. Torra i Pla.

El fiscal comienza su análisis destacando dos factores que son esenciales desde la óptica constitucional: “i) que existan dudas objetivamente justificadas de falta de imparcialidad del Juez, esto es, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no fue ajeno a la causa o no utilizó como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico; y ii) que no compete al Tribunal Constitucional determinar si concurren o no las causas de recusación alegadas en la vía judicial, así como la interpretación de las normas en las que vienen contenidas, sino tan sólo examinar si se ha infringido o no el derecho fundamental al Juez imparcial, esto es, si, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha sido respetado el contenido del mencionado derecho fundamental”. A continuación, analiza los hechos o circunstancias que se reseñan en la demanda y que, a juicio del recurrente, pondrían de manifiesto la falta de imparcialidad del magistrado instructor de la causa.

a) En cuanto al supuesto desconocimiento de la instrucción judicial sobre la normativa europea relativa a los derechos a la presunción de inocencia y al juez imparcial, el fiscal considera que “en realidad, no constituye un alegato autónomo, sino que es una mera reiteración del alegato relativo a la falta de imparcialidad del instructor, aunque con cobertura no de Derecho nacional sino de Derecho de la Unión Europea”, por lo que no procede efectuar un razonamiento específico sobre este extremo, al margen del que se realizará al abordar el análisis de cada una de las quejas.

b) Para el fiscal, el auto de incoación de procedimiento abreviado solo debe contener "la determinación de los hechos punibles" y "la identificación de la persona a la que se le imputan" (art. 779.1.4ª LECrim), sin que sea necesario incluir una calificación jurídica de aquellos hechos. En consecuencia, las referencias a las distintas posibilidades de calificar los hechos investigados no pueden ser interpretadas, por innecesarias, como la adopción de una postura de parcial favorecimiento de las tesis de las acusaciones.

c) Los pretendidos excesos verbales contenidos en el auto ("argucia", "voluntad obstativa del querellado", o "persistencia del querellado en la desobediencia"), sólo tienen por objeto “remarcar, en el relato fáctico, la presencia en la conducta de la persona imputada de indicios de una voluntad dirigida al incumplimiento de lo ordenado”. De lo contrario, podría entenderse que los hechos no

serían constitutivos de delito. Por lo tanto, se trata del ejercicio de las funciones jurisdiccionales propias del juez instructor.

d) Otro tanto sucede con la presunta omisión de las alegaciones planteadas por el recurrente sobre la falta de imparcialidad de la JEC. El auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado es una resolución de imputación formal de una o varias personas como sujetos pasivos del proceso penal y de mero impulso del procedimiento, que pasa de la fase de investigación a la denominada fase intermedia. Una resolución de esa naturaleza no puede entrar a efectuar consideraciones que son propias de la fase de enjuiciamiento.

e) En relación con las alegaciones sobre la inadmisión *a limine* de sus propias recusaciones, el fiscal recuerda que esa posibilidad se desprende de tres preceptos concretos de la LOPJ (arts. 11.2, 223.1 y 225.2), y que existe además una jurisprudencia constitucional que permite tal posibilidad cuando la iniciativa es claramente infundada o temeraria, cuando en ella no invoca una causa de recusación o cuando su invocación resulta arbitraria (SSTC 47/1982; 234/1999; 136/1999). En consecuencia, se trata de una cuestión jurisdiccional de la que, por sí misma, no puede extraerse indicio alguno que ponga en duda la falta de imparcialidad del instructor de la causa seguida contra el Sr. Torra i Pla.

f) Por último, sobre el carácter político del sistema de nombramiento del magistrado instructor como integrante de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC, el fiscal considera que se trata de una designación prevista en la legislación vigente, en la que lo relevante es que los candidatos sean juristas de reconocido prestigio. Lo esencial, por tanto, no es el partido político que lo propone, sino la propuesta conjunta del parlamento autonómico que es sometida a la consideración del CGPJ, que es el órgano que procede al nombramiento. “En definitiva, el instructor de la causa (...) no puede ser sospechoso de parcialidad por razón de la forma de su ingreso en la Carrera judicial, estando ésta prevista legalmente y habiéndose cumplido todas las formalidades prevenidas por la normativa aplicable. Pensar lo contrario no sería sino incurrir en un prejuicio o, si se prefiere, en una forma de discriminación, adversa al Magistrado ingresado en la función jurisdiccional por la vía del artículo 330.4 LOPJ”.

10.2. La vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de imparcialidad y neutralidad política judicial en la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

En este apartado, el fiscal va contestando a las diversas quejas formuladas en la demanda, conforme al siguiente esquema:

a) En relación con las manifestaciones públicas del magistrado presidente del TSJC y de la sala de enjuiciamiento, Sr. Barrientos Pacho, realizadas en fecha 12 de marzo de 2019. Para el fiscal, estas declaraciones no ponen de manifiesto tacha alguna de parcialidad, por diversos motivos:

i) En primer lugar, resalta el lapso de más de ocho meses que transcurrieron entre esas declaraciones y el comienzo del juicio oral, iniciado el 18 de noviembre de 2019. Lo relevante de esa distancia temporal es que en la fecha del 12 de marzo de 2019 “no se podía conocer aún la existencia de un procedimiento penal por desobediencia contra el Sr. Torra que, en rigor, no se iba a iniciar hasta el día 1 de abril de 2019, mediante resolución que admitió a trámite la querrela entablada contra el Sr. Torra por el Ministerio Fiscal”. Por lo tanto, esas manifestaciones públicas del Sr. Barrientos Pacho únicamente pueden ser referidas al acuerdo de la JEC del día anterior, 11 de marzo de 2019, que por otra parte sólo dispuso requerir al Sr. Torra i Pla para que retirara lazos amarillos o esteladas de cualquier edificio público dependiente de la Generalitat. En este momento se desconocía que el ahora recurrente fuera a desatender los mandatos de la JEC, “siendo posible en aquel entonces que optara por dar voluntario cumplimiento a lo ordenado”.

ii) En todo caso, el fiscal considera que las manifestaciones del Sr. Barrientos Pacho fueron “extremadamente correctas”. El análisis de lo declarado, a juicio del fiscal, impide valorar lo expuesto como un alineamiento con las partes, ni sirvieron de auxilio a las pretensiones de la acusación. El magistrado no exteriorizó en modo alguno una toma de posición anímica en favor de la culpabilidad del Sr. Torra ni convirtió en fundado el temor de que dicho magistrado no fuera a utilizar como criterio de juicio el previsto por la ley.

Para el fiscal, “decir que ‘la limpieza de un proceso electoral presupone y exige que, al menos, todos los espacios públicos no supongan ningún condicionante a la hora de emitir el voto libre de cualquier ciudadano’, que los edificios públicos ‘no son espacios para los posicionamientos ideológicos’ y que funcionarios y servidores públicos se deben ‘a principios de actuación a que parten de la neutralidad y la objetividad’, son afirmaciones de contenido tan obvio que habrían de poder ser suscritas por cualquier ciudadano sinceramente partidario de la deseable neutralidad ideológica de todas las Administraciones públicas en períodos electorales. Del mismo modo, manifestar que, ante un periodo electoral, la Junta Electoral está ‘obligada a exigir que se respeten al máximo los principios y los valores de la neutralidad, porque está en juego el equilibrio político’,

que las decisiones de la Junta Electoral ‘son vinculantes para los gobernantes’ aun a pesar de estar expuestas a impugnación y que la medida de la Junta Electoral (se supone que la adoptada en fecha 11 de marzo de 2019) era ‘tan obvia que no tendría que ser necesaria’ porque ‘este es el estado normal de las cosas’, no puede ser entendido sino como una forma de reconocer la elevada posición de la Junta Electoral en todo proceso electoral y de recordar la obligación de todos los actores del proceso electoral de que se trate y, en general, de todas las Administraciones públicas, de respetar los mandatos emanados de ese órgano, en atención precisamente a su posición de garante de los derechos fundamentales implicados en procesos de esa naturaleza”.

b) Por lo que concierne a las manifestaciones públicas del magistrado Sr. Gadea Francés, el fiscal considera que concurre un óbice procesal de admisibilidad.

El recurrente no promovió la recusación de este magistrado, pudiendo hacerlo, porque las declaraciones se produjeron el 31 de octubre de 2019 y el juicio oral comenzó el 18 de noviembre de 2019. En consecuencia, los órganos judiciales no pudieron llegar a pronunciarse en tiempo y forma sobre la pretensión de recusación que ahora se quiere hacer valer, porque el motivo alegado no lo fue "tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde" (art. 223.1 LOPJ). Esta circunstancia ha de provocar ahora que este Tribunal tampoco pueda pronunciarse sobre esta concreta pretensión, al concurrir la causa de inadmisión prevenida en el artículo 50.1.a) LOTC en relación con el artículo 44.1.c) LOTC, por falta de invocación temporánea de la vulneración del derecho fundamental.

c) Por último, se alega falta de imparcialidad y neutralidad política judicial de la sala del TSJC, como consecuencia del tratamiento y forma de dirigirse al Sr. Torra i Pla durante las sesiones del juicio oral, despojándole de los honores que le correspondían y anticipando así la condena. En este punto, el fiscal considera que también concurre una causa de inadmisión. La infracción se habría producido ante la sala del TSJC, y su invocación tuvo lugar con el primer motivo del recurso de casación. Por lo tanto, la Sala Segunda del TS fue la primera que se pronunció sobre tal cuestión en el apartado 5.1 del FJ 1 de su sentencia. Eso determina, a juicio del fiscal, que se debió promover el incidente de nulidad de actuaciones antes de acudir en amparo ante este Tribunal. Al no hacerlo así, concurre el óbice procesal de inadmisión previsto en el art. 50.1.a) LOTC, en relación con los arts. 44.1.a) LOTC y 241 LOPJ.

10.3. La vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, por falta de imparcialidad y neutralidad política judicial en la Sala de lo Penal del TS.

Este motivo se estructura igualmente sobre diversos hechos o circunstancias de las que, según el recurrente, se deduce la falta de imparcialidad de los magistrados de la Sala Segunda del TS.

a) La primera alegación del demandante es la indebida inadmisión de las recusaciones por parte de la propia Sala Segunda, en vez de la Sala a que se refiere el art. 61 LOPJ, que es la competente para resolver estos supuestos. El fiscal, aun admitiendo esta competencia, resalta igualmente que la inadmisión *a limine* de un incidente de recusación, incluso por el propio órgano recusado, está contemplado expresamente en los casos previstos en los arts. 233.1 y 225.2 LOPJ, así como en el art. 11.2 LOPJ.

En este caso, el auto de la Sala Segunda del TS de 23 de julio de 2020, que inadmitió a trámite las recusaciones de los magistrados Sres. Martínez Arrieta, Berdugo Gómez de la Torre, del Moral García y Magro Servet, se fundamentó en lo establecido en el art. 11.2 LOPJ, y con cita expresa de la doctrina contenida en las SSTC 136/1999, de 20 de julio, y 229/2003, de 18 de diciembre. A tal efecto, se consideró que "la recusación se funda en causas cuya invocación es arbitraria o manifiestamente infundada" (FJ 3), mientras que el FJ 5 hace una referencia a las "causas de recusación ilusorias" a las que se aludió en un auto de fecha 19 de enero de 2012.

Por su parte, el auto de 7 de septiembre de 2020 (FJ 2), por el que se resolvió el recurso de súplica entablado contra el auto anterior de 23 de julio, ratificó el argumento señalando que se hizo una invocación de unas causas legales "de forma arbitraria o manifiestamente infundada", lo que "encuentra pleno amparo legal y jurisprudencial", con la mención del art. 11.2 LOPJ. En consecuencia, la inadmisión a trámite de las recusaciones se basó en una previsión legalmente establecida y a la aplicación de una conocida doctrina constitucional

En todo caso, a juicio del fiscal, se trata de una interpretación de la legalidad procesal que no puede calificarse de arbitraria o irrazonable, por lo que el motivo no puede prosperar.

b) En lo relativo a la denunciada falta de imparcialidad de la sala que ha conocido del recurso de casación, el recurrente plantea una duda sobre la imparcialidad del tribunal basada en unos pronunciamientos recaídos en otros pleitos anteriores.

Así, en el caso del magistrado Sr. Martínez Arrieta, la tacha se vincula a su participación en el auto de 22 de abril de 2019, dictado en el recurso núm. 20308-2019, que inadmitió a trámite la querrela presentada por el aquí recurrente contra varios integrantes de la JEC. Por su parte, a los magistrados Sres. Berdugo Gómez de la Torre, Del Moral García y Magro Servet, así como al Sr. Martínez Arrieta, se les reprocha el contacto que habrían tenido con el procedimiento Causa Especial núm. 20907-2017, es decir, con la causa en la que, según el recurrente, "se confirmó la arbitraria detención (así calificada por el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas) de los presos políticos catalanes".

Sin embargo, para el fiscal, estos procedimientos versan sobre objetos completamente diferentes al que nos ocupa, por lo que no puede entenderse que esos pronunciamientos anteriores hayan supuesto una toma de posición determinante de una falta de imparcialidad para el conocimiento de este asunto.

10.4. La vulneración del derecho a la defensa, por denegación de pruebas pertinentes y relevantes y por la denegación de pregunta pertinente y relevante a un testigo.

El Ministerio Fiscal considera que las principales objeciones planteadas por el recurrente, es decir, la incompetencia de la JEC y la ilegalidad de sus decisiones, son cuestiones de carácter jurídico, por lo que la testifical de los miembros de la JEC no era relevante y, en consecuencia, no puede hablarse de una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba, sino de un "ejercicio razonado y razonable de las potestades judiciales relativas a la admisión de medios probatorios".

En lo relativo a la denegación de una pregunta dirigida a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, la respuesta ofrecida en la sentencia del TS se ajusta a nuestra doctrina constitucional. El testigo no fue el autor de las fotografías cuestionadas y, por tanto, no podía contestar preguntas sobre su custodia, porque habían sido tomadas por otra persona; la permanencia en algunos edificios de la simbología que había ordenado retirar la JEC estaba acreditada por la propia declaración del recurrente; la práctica de la prueba objeto de la controversia, en definitiva, nunca habría podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones o de las tesis de la parte que ahora formula la queja. El motivo, por tanto, no ha de poder prosperar.

10.5. La vulneración del derecho a la defensa, por la privación arbitraria del trámite del artículo 897 LECrim.

A juicio del fiscal, concurre un óbice procesal de admisibilidad. Se trata de una supuesta vulneración provocada durante la vista celebrada ante la Sala Segunda del TS. En consecuencia, el recurrente debió denunciarla en el proceso tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello, a través del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ). Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) y c) LOTC].

10.6. La vulneración del derecho a la defensa, por la negativa de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC a plantear varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

El fiscal comienza sus alegaciones en este punto resaltando el cambio de planteamiento mantenido por el recurrente en la tramitación del procedimiento judicial de origen, en relación con la demanda de amparo.

Así, ante la sala de enjuiciamiento del TSJC se plantearon cinco cuestiones prejudiciales. Tres de ellas relativas a la imparcialidad judicial, una sobre los arts. 402 y 412 CP y la quinta sobre la posible contradicción de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos de ámbito europeo con el Derecho de la UE.

Sin embargo, en el segundo motivo del recurso de casación se denunció, conforme a lo dispuesto en el art. 24 CE, en relación con los arts. 4.bis.2 y 5.4 LOPJ, la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad del derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, por la falta de tramitación (y resolución) por parte del TSJC de su petición de planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Se trataba, por tanto, de un problema de naturaleza procesal.

En el motivo de amparo que ahora se está analizando se hace un enfoque diferente. Se omite toda referencia a los arts. 402 y 412 CP; se admite que la sentencia del TS dio respuesta a las cuestiones relativas a la imparcialidad judicial; y se añade la referencia a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos electorales locales. Es decir, el motivo de amparo va más allá de lo que pretendía el correlativo motivo de casación.

Todo ello determina, para el fiscal, que la demanda deba fracasar. Además de la extensa contestación ofrecida por el TS a la problemática de la imparcialidad judicial, el rechazo de los motivos séptimo y octavo del recurso de casación ha de entenderse como la desestimación de la cuestión relativa a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos de ámbito local y europeo. Por lo tanto, con cita y reseña parcial de la STC 135/2017, de 22 de noviembre (FJ 3), el fiscal considera que la sentencia del TS contiene una argumentación verdaderamente completa

sobre las cuestiones planteadas, dando adecuado cumplimiento a la doctrina constitucional de motivar debidamente la decisión de no plantear las cuestiones prejudiciales.

10.7. La vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad ideológica y del derecho a la representación política, al no considerarse los símbolos y pancartas como actos políticos amparados por el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión y a la representación política y protegidos a su vez por la inviolabilidad parlamentaria del recurrente.

El fiscal comienza señalando que las resoluciones impugnadas no recogen un apartado específico dedicado a realizar el juicio previo de ponderación sobre si la conducta enjuiciada supone un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Para el Ministerio Público, “ello tiene su origen, en el caso de la Sala de lo Civil y Penal, en el orden resultante del sistema legal establecido para la formulación de las conclusiones de la acusación y de la defensa (artículos 650, 652 y 781 de la LECrim) y, en el caso del Tribunal Supremo, en el orden en que se hayan formulado por la parte recurrente en casación los motivos de casación. Eso determina el orden en que los órganos jurisdiccionales dan contestación a las pretensiones que a ellos son sometidas, por razones de congruencia fundamentalmente”. Sin embargo, el fiscal entiende que eso no significa que el juicio de constitucionalidad que exige tal doctrina constitucional no esté materialmente presente en las resoluciones.

Atendiendo, por lo tanto, a una posición no formalista, el fiscal considera que el juicio de ponderación se encuentra recogido en la sentencia del TSJC (FFJJ 5.III.B y 6) y en la del TS (FFJJ 5 y 6), que reseña brevemente.

En resumen, a juicio del fiscal, el recurrente no fue condenado por el contenido del mensaje transmitido a través de las pancartas. Un mensaje favorable a las tesis de los partidos independentistas, que estaba siendo transmitido sin dificultad alguna mediante otras terminales comunicativas. Su condena se produjo por la “utilización de los edificios públicos (que han de estar a disposición de todos los ciudadanos sin distinción) para emitir expresiones políticamente partidarias (en cuanto afines a la ideología de partidos concurrentes a las elecciones que habían de celebrarse)”. El problema, pues, “no fue el mensaje mismo (...). El problema consistió en tratar de aprovechar los recursos de la Administración regional para transmitir un mensaje partidario en periodo electoral y, una vez denunciado tal comportamiento y resuelto que el mismo infringía [el] principio de neutralidad, en mantener a todo precio el estatus unilateralmente establecido, con desatención de los requerimientos efectuados por el órgano habilitado al efecto”.

10.8. La vulneración del derecho a la legalidad penal, en tanto en cuanto la conducta sancionada sería atípica.

El fiscal inicia sus alegaciones en este punto con un encuadramiento de las diversas quejas formuladas por el recurrente sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). La demanda estructura este motivo de amparo en cinco aspectos o vertientes: i) la JEC no sería competente para dictar las órdenes desatendidas por el recurrente; ii) la JEC no sería autoridad superior al recurrente a los efectos del artículo 410.1 CP; iii) la JEC adolecería de falta de imparcialidad (con lo que las órdenes de la JEC serían ilegales por razones sustantivas); iv) la orden de la JEC sería de imposible cumplimiento sin vulnerar derechos de terceros (dada la obligación de todos los funcionarios públicos de respetar el ejercicio de las libertades de expresión e ideológica); y v) la escasa gravedad de los hechos enjuiciados, que por ello no serían constitutivos de desobediencia grave (que es la única constitutiva de delito). Para el Ministerio Público, los dos primeros motivos harían referencia a la vertiente de la legalidad penal que prohíbe la indebida interpretación del tipo penal, mientras que las otras tres quejas abordarían el problema de la indebida subsunción de los hechos en el tipo penal.

a) Sobre la falta de competencia de la JEC, el fiscal considera que el examen de las resoluciones judiciales impugnadas, que sostuvieron dicha competencia, ha de hacerse desde la perspectiva de control externo que es propia de esta jurisdicción constitucional, es decir, atendiendo a la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma. Desde ese plano, ha de concluirse “como perfectamente razonable considerar que la JEC era competente para dictar los acuerdos que sirvieron de base para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Sr. Torra”.

En tal sentido, tras hacer una breve referencia a los hechos objeto de enjuiciamiento, el fiscal entiende que la petición del partido político Ciutadans-Partido de la Ciudadanía entraba de lleno en el ámbito de aplicación del art. 20, párrafo segundo LOREG, lo que habilitaba a la JEC para dictar los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, conforme a lo dispuesto en el art. 19.1.h) LOREG.

b) Otro tanto sucede sobre la condición de la JEC como órgano superior, a los efectos de lo dispuesto en el art. 410.1 CP. Para el fiscal, si la JEC era competente para dictar los acuerdos controvertidos, conforme a lo dispuesto en los arts. 19.1.h), 19.2 y 20 LOREG, “no cabe sino concluir como perfectamente razonable considerar que la JEC era orgánicamente (esto es, en materia

electoral) autoridad superior para dictar los acuerdos que sirvieron de base para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Sr. Torra”. De esta forma, las decisiones adoptadas por la JEC, aunque susceptibles de impugnación jurisdiccional, eran la expresión de la máxima autoridad de la Administración electoral, por lo que, orgánicamente, eran decisiones de la "autoridad superior" en materia electoral.

c) En cuanto a la alegada falta de imparcialidad de los integrantes de la JEC, el fiscal sostiene, como hicieron las resoluciones recurridas, “que no había quedado debidamente acreditada la falta de imparcialidad de determinados Vocales de la JEC al adoptar ésta los Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019”. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el recurrente no intentó la recusación de los mismos en vía administrativa, pudiendo hacerlo”, y que la querrela interpuesta posteriormente “en sustitución de tal recusación” fue archivada.

d) Sobre la alegada vulneración de los derechos de terceras personas, la sentencia del TS se refiere a ello en el apartado 5.3 del FJ 5, a propósito de la ilegalidad de los acuerdos de la JEC. Por su parte, la sentencia del TSJC ofrece una cumplida respuesta a los argumentos empleados por la defensa del recurrente, con un razonamiento que, desde la perspectiva constitucional, aparece ajustado a la doctrina de este Tribunal. Así, “los empleados públicos (que son las personas a que se hace referencia principalmente con este alegato) han de respetar la CE y las normas que integran el ordenamiento jurídico”. Por lo tanto, “entre sus deberes se incluye el de neutralidad e imparcialidad, con arreglo al artículo 53 EBEP”, de manera que, “en cuanto tales, sus derechos fundamentales no podían sufrir restricción alguna por los mandatos de la JEC”. Es decir, “no era necesario que el Sr. Torra i Pla, al adoptar su decisión de cumplir o no los mandatos resultantes de los acuerdos de la JEC (...), hubiera de tomar en consideración tal circunstancia”.

e) Finalmente, en lo relativo a la gravedad de la desobediencia, el fiscal mantiene el carácter razonable de la argumentación expuesta en las resoluciones impugnadas. La conducta del Sr. Torra i Pla “fue, en los términos exigidos por el artículo 410.1 CP, grave, al apreciarse en ella una ‘negativa abierta’ al cumplimiento de los mandatos de la JEC, tal y como resulta del relato fáctico contenido en la primera de las sentencias recurridas”.

10.9. La vulneración del derecho a la legalidad penal, en cuanto a la imprevisibilidad de la sanción.

Para el fiscal, el argumento central esgrimido por el recurrente consiste en afirmar que la sentencia del TS ha operado un cambio jurisprudencial imprevisible para el recurrente. La jurisprudencia anterior establecía con claridad que la JEC no era autoridad competente ni era autoridad superior a los efectos del artículo 410.1 CP, mientras que a partir de ese momento ha pasado a sostenerse lo contrario. Planteada así la cuestión, la demanda incurre en un óbice procesal de admisibilidad. La lesión se atribuye a la sentencia del TS. Por lo tanto, era obligado invocar la queja previamente a través del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ). Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC].

10.10. La vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por la diferencia de trato dispensada por la JEC y, posteriormente, por los tribunales de justicia, al recurrente Sr. Torra i Pla en relación con el Sr. don Pedro Sánchez Pérez-Castejón y la Sra. doña María Isabel Celaá Diéguez, por hechos perfectamente equiparables.

Para el fiscal, como quiera que la sentencia del TSJC no se refiere a esta cuestión, se debe entender que esta queja fue esgrimida por primera vez en el motivo noveno del recurso de casación, por lo que el reproche se está efectuando, precisamente, contra la sentencia del TS. Por lo tanto, concurre de nuevo el óbice procesal de admisibilidad previsto en el art. 50.1.a) LOTC en relación con los arts. 44.1.a) LOTC y 241 LOPJ.

10.11. La vulneración del principio *ne bis in ídem*, al haber sido ya sancionado el recurrente en vía administrativa por los mismos hechos.

Comienza el fiscal señalando que sobre esta queja “no existe pronunciamiento alguno” en la sentencia dictada por el TSJC, de lo que deduce que fue invocada por primera vez en el motivo cuarto del recurso de casación.

Un análisis de la vulneración alegada pone de manifiesto que la queja consiste en “afirmar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha prescindido (...) de la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJUE sobre la materia”. Por lo tanto, la lesión se atribuye a la sentencia dictada por el TS. De esta forma, concurre un óbice procesal de admisibilidad. El recurrente debía haber planteado un incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), con la finalidad de obtener la reparación de la lesión denunciada, con carácter previo a la presentación de la demanda de amparo.

Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC].

10.12. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de prueba de cargo sobre los elementos objetivo y subjetivo del tipo delictivo.

Tras hacer una breve referencia inicial a las diferencias observadas en el planteamiento de esta demanda en relación con los motivos de casación esgrimidos ante el TS, el fiscal aborda las alegaciones formuladas comenzando por la pretendida inexistencia de prueba de cargo sobre el elemento doloso, por cambio jurisprudencial que habría dado lugar a un error invencible sobre el carácter delictivo de los hechos.

A su juicio, el motivo “ha de perecer”, porque existe “un enlace directo entre los hechos probados de modo directo”, es decir, sobre el sustrato fáctico del elemento subjetivo del tipo delictivo, y la “intención perseguida por el acusado con la acción desarrollada”. Para el fiscal, las resoluciones impugnadas contienen una argumentación lógica, razonable y debida y extensamente motivada que justifica cómo ha sido extraído el elemento subjetivo del injusto típico de un conjunto de datos objetivos. Por ello, considera que “la conclusión alcanzada por las resoluciones impugnadas acerca del dolo del Sr. Torra i Pla ha de superar sin ningún problema el control constitucional de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria, tanto desde el canon de su lógica o coherencia como desde el canon de su suficiencia o carácter concluyente”.

En relación con la inexistencia de prueba de cargo sobre el elemento objetivo, se constata que la demanda pretende atacar por esta vía las actas levantadas por la fuerza actuante a propósito de la búsqueda de simbología en fachadas de edificios públicos, en coherencia con la impugnación que hizo en su día del informe de 17 de abril de 2019, con número de registro 1131, y de todos los reportajes fotográficos incluidos en dicho informe. Para el fiscal, sin embargo, el motivo no puede prosperar, porque la exhibición de pancartas y otros símbolos en edificios públicos dependientes de la Generalitat, en especial en la fachada del Palau, ha sido reconocida por el recurrente. Por lo tanto, el hecho que se quiere dejar sin base probatoria se halla acreditado de todas formas por esta otra vía.

10.13. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por la desposesión al interesado de su tratamiento honorífico en el acto del juicio oral.

Señala el fiscal que “el hecho de que durante el acto del juicio oral no fuera tratado como M.H.P. no significa en modo alguno que hubiera sido tratado como culpable. No referirse al acusado

con los honores y tratamientos propios del cargo de Presidente de la Generalitat durante el acto del juicio oral no implicó nada más que una forma de dirigirse el Tribunal al acusado”. Con remisión a lo expuesto por el TS, esa forma de relacionarse con el recurrente no puede entenderse como “signo de parcialidad y anticipo de una decisión de condena ya tomada”. No consta “algún tipo de expresión del que inequívocamente se desprendiera que el Tribunal o alguno de sus miembros hubiera tenido por culpable al acusado”. Además, tratándose de un acto propiamente jurisdiccional, “no rige norma protocolaria alguna sino las leyes procesales, tal como se recoge en el artículo 2 del Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los actos judiciales solemnes”.

10.14. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por la desposesión al recurrente de su cargo de diputado como consecuencia de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

La queja que ahora se examina se dirige, única y exclusivamente, contra la actuación del TS. Se achaca que no se ha respondido a la pretensión de que se dispusiera la suspensión de cualesquiera efectos provisionales que se pudieran dar como consecuencia de la sentencia del TSJC, durante el trámite del recurso de casación. En consecuencia, concurre un óbice procesal de admisibilidad. El recurrente tendría que haber alegado esta vulneración a través del oportuno incidente de nulidad de actuaciones, al objeto de respetar el principio de subsidiariedad que es propio de la jurisdicción constitucional. Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC y el art. 241 LOPJ].

10.15. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por las declaraciones públicas de diversos responsables políticos sobre la culpabilidad del recurrente antes de la firmeza de su condena.

Para el fiscal, en sintonía con lo resuelto por el TS, no puede hablarse de una vulneración de la regla de tratamiento o dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia, derivada de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 2016/343/UE. Para alcanzar esta conclusión, procede a analizar de forma individualizada las declaraciones públicas cuestionadas. Así, destaca que la “primera de esas declaraciones no tiene por culpable al Sr. Torra i Pla, sino que se limita a especular sobre el comportamiento futuro de éste (‘si no retira los lazos amarillos rebasaría la raya de desobediencia que aún no ha traspasado’) y a efectuar una manifestación de respeto institucional (‘el

Ejecutivo estará a lo que diga la JEC’). La segunda de esas declaraciones tampoco tiene por culpable al Sr. Torra i Pla, sino que se limita igualmente a efectuar un ejercicio de especulación entre las consecuencias que podría afrontar el interesado y el beneficio (se supone que político) que tal hecho habría de producirle (‘el Sr. Torra habrá pensado que las consecuencias de no retirar los lazos son pequeñas’). Menos aún tiene por culpable al Sr. Torra i Pla la última de esas declaraciones, que, sin entrar en consideración alguna sobre la culpabilidad del Sr. Torra, se limita a afirmar que éste debería reconocer sus errores y pedir perdón, en lo que no es posible ver manifestación alguna de tener al Sr. Torra como penalmente responsable de hecho punible alguno sino, todo lo más, como responsable de una decisión política no compartida por la manifestante. El motivo, en consecuencia, no ha de poder prosperar”.

10.16. La vulneración del derecho a la legalidad penal, al ser impuesta al recurrente una pena (inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo) no prevista por la ley para el delito atribuido, por la desproporción que es de apreciar entre la sanción impuesta y los derechos fundamentales del recurrente a la libertad de expresión, a la representación política, al ejercicio del cargo público para el que se ha sido elegido y a la igualdad en la aplicación de la ley, y por falta de individualización del cargo sobre el que habría de recaer la pena impuesta al recurrente.

Tras un análisis de la literalidad de los arts. 41, 42 y 44 CP, así como de su distinta gravedad (*ex* arts. 33.2, c y d y 33.3.b CP), el Ministerio Fiscal afirma que “el legislador ha establecido una evidente graduación entre las penas de inhabilitación a que se está haciendo referencia: el límite inferior radicaría en la pena definida en el artículo 44 CP; el intermedio, en la pena definida en el artículo 42 CP; y el superior, en la pena definida en el artículo 41 CP”. Por lo tanto, la definición legal, examinada de modo correcto, es tremendamente precisa y no deja lugar a duda alguna. La pena impuesta se ajustó perfectamente a la previsión del art. 410.1 CP en relación con el art. 42 CP. Otra cosa es que “la parte demandante de amparo pueda discrepar en cuanto a la interpretación que la Sala diera a la expresión ‘u otros análogos’ del artículo 42 CP, pero eso no ha de convertir la pena establecida por el artículo 410.1 CP (en relación con la definición del artículo 42 CP) en una pena de distinto alcance, como sería la definida en el artículo 44 CP”.

A continuación, con cita y reseña parcial de la STC 55/1996, de 28 de marzo, la Fiscalía analiza la queja del recurrente conforme al siguiente esquema:

a) En cuanto al bien jurídico protegido por la norma cuestionada, se recuerda que el delito de desobediencia del art. 410.1 CP se halla ubicado en el Título XIX del Libro Segundo del Código

Penal, relativo a los delitos contra la Administración Pública. Se trata, por tanto, de proteger la integridad de la Administración Pública, en cuanto que, conforme a lo establecido en el art. 103.1 CE, ha de servir con objetividad los intereses generales y ha de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentración y coordinación, "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". De donde fácilmente puede deducirse que el bien jurídico protegido por la norma cuestionada es lo suficientemente relevante como para motivar la intervención del *ius puniendi*.

b) En cuanto a la comprobación de que la medida en cuestión era idónea (juicio de idoneidad) y necesaria (juicio de necesidad) para alcanzar los fines propuestos por la norma, para el fiscal parece evidente que, sancionándose por la vía del art. 410.1 CP sólo los actos de desobediencia grave, la respuesta penal se configura como medida idónea y necesaria frente a quienes se rebelan con la mayor intensidad al cumplimiento de los mandatos contenidos en resoluciones judiciales o en decisiones u órdenes de autoridad superior.

c) Finalmente, por lo que se refiere al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la correlación entre la gravedad del hecho y de la respuesta penológica, el fiscal recuerda que el art. 410.1 CP ha previsto penas de multa y de inhabilitación especial. En este caso, el recurrente no cuestiona la duración de la pena de multa ni, en rigor, tampoco ataca la duración de la pena de inhabilitación especial. En realidad, lo que se discute es el contenido de la propia pena en relación con los hechos, es decir, que colocar una pancarta reivindicativa conlleve la pérdida definitiva de la condición de diputado y de la condición de presidente de la Generalitat, así como que se le impida concurrir a cualquier otro proceso electoral durante el tiempo de la condena.

A juicio del fiscal, el planteamiento del demandante no puede prosperar, por los siguientes motivos:

i) En primer lugar, la condena del Sr. Torra i Pla no se produjo por colocar una pancarta reivindicativa, sino por desatender los requerimientos del órgano encargado de velar por el principio de neutralidad de los poderes públicos durante un proceso electoral.

ii) En segundo lugar, ha de resaltarse que, conforme a la doctrina constitucional, corresponde al poder legislativo la elección de los bienes dignos de ser penalmente protegidos, así como la definición de los comportamientos punibles y la determinación del tipo y cuantía de la sanción penal. Con cita y reseña parcial de la STC 161/1997, de 30 de octubre, el fiscal señala que "sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada

cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa". Partiendo del análisis del bien jurídico protegido, ya descrito, se considera que estamos "en presencia de una conducta de grave rebeldía desarrollada desde la Presidencia de una Comunidad Autónoma frente a la Administración que ha de velar por la neutralidad y pureza del proceso electoral". Se trata de una conducta que no está amparada por la "libertad de expresión, ni por el ejercicio del derecho fundamental a la participación política, ni por ninguno otro, por lo que no es posible hablar de una respuesta penal desproporcionada frente a eventuales extralimitaciones en el ejercicio de estas libertades, ni de que tal reacción desproporcionada pueda disuadir de su ejercicio legítimo al resto de los ciudadanos". La sanción impuesta, además, se coloca en "el grado medio de una escala en la que el límite inferior está constituido por la pena de privación del derecho de sufragio pasivo (artículo 44 CP) y el límite superior por la pena de inhabilitación absoluta (artículo 41 CP)". Además, una vez cumplida la pena, "el interesado podrá volver a su actividad política, si lo estima conveniente".

iii) En tercer lugar, el recurrente objeta que, a efectos de inhabilitación, no existe analogía entre cargos de gobierno y cargos parlamentarios ni tampoco entre los diversos ámbitos territoriales (europeos, nacionales, autonómicos o locales). De esta forma, la queja se refiere a la concreción del alcance de la expresión "u otros análogos", que no parece propia del análisis del principio de proporcionalidad, sino del principio de legalidad, en su vertiente de interpretación judicial de la norma. Por lo tanto, el alcance del control constitucional, según el fiscal, se centra en la razonabilidad de la aplicación judicial del precepto penal. En este punto se remite a los argumentos ofrecidos en la sentencia del TS, de los que se deduce que, "en todo caso, el efecto del que se queja la parte recurrente resultaría igualmente de la aplicación de lo establecido en el artículo 6.2.b) LOREG". Se trata de un criterio perfectamente razonable, "sobre todo si también se considera la íntima conexión que está establecida en el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña entre el cargo de Presidente de la Generalitat y el cargo de diputado en el Parlamento de Cataluña de acuerdo con lo establecido en su artículo 67.2 ('[e]l Presidente o Presidenta de la Generalitat es elegido por el Parlamento de entre sus miembros')".

iv) Finalmente, en cuanto al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 42 CP, el fiscal considera improcedente esta pretensión. Si la denunciada infracción del principio de proporcionalidad de las penas no puede ser acogida, ningún motivo habrá de existir para plantearse la posible inconstitucionalidad del art. 42 CP.

10.17. La vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por inaplicación de la doctrina de la STS de 23 de enero de 2019.

La alegación del recurrente estaría basada en que el TS se habría apartado del criterio previamente adoptado en la STS 722/2018, de 23 de enero de 2019, dictada en el recurso de casación núm. 1018-2017, en cuanto a la determinación de la pena.

Eso implica que la vulneración se atribuye a la resolución del TS. En consecuencia, era necesario haber planteado el oportuno incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), con carácter previo a la presentación de esta demanda. Al no haberlo hecho así, concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.a) LOTC.

Por último, conviene señalar que el Ministerio Público también se refiere en su dictamen a la alegación formulada por el recurrente sobre la vulneración del derecho al “juez establecido en la Ley” (sic), que se integra en la genérica invocación del derecho a un proceso con todas las garantías.

Sobre este extremo, el fiscal considera que la ampliación del número de magistrados integrantes de la sala encargada de resolver el recurso de casación, y la consiguiente infracción de lo dispuesto en el art. 898 LECrim, “sólo puede ser contemplado como expresión de la voluntad de dar la máxima importancia al análisis y resolución de tal recurso, por la trascendencia del mismo, y como manifestación de un propósito decidido de garantizar al máximo los derechos del recurrente, sin relevancia constitucional alguna”.

En modo alguno puede considerarse como una “manifestación de una previa voluntad de obtener, a cualquier precio, el resultado (supuestamente pretendido por la Sala) consistente en el derrocamiento del Gobierno de la Generalitat, encabezado por su Presidente”.

Otro tanto puede decirse sobre la concreta composición de la sala, sin perjuicio de que el análisis de dicha cuestión “tenga mejor encaje en el estudio del motivo que se funda en la falta de imparcialidad de la Sala”.

Una vez expuesto todo lo anterior, el fiscal finaliza su dictamen interesando, en primer lugar, la “inadmisión de los motivos de amparo en que, conforme a lo indicado (...) concurre alguna causa de inadmisión, con arreglo a lo establecido en el artículo 50.1.a) LOTC”; y en segundo lugar, la “íntegra desestimación de los demás motivos (...), con arreglo a lo establecido en el artículo 53.b) LOTC”.

11. Por la Secretaría de Justicia se ha dictado diligencia el 4 de febrero de 2021, dejando constancia de la presentación de los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal y de la representación del partido político Vox, quedando el asunto concluso y pendiente para deliberación cuando por turno corresponda.

12. En virtud de escrito registrado en fecha 3 de diciembre de 2021, la representación del recurrente promovió incidente de recusación contra el Presidente de este Tribunal así como contra el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

El incidente fue inadmitido a trámite por el ATC 107/2021, de 15 de diciembre. El posterior recurso de súplica interpuesto contra el citado auto fue desestimado por medio del ATC 17/2022, de 25 de enero.

13. Mediante providencia de fecha 22 de febrero de 2022, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y posiciones de las partes.

a) El presente recurso de amparo se interpone contra la sentencia núm. 149-2019, de 19 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJC, que condenó al demandante como autor de un delito de desobediencia; y contra la sentencia núm. 477-2020, de 28 de septiembre, de la Sala de lo Penal del TS, que desestimó el recurso de casación interpuesto frente a aquella.

Conforme a lo expuesto en el apartado correspondiente de la demanda sobre la pretensión que se ejercita, el recurrente alega las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales: i) derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho al juez imparcial, el derecho a una resolución judicial fundada en Derecho, la presunción de inocencia y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; ii) derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por concurrencia del *bis in ídem*, así como en lo relativo a los elementos del tipo penal, la previsibilidad, precisión y proporcionalidad de la sanción, y en lo relativo a la determinación de la pena; iii) derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE); iv) derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.1 CE), en relación con el derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos libremente en elecciones periódicas que tienen todos los ciudadanos (art.

23.1 CE); y v) derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), en relación con el derecho a la proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE), y en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

El Ministerio Fiscal y el partido político Vox han interesado la desestimación del recurso.

b) Las alegaciones de las partes intervinientes han sido ampliamente resumidas en los antecedentes de esta resolución. Sin perjuicio de ello, en el momento de analizar cada una de las quejas se hará una breve referencia a las posiciones de las partes.

Del mismo modo, no habiéndose planteado ningún óbice procesal sobre la propia demanda en su conjunto, las causas de inadmisibilidad invocadas de forma concreta sobre alguno de los motivos de amparo serán resueltas en el momento de analizar la queja correspondiente.

c) Las vulneraciones alegadas presentan notables diferencias en cuanto a su alcance y significación. Por razones lógico-sistemáticas se abordarán, en primer lugar, las que se refieren a las garantías del proceso debido para continuar, en su caso, con las que versan sobre el principio de legalidad penal, en las diversas manifestaciones que el recurrente ha invocado ante este Tribunal, y en su relación con otros derechos fundamentales sustantivos que han sido igualmente alegados; para finalizar, eventualmente, con el análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas por el recurrente.

2. El derecho a un juez imparcial.

El demandante de amparo alega la vulneración del derecho a un tribunal imparcial, con invocación expresa del art. 24.2 CE, en relación con el art. 6 CEDH, el art. 47 CDFUE, el art. 19.1 TUE y el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. El planteamiento de este motivo de amparo se desarrolla, a su vez, en varias quejas concretas, referidas a todos los magistrados que han intervenido a lo largo de las distintas fases del proceso, desde el magistrado instructor, pasando por los magistrados de la sala de enjuiciamiento del TSJC, hasta llegar a los magistrados integrantes de la Sala Segunda del TS que resolvieron el recurso de casación contra la sentencia condenatoria de instancia.

La pluralidad y heterogeneidad de las vulneraciones alegadas aconsejan, en este caso, iniciar su análisis mediante la reseña de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho invocado, para abordar

seguidamente y de manera individualizada las quejas planteadas, en función de su propia naturaleza y significación.

2.1. *Doctrina jurisprudencial sobre el derecho al juez imparcial.*

2.1.1. *Doctrina del Tribunal Constitucional.*

El derecho al juez imparcial aparece expresamente reconocido en el art. 6.1 CEDH. Este precepto, bajo el epígrafe “Derecho a un proceso equitativo”, garantiza a toda persona el “derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e *imparcial*, establecido por ley (...)”.

Como es conocido, nuestro texto constitucional no recoge este derecho de forma singularizada. Sin embargo, eso no fue obstáculo para que, inicialmente, se considerara englobado en el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley [STC 47/1983, de 31 de mayo (FJ 2)]. A partir de la STC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2, y, sobre todo, de la STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5, el derecho al juez imparcial se reconoce integrado en el derecho a un juicio con todas las garantías, “aunque no se cite en forma expresa” en el art. 24.2 CE. Se continuaba así con la progresiva confluencia (art. 10.2 CE) entre nuestra doctrina y la desarrollada por el TEDH en la interpretación del art. 6.1 CEDH, representada en aquel momento por las SSTEDH de 1 de octubre de 1982 (asunto *Piersack c. Bélgica*) y de 26 de octubre de 1984 (asunto *De Cubber c. Bélgica*), y plasmada posteriormente –entre otras muchas- en las SSTEDH de 24 de mayo de 1989 (asunto *Hauschildt c. Dinamarca*), 25 de noviembre de 1993 (asunto *Holm c. Suecia*), 28 de octubre de 1998 (asunto *Castillo Algar c. España*), 22 de junio de 1999 (asunto *Langborger c. Suecia*), o más recientemente, en la SSTEDH de 6 de enero de 2010 (asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España*), o 6 de noviembre de 2018 (asunto *Otegi Mondragón c. España*).

Este Tribunal ha conformado un cuerpo doctrinal sobre el derecho al juez imparcial que, de forma sistematizada y, en lo que ahora interesa para la resolución de este recurso, puede exponerse de la siguiente manera:

a) El derecho al juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia.

Este Tribunal ha afirmado que el derecho a un juez imparcial “constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo

para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial” [SSTC 205/2013, de 5 de diciembre (FJ 2) y 133/2014, de 22 de julio (FJ 2)].

En efecto, “ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados” (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). “Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2)” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

b) La imparcialidad judicial comprende dos vertientes: subjetiva y objetiva.

En línea con lo anterior, “se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)” (STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 2).

En el mismo sentido, se destaca que “[J]unto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, (...) que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso” (STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

c) La imparcialidad objetiva debe ser ponderada en cada caso concreto.

Como “causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva” se han considerado la “realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio que dificulte su correcto enjuiciamiento posterior; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 3; 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 151/2000, de 12 de junio, FJ 3; STEDH de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick, §§ 48 a 52) o, más en general, el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; y SSTEDH de 7 de julio de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan). Debemos subrayar en cualquier caso que ni esta relación de causas de parcialidad objetiva tiene el carácter de cerrada ni la concurrencia de tales supuestos comporta necesariamente tal tacha, cuestión que habrá de analizarse en cada caso a la luz de sus concretas características (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)” (STC 156/2007, de 2 de julio, FJ 6).

“La concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad. (...) ‘[L]a determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, aun cuando ésta sea sólo indiciaria y provisional (...). (...) [d]eben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto (...)” (STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

d) La imparcialidad judicial se presume.

Según la misma doctrina, “aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes (...), no basta con que tales dudas o sospechas sobre [la] imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

e) El derecho al juez imparcial debe hacerse valer a través del incidente de recusación.

El instrumento primordial para preservar el derecho al juez imparcial es la recusación, cuya importancia resulta reforzada si se considera que estamos, no sólo ante un presupuesto procesal del recurso de amparo por la supuesta vulneración del derecho al juez imparcial, sino que el derecho a recusar se integra, asimismo, en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 CE (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por tanto, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación “implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3; y 229/2003, 18 de diciembre, FJ 10)” (STC 116/2008, de 13 de octubre [FJ 2]).

f) El incidente de recusación puede ser rechazado *a limine*, incluso por el órgano recusado.

Aunque la “regla general es (...) que el órgano recusado ha de dar curso a la recusación para que sea examinada por un órgano distinto a aquél de quien se sospecha la parcialidad” (STC 155/2002, de 22 de julio [FJ 2]), eso “no significa (...) que en casos muy excepcionales la recusación no pueda rechazarse de plano por el propio órgano recusado, lo que resulta constitucionalmente admisible, a decir de la STC 47/1982, de 12 de julio, cuando se propone por quien no es parte en el proceso o falta alguno de los presupuestos de admisibilidad, tales como que se incumplan los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento (entre ellos, la extemporaneidad), cuando no se alega la causa en que legítimamente puede fundarse la recusación, o cuando no se establecen los hechos que le sirven de fundamento (FJ 3). En el mismo sentido dijimos en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5, que ‘la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria

[mientras que] en la ya citada STC 47/1982, de 12 de julio, analizando un supuesto de rechazo *a limine* de la recusación por los propios recusados, ya admitimos que tal rechazo ‘puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento’ (FJ 3), entre los que, a tenor de lo dispuesto en el art. 223.1 LOPJ, ha de incluirse la formulación de la recusación en plazo” (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 3). En esta misma resolución se añadía que el rechazo liminar de la recusación puede acordarse cuando “la improcedencia de la recusación (...) pueda apreciarse *prima facie* de modo manifiesto, claro y terminante y, además, que la tramitación ordinaria del incidente pueda causar perjuicios relevantes al proceso principal” (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

“En consecuencia, la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994, 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 L.O.P.J.), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 C.E.) (por todas, STC 234/1994)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5).

Finalmente, la STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5, señala que “el derecho a plantear la recusación, inserto, a su vez, en el derecho a la imparcialidad del juzgador, está sujeto a configuración legal (SSTC 32/1994, de 31 de enero, FJ 4; y 137/1994, de 9 de mayo, FJ único) en las normas orgánicas y procesales (...). Pues bien, [esa] exigencia legal de que la recusación se proponga tan luego o tan pronto como se tenga conocimiento de la existencia de la causa que la funde no carece de toda trascendencia constitucional. (...) Por ello es lícito que el legislador imponga la carga de impugnar esa idoneidad subjetiva con premura y que, en consecuencia, limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación. (...) Resulta, en consecuencia, constitucionalmente lícita la aplicación de un criterio riguroso a la hora de enjuiciar tanto si la parte obró con diligencia para hacer valer la recusación en un momento anterior a la sentencia, como la realidad de la concurrencia de la causa de recusación que eventualmente se invoque”.

Esta doctrina ha sido aplicada también en nuestro reciente ATC 107/2021, de 15 de diciembre (FJ 4), confirmado en trámite de recurso de Súplica, por el ATC 17/2022, de 25 de enero [FJ 4.C)].

2.1.2. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ya hemos señalado anteriormente que la doctrina de este Tribunal es semejante a la que, desde sus primeras resoluciones, se desprende de la jurisprudencia del TEDH, como expresión de una cultura jurídica común a nivel europeo. En efecto, aunque se observa alguna diferencia en los criterios de sistematización, tanto el método de análisis como el contenido de su doctrina son esencialmente coincidentes.

Así, en la STEDH de 6 de noviembre de 2018 (asunto *Otegi Mondragón c. España*), con cita de otras anteriores, se realiza una exposición de los principios generales en esta materia que, en lo que ahora interesa, se pueden resumir de la siguiente manera:

a) La imparcialidad judicial comprende dos perspectivas: subjetiva y objetiva.

Expone el Tribunal europeo que “la existencia de imparcialidad a los efectos del artículo 6.1 [CEDH] debe ser analizada de acuerdo con un criterio subjetivo, teniendo en cuenta las convicciones personales y el comportamiento de un juez en particular, es decir, analizando si el juez se encontraba afectado por cualquier prejuicio personal o predeterminación en relación a un concreto caso; y también de acuerdo con un criterio objetivo, es decir, analizando si el Tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición ofrecían suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima relativa a su imparcialidad (véase, por ejemplo, *Kyprianou v. Chipre* [GC], nº 73797/01, § 118, TEDH 2005-XIII; y *Micallef v. Malta* [GC], nº 17056/06, § 93, TEDH 2009)”.

b) Las vertientes subjetiva y objetiva están íntimamente relacionadas.

El Tribunal reconoce que “no hay una nítida división entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva, pues el comportamiento de un juez no sólo puede suscitar desconfianzas objetivas sobre su imparcialidad por parte del observador externo (criterio objetivo) sino también entrañar el análisis de sus convicciones personales (criterio subjetivo) (véase *Kyprianou*, anteriormente citado, § 119). Por ello, en aquellos casos en los que pudiera ser difícil encontrar pruebas en base a las cuales rebatir la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, la exigencia de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía adicional (véase *Pullar v. Reino Unido*, de 10 de junio de 1996, § 32, *Informes* 1996-III)”.

c) La imparcialidad judicial se presume.

En relación con el criterio subjetivo, el “principio según el cual a un tribunal se le debe presumir carente de prejuicios personales o de parcialidad está reconocido desde antaño por la doctrina de este Tribunal (véase *Kyprianou*, anteriormente citado, § 119, y *Micallef*, anteriormente

citado, § 94). La imparcialidad personal de un juez debe presumirse mientras no se pruebe lo contrario (véase *Hauschildt v. Dinamarca*, de 24 de mayo de 1989, § 47, Serie A nº 154). Respecto del tipo de prueba que se requiere para ello, este Tribunal, por ejemplo, requiere que se acredite si el juez ha mostrado hostilidad o animadversión por razones personales (véase *De Cubber v. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, § 25, Serie A nº 86)”.

d) La imparcialidad ha de analizarse en función de las circunstancias del caso concreto.

En relación con el criterio objetivo, se deben “analizar los vínculos jerárquicos o de otra naturaleza que existen entre el juez y los otros protagonistas de un procedimiento (ibid. § 97). Por lo tanto, se debe analizar en cada caso concreto si dicho vínculo es de tal naturaleza e intensidad como para implicar una falta de imparcialidad por parte del tribunal (véase *Pullar*, anteriormente citado, § 38)”.

e) La importancia de la apariencia de imparcialidad.

Como es conocido, el Tribunal europeo tiene declarado que “las apariencias pueden alcanzar una cierta importancia o, en otras palabras, ‘la justicia no sólo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra’ (véase *De Cubber*, anteriormente citado, § 26). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier juez respecto del cual pueda existir un motivo legítimo para temer de su falta de imparcialidad debe abstenerse (véase *Castillo Algar v. España*, de 28 de octubre de 1998, § 45, *Informes 1998-VIII*; and *Micallef*, anteriormente citado, § 98)”.

f) Las dudas sobre la imparcialidad han de estar objetivamente justificadas.

Finalmente, y en todo caso, “se debe analizar si, con independencia del comportamiento del juez, existen hechos acreditados que pudieran generar dudas sobre su imparcialidad. Esto supone que a la hora de decidir sobre si en un caso concreto hay una razón justificada para temer que un juez en concreto o una Sala carecen de imparcialidad, el punto de vista de la persona afectada es importante pero no decisivo. Lo que es decisivo es determinar si dicho temor puede considerarse objetivamente justificado (véase *Micallef*, anteriormente citado, § 96)”.

Una vez expuesta la doctrina de este Tribunal y del TEDH procede abordar el análisis de las distintas quejas formuladas, siguiendo el orden propuesto en el escrito de demanda.

2.2. La actuación del magistrado instructor del procedimiento.

2.2.1. Posiciones de las partes.

La demanda afirma que el magistrado instructor de las actuaciones en el TSJC no fue imparcial, por distintas razones. En primer lugar, por haber formado parte de la sala que acordó la admisión a trámite de la querrela formulada por el Ministerio Fiscal. En segundo lugar, por su negativa a valorar la contaminación de dos miembros de la JEC. En tercer lugar, por determinadas expresiones contenidas en el auto de fecha 27 de junio de 2019, por el que se acordó la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. En cuarto lugar, por haber sido designado magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC por el sistema de propuesta parlamentaria de un partido político que ha destacado por su interés en apartar al recurrente de su cargo. Y, en quinto lugar, porque los dos incidentes de recusación planteados contra el magistrado instructor, mediante escritos de 6 de julio y 17 de septiembre de 2019, fueron rechazados *a limine* por el propio magistrado recusado. Todos estos hechos, según la demanda, suponen una infracción del derecho a un juez imparcial reconocido en el art. 47 CDFUE, en relación con el art. 19.1 del TUE y el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343. Estas infracciones fueron denunciadas ante el TSJC y el TS, y fueron desestimadas en las respectivas instancias.

Sobre este motivo de amparo, el Ministerio Fiscal considera que la alegación sobre la admisión a trámite de la querrela inicial aparece huérfana de un mínimo desarrollo argumental, por lo que omite un pronunciamiento sobre esta cuestión. En lo relativo al auto de incoación de procedimiento abreviado, entiende que el magistrado instructor ajustó su actuación a la naturaleza y contenido establecido en el art. 779.1.4ª LECrim. Y lo mismo sucede con la presunta omisión de las alegaciones planteadas por el recurrente sobre la falta de imparcialidad de la JEC. El magistrado debe exponer los hechos con relevancia penal y determinar su presunto autor, sin entrar en consideraciones que son propias de la fase de enjuiciamiento. En cuanto al carácter político del sistema para su nombramiento, el fiscal advierte del carácter discriminatorio del planteamiento del recurrente, que tacha de parcial al magistrado instructor por haber sido designado conforme a un procedimiento previsto en la legislación vigente, y no por sus actos o manifestaciones. De todo lo anterior se deduce la procedencia de la inadmisión *a limine* de las recusaciones planteadas, posibilidad que se desprende de los arts. 11.2, 223.1 y 225.2 LOPJ, y que ha sido admitida por la jurisprudencia de este Tribunal.

Por su parte, el partido político Vox argumenta que, en relación con el auto de acomodación a procedimiento abreviado, el magistrado se limitó a determinar de forma pormenorizada y racional la veracidad probable y presunta de los datos que definen los hechos punibles y la participación

consciente del Sr. Torra, otorgándoles una valoración jurídica provisional, por lo que nada puede reprocharse a esa actuación. Y en cuanto a la recusación planteada por el recurrente contra el magistrado instructor, no solo incumplía los requisitos formales establecidos en el art. 223.2 LOPJ, sino que tampoco tenía amparo en las causas tasadas por el art. 219 LOPJ. En tal sentido, señala que no se alegó motivo concreto alguno, más allá de “argumentos espurios” sobre una supuesta falta de imparcialidad que se evidenció inexistente.

2.2.2. Respuesta de los órganos judiciales.

Las vulneraciones alegadas por el recurrente obtuvieron respuesta en las resoluciones judiciales impugnadas.

2.2.2.1. La respuesta de la sala de enjuiciamiento del TSJC.

En la sentencia dictada por el TSJC se analizan las tachas de parcialidad atribuidas al magistrado instructor, que son desestimadas en los apartados III a V del fundamento jurídico primero. Los argumentos empleados por la sala pueden sistematizarse de la siguiente manera:

a) Sobre la negativa a valorar la falta de imparcialidad de dos de los vocales de la JEC.

La sala del TSJC confirma la decisión del magistrado instructor que, en su auto de 27 de junio de 2019, señalaba que los “supuestos pronunciamientos públicos (...) fueron efectuados con notoria anterioridad a la incoación del expediente (...) y (...) no determinaron al querellado a recusarlos durante su tramitación ni a hacer de ellos objeto del subsiguiente recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa”, añadiendo que “la causa de recusación no alegada oportunamente carece de efectos en cualquier orden jurisdiccional y supone un tácito reconocimiento de la imparcialidad de la autoridad o del funcionario de que se trate”.

Según se expone por la sala en el apartado III del fundamento jurídico primero, los mensajes y artículos aportados por la defensa en su escrito de 20 de mayo de 2019, fueron emitidos en un amplio lapso temporal que abarca “desde el 11 de octubre de 2017 hasta el 18 de abril de 2019”, en un número total de “veinticuatro”, de los que “varios de ellos reconoce la defensa del entonces querellado que se había hecho eco la prensa”. Para la sala, “se hace difícil admitir en estas circunstancias que en todo ese tiempo se desconociera su contenido por parte del MHP Sr. Torra (máxime si ya el 22 de marzo de 2019 su representación había interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra el Acuerdo de 21 de marzo de

la Junta Electoral Central, y que el 28 de ese mismo mes había presentado querrela por prevaricación contra los Vocales integrantes de la Junta Electoral Central) pero, y en todo caso, debemos señalar, como ya lo apuntaba el Ilmo. Instructor, que la jurisprudencia tiene dicho que la falta de alegación de recusación supone un tácito reconocimiento de la imparcialidad de la persona respecto de la que dicho motivo de recusación pretendía esgrimirse”.

No obstante, el TSJC constata que, “en realidad, (...) y como quiera que, junto al RD 129/2019 de 4 de marzo, que convocaba elecciones al Congreso y al Senado para el 28 de abril, además, por los Reales Decretos 206/2019 de 1 de abril y 209/2019 de 1 de abril, asimismo, se convocaron, respectivamente, elecciones al Parlamento Europeo y elecciones Locales para el siguiente día 26 de mayo de 2019, resulta que el periodo electoral que nos ocupa se prolongó, sin solución de continuidad, hasta esta última fecha, como ya se recogía por el Ilmo. Instructor en el auto de acomodación al establecer los hechos (extremo que no fue objeto de impugnación por la defensa en su recurso de reforma), de lo que se infiere, en definitiva, que el acusado sí conoció con anterioridad a la terminación del periodo electoral las circunstancias que, según alega, justificaban la recusación de los Vocales de la Junta y, no obstante ello, no planteó recusación alguna por los cauces ordinarios”.

Por ello, con cita del art. 24.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en relación con el art. 120 LOREG, y teniendo en cuenta que “podrá promoverse recusación ‘...*en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.*’ resulta obvio que, finalizado el procedimiento administrativo, ninguna actuación en dicha esfera puede llevarse a cabo en relación a la recusación de los Vocales, siendo, por lo demás, extraño que por la defensa se pretenda (y pretendiera) que, la sola puesta en conocimiento al Magistrado Instructor de estas circunstancias le obligara a “*dar pábulo*” (sic) de ello, por cuanto es evidente que ninguna intervención puede tener el investigador judicial respecto de la recusación de una autoridad administrativa (en realidad, de ninguna autoridad salvo de la propia o respecto de aquellas autoridades judiciales cuya instrucción le sea especialmente encomendada, artículos 224 y siguientes de la LOPJ)”.

b) Sobre las expresiones vertidas en el auto de incoación de procedimiento abreviado.

En el mismo apartado de su sentencia, la sala se remite a lo expuesto por el magistrado instructor en el auto de 11 de julio de 2019, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 27 de junio de 2019, de incoación de procedimiento abreviado. En aquella resolución, el instructor constató que el motivo alegado se había invocado una vez concluida la fase de instrucción con el dictado del auto de 27 de junio de 2019. Hasta entonces, la parte recurrente ni siquiera había impugnado el auto de admisión a trámite de la querrela ni la

incoación de las diligencias previas. Por otro lado, los hechos expuestos en el auto de 27 de junio de 2019 venían precedidos de un “prefacio explicativo” en el que, expresamente, se consideraban los hechos como “indiciariamente acreditados”, “provisionalmente constitutivos” de delito, y cometidos “presuntamente” por el querellado. Es decir, conforme a la naturaleza propia de ese auto, y con cita de las SSTS 1182/2006, de 29 de noviembre, y 1061/2007, de 13 de diciembre, se trataba de “determinar racionalmente la veracidad probable y presunta (...) de los datos que definen los hechos punibles, la participación consciente del inculpado y, en su caso, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, confiriéndoles una valoración jurídica provisional”. Por tanto, “la resolución (...) no contiene ninguna declaración de culpabilidad (...), sino solo un juicio indiciario, presunto y provisional (...) que es, precisamente, el propio de dicha resolución conforme a la ley procesal (art. 779.1.4ª LECrim)”.

Y en el apartado V de este mismo fundamento primero, la sala señala expresamente que los “vocablos cuyo uso censura la defensa del acusado”, tales como “argucia”, “persistencia” o “voluntad obstativa”, “no hacen sino describir conductas que pudieran tener encaje en el delito de desobediencia (o denegación de auxilio) por el que se iniciaron las diligencias, sin que deba confundirse el derecho a la presunción de inocencia que se alega vulnerado, con la existencia de indicios de criminalidad así considerados por el instructor, y que justifican la decisión de seguir adelante con el trámite de preparación del juicio oral”.

c) Sobre la calificación jurídica alternativa incluida en el auto de incoación de procedimiento abreviado.

La sala del TSJC aborda esta pretensión en el apartado V del fundamento jurídico primero. Tras constatar que el recurrente insta la nulidad del auto de apertura del juicio oral, por incluir el delito de denegación de auxilio del art. 412.1 y 2 CP, “lo cierto es que la posibilidad subsidiaria de integrar los hechos” en esa calificación “ya había sido apuntada (...) en el auto de acomodación a Procedimiento Abreviado, en el FD2”. A continuación, y con cita de las SSTS 179/2007, de 7 de marzo, 656/2007, de 17 de julio, y 905/2014, de 29 de diciembre, la sala considera que “la calificación jurídica de los hechos que realice el instructor” en el auto de incoación de procedimiento abreviado “no vincula a las acusaciones, que pueden acusar por los mismos o distintos tipos penales e incluso no llegar a acusar”, por lo que no concurre causa de nulidad alguna. Lo relevante es que no se causó indefensión, porque el recurrente “conoció, desde el principio, los hechos por los que venía imputado, que no han variado en absoluto durante toda la instrucción”.

d) Finalmente, en el apartado IV se responde a la queja sobre el incumplimiento de la Directiva 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

En este punto, la sala destaca que la aplicación de los términos de esa Directiva encuentra como excepción, precisamente, las “resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en sospechas o pruebas de cargo”, añadiendo que “antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas”.

Eso es lo que, a juicio de la sala, ocurre en el presente caso, ya que “nos encontramos exactamente ante un acto procesal (el auto de acomodación) adoptado por autoridad judicial competente, y basada en indicios suficientes de criminalidad que llevan al instructor a decidir la continuación del trámite, para lo cual ha comprobado, previamente, en la fase de investigación, la existencia de esos indicios que justifican la resolución en cuestión”. En consecuencia, el auto impugnado no adolece de “vicio alguno que determine su nulidad”.

2.2.2.2. La respuesta de la Sala Segunda del TS.

La sentencia de casación también aborda las quejas sobre la falta de imparcialidad del magistrado instructor, que son desestimadas en el fundamento jurídico primero. Los argumentos empleados por el TS pueden sistematizarse de la siguiente manera:

a) Sobre la pérdida de imparcialidad de dos de los vocales de la JEC.

El apartado 1.1 del citado fundamento jurídico se refiere a esta alegación del recurrente. A tal efecto, señala que “los acuerdos de la JEC se dictan en cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de la referida Junta contenidas en el art. 19.1 de la LO 5/85 y tienen su fundamento en el contenido de las disposiciones generales sobre la campaña electoral. Disposiciones que la JEC está obligada a garantizar como máximo órgano de la Administración Electoral. Resoluciones de la JEC que son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa”. Sobre la base de esa premisa, el TS precisa que el magistrado instructor “se limita a investigar, porque esa es su competencia, la presunta comisión de un delito de desobediencia, en modo alguno investigar la imparcialidad de un órgano de la Administración”. Por lo tanto,

“[n]o haber procedido a la recusación en esa vía es suficiente para desestimar las alegaciones del motivo. No es de recibo entender que la interposición de la querrela contra aquellos vocales por prevaricación, suple aquella falta de recusación, al ser una medida más contundente que ésta, al constar unido a las diligencias, el auto de esta Sala Segunda de 22-4-2019, acordando su archivo por no ser hechos constitutivos de delito”. En lo demás, se remite a los argumentos expuestos en la sentencia del TSJC, que transcribe literalmente, y que ya han sido reseñados en el apartado correspondiente de esta resolución.

b) Sobre el rechazo *a limine* de los incidentes de recusación.

El apartado 1.2 se refiere a este motivo de amparo. Para el TS, el rechazo *a limine* de una recusación ha sido avalado por “la jurisprudencia constitucional [que] permite tal posibilidad cuando es claramente infundada o temeraria, cuando no invoca una causa de recusación o cuando su invocación resulta arbitraria (SSTC 47/82; 234/99; 136/99). En consonancia con esa línea el instructor rechazó su propia recusación por considerarla claramente infundada”. A juicio de la sala, con cita y reseña parcial de las SSTC 136/1999, de 20 de julio, y 229/2003, de 18 de diciembre, “de la regulación legal se deduce que la posibilidad de inadmisión liminar está ahora contemplada expresamente en la LOPJ en dos momentos: i) el primero se refiere a la que puede acordar el mismo recusado o el tribunal del que forma parte cuando se basa en la extemporaneidad, según el artículo 223.1 LOPJ; ii) el segundo se concreta en la que corresponde acordar al instructor, por los motivos contemplados en el artículo 225.2 LOPJ. A estas posibilidades de inadmisión se une una tercera, que es la que resulta de aplicar el artículo 11.2 LOPJ, esto es, cuando las peticiones, incidentes y excepciones se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

c) Sobre las expresiones vertidas en el auto de incoación de procedimiento abreviado.

Los apartados 1.3 y 1.4 realizan una valoración conjunta de los motivos de amparo que se vinculan a la actuación procesal del magistrado instructor y, muy particularmente, el contenido del auto de acomodación de las diligencias previas en procedimiento abreviado.

La sala comienza recordando la necesaria garantía de imparcialidad del juez de instrucción que, como cualquier juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso, con expresa referencia a las SSTC 145/1988, 106/1989 y 69/2001; así como a las SSTEDH de 4 de diciembre de 1979, caso *Schiesser*; de 22 de mayo de 1984, casos *Jong y otros*, *Van der Sluijs y otros* y *Duihof y Duijf*; de 26 de mayo de 1988, caso *Pauwels*; 30 de marzo de 1990, caso *Huber*; de 26 de noviembre de 1992, caso *Brincat*; de 28 de octubre de 1998, caso *Assenov*; y de 24 de julio de 2000, caso *Niebdala*.

No obstante, “no puede olvidarse que el Juez de instrucción posee en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez prejuicios o impresiones en contra del acusado (SSTC. 145/88 de 12.7, 164/88 de 26.9, 106/89 de 8.6), y es que no todo acto de instrucción compromete necesariamente la imparcialidad objetiva del Juez, sino tan solo aquel que por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puede crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral (SSTC. 106/89 de 8.6, 170/93 de 25.5, 320/93 de 8.11). De aquí que no pueda exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez su convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de sus autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso y condicionará las resoluciones que en lo sucesiva vaya adoptando”.

Centrándose en el contenido del auto de 27 de junio de 2019, de incoación de procedimiento abreviado, el TS destaca que este tipo de autos presentan una naturaleza procesal equivalente al auto de procesamiento en el sumario ordinario. De esta forma, se está “en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza inculpativa delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso”. Esta delimitación solo vincula a las acusaciones en cuanto a los hechos y a las personas imputadas, pero no respecto de la calificación jurídica, “como recuerda la STC 134/1986”. Por ello, la sala confirma el criterio del TSJC, señalando que los “vocablos cuyo uso censura la defensa (...) no hacen sino describir conductas que pudieran tener encaje en el delito de desobediencia (o denegación de auxilio) por el que se iniciaron las diligencias, sin que deba confundirse el derecho a la presunción de inocencia que se alega vulnerado, con la existencia de indicios de criminalidad así considerados por el instructor, y que justifican la decisión de seguir adelante con el trámite de preparación del juicio oral.

d) Sobre el sistema de designación del magistrado instructor.

En el apartado 1.5 del fundamento jurídico primero de su sentencia, el TS recuerda que el nombramiento del Sr. Ramos Rubio se produjo con “escrupuloso respeto al art. 330.4 de la LOPJ”, a “propuesta mayoritaria del Parlamento de Cataluña” y por acuerdo del Pleno del CGPJ del año 2004. Por lo tanto, “vincular ello con la falta de sintonía en su momento del partido Socialista de Cataluña con esta causa, como otra suerte de persecución política, excede desde

luego, incluso de la mayor amplitud de criterio en torno al interés en la causa, o constatación de parcialidad”.

2.2.3. Resolución de las quejas.

Como se ha expuesto, el recurrente alega la vulneración de su derecho al juez imparcial, en relación con la actuación del magistrado instructor de la causa penal, mediante la atribución de una tacha de parcialidad basada en diversos hechos o circunstancias que, como se expuso anteriormente, serán objeto de un tratamiento individualizado, atendiendo a su diversa naturaleza y significación.

2.2.3.1. La intervención del magistrado instructor en el auto de fecha 1 de abril de 2019, por el que se declaró la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC para conocer de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal contra el Sr. Torra i Pla, así como admitirla a trámite y designar como instructor al magistrado Sr. Ramos Rubio.

Este motivo carece de cualquier desarrollo argumental, al margen de su mero enunciado en la página 46 del escrito de demanda. Así, tras afirmar en la página 45, *in fine*, que “el magistrado instructor (...) no es imparcial, por distintas razones”, concreta una de ellas en que “[h]abía intervenido en el dictado del auto de admisión a trámite de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal” (sic).

Según se desprende de las actuaciones, el recurrente se personó en la causa seguida ante el TSJC por medio de escrito fechado el 2 de abril de 2019. Este escrito fue proveído el siguiente día 4, fecha en que se le tuvo por comparecido, así como representado y asistido por procurador y abogado de su elección. Sin embargo, no impugnó el auto de 1 de abril de 2019, ni tampoco el de 10 de abril de 2019, por el que se acuerda formalmente la incoación de diligencias previas. Del mismo modo, ninguna de las dos resoluciones que se han impugnado hace referencia a esta cuestión que ahora simplemente se esboza, a pesar del extenso tratamiento que ambas ofrecen sobre la alegada vulneración del derecho al juez imparcial.

La ausencia de una previa invocación de la queja, y la consiguiente falta de pronunciamiento en las resoluciones impugnadas, determina que no se pueda entrar a valorar esta pretensión. Este Tribunal ha señalado reiteradamente que no le corresponde reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto, por ser carga procesal de quien pide amparo constitucional no solamente la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse sino también la de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la Justicia (por todas, STC 107/2009, de 4 de mayo, FJ 2).

Como es conocido, el recurso de amparo tiene una naturaleza subsidiaria en el sistema de protección de los derechos fundamentales, cuya “tutela general” viene “encomendada a los Tribunales de Justicia” (art. 41.1 LOTC). Por ello, la denuncia formal previa de la lesión, así como el agotamiento de los medios de impugnación previstos por las normas procesales, son presupuestos cuya inobservancia determina la inadmisión de la demanda en este punto, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1, apartados a) y c) LOTC, respectivamente.

2.2.3.2 El contenido del auto de 27 de junio de 2019, de acomodación al procedimiento abreviado, y por el que se dispuso la desestimación de la solicitud de sobreseimiento formulada por el recurrente.

La demanda considera que el contenido del auto de 27 de junio de 2019, de incoación de procedimiento abreviado, pone de manifiesto una falta de imparcialidad del magistrado instructor. A su vez, la vulneración alegada se concreta en tres aspectos, que serán analizados de forma singularizada: i) la negativa a valorar la tacha de parcialidad expuesta en relación con dos de los integrantes de la JEC; ii) la inclusión de expresiones de naturaleza indebidamente incriminatoria así como de una calificación jurídica alternativa sobre los hechos; y iii) la indebida inaplicación de los principios recogidos en la Directiva 2016/343.

A) La negativa a valorar la tacha de parcialidad de dos de los integrantes de la JEC.

En fecha 5 de junio de 2019, la representación del recurrente presentó un escrito ante el magistrado instructor en el que se solicitaba el sobreseimiento libre de la causa. Entre otros extremos, alegaba “otro tema que no es menor”, como era el “referido a la intencionalidad política de los miembros de la JEC, especialmente de algunos de los que adoptaron la decisión de la que este procedimiento trae causa”. A su juicio, “[e]xistía una predisposición a criminalizar cualquier comportamiento” del recurrente, “porque determinados y destacados miembros de la JEC tenían y tienen una clara, pública y publicada posición política, una marcada relación con los dos partidos denunciadores y fue así como se construyó una causa para llevarnos hasta donde estamos ahora”. En ese escrito se hacía una expresa remisión, “por economía procesal”, a un escrito anterior de fecha 20 de mayo de 2019, en el que se alegaba, a su vez, la “evidente animadversión existente por parte de miembros” de la JEC “hacia mi mandante, hacia su partido político y, también, hace la propia opción política que representa y que, de forma mayoritaria, le ha llevado a presidir el Govern de Catalunya”. Tras señalar que “[p]or ahora, solo hemos podido acreditar, mediante pruebas documentales, la existencia de dicha animadversión y odio de parte de, al menos, dos de los miembros de la JEC”, se aportaba “[a] modo de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad” una serie de documentos impresos

obrantes a los folios 559 a 573 de las actuaciones seguidas ante el TSJC. La petición de sobreseimiento fue desestimada en el auto de 27 de junio de 2019, por el que se acordó, a su vez, la incoación de procedimiento abreviado.

La queja se centra en que el magistrado instructor no realizó valoración alguna sobre el contenido de los documentos aportados y su posible afectación a la credibilidad de algunos de los miembros de la JEC, en su condición de denunciantes. Esa ausencia de valoración -que, a juicio del recurrente, carecería de una fundamentación razonable- es lo que determinaría la falta de imparcialidad del instructor, manifestada en ese auto. Por lo tanto, la adecuada resolución de este motivo de amparo no exige necesariamente un análisis pormenorizado de esos documentos, lo que resultará procedente, en su caso, cuando se aborde eventualmente la queja sobre la ilegalidad de los acuerdos de la JEC por la falta de imparcialidad de algunos de sus miembros. En este apartado solo nos corresponde analizar si la actuación del magistrado pudiera ser indicativa de una tacha de parcialidad, que vendría determinada por la falta de razonabilidad de la resolución judicial controvertida. Sin embargo, su análisis requiere una previa reseña –aunque sea de forma breve- de los elementos característicos más significativos de la documentación aportada en su momento por el recurrente.

a) Reseña y análisis de los documentos aportados.

Los documentos aportados, en su mayoría, eran impresiones en papel de capturas de mensajes difundidos entre el 26 de junio de 2018 y el 18 de abril de 2019, a través de la red social Twitter, por el titular de la cuenta @carlosvidalp, que supuestamente se corresponde con el vocal de la JEC don Carlos Vidal Prado. En otros casos, se trataba de reenvíos (“retuiteos”) de otras cuentas, como la denominada @encasadeherrero (programa del periodista Luis Herrero) o @LaTardeCOPE (programa de la cadena de radio COPE) realizados en fechas 11 de octubre de 2017 y 13 de marzo de 2019, respectivamente. También se aportaban reenvíos realizados desde la cuenta @carlosvidalp respecto de mensajes difundidos por otras cuentas como @JosPastr (Pastrana), el 23 de marzo de 2019; @rosadieglez (Rosa Díez), el 24 de marzo de 2019; @iguardans (Ignasi Guardans), el 25 de marzo de 2019; @manuelvalls (Manuel Valls), el 25 de marzo de 2019; o @chemadepablo (José María de Pablo), el 3 de abril de 2019. Finalmente, se aportaba la impresión de dos artículos de opinión suscritos por otro miembro de la JEC, don Andrés Betancor, en su condición de catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra, y publicados en el periódico El Mundo en fechas 14 de julio de 2018, bajo el título “El catalán errante”, y 7 de febrero de 2019, titulado “Hacia el infierno”. También, hacía referencia a un artículo publicado en el diario Expansión el 30 de enero de 2018, y reproducido el 14 de abril de 2018 en el blog personal del Sr. Betancor

[<https://andresbetancor.blogspot.com/2018/04/Puigdemont-inelegible.html>], cuyo contenido, sin embargo, no se aportaba.

Un somero examen del contenido de los documentos permite constatar, *prima facie*, que ninguno de ellos se refiere a los hechos objeto de esta causa, ni siquiera al recurrente. En su mayoría, versan sobre el denominado “juicio del procés” o sobre el Sr. Puigdemont. En unos casos, se trata de remisiones o reenvíos de informaciones publicadas en medios de comunicación o por terceras personas, sin hacer valoraciones o comentarios, y sin que conste su contenido concreto. En otros, se vierten opiniones sobre aspectos jurídicos o sobre situaciones políticas generales. Por último, un número significativo de los mensajes ni siquiera se refiere a las dos causas penales ya citadas.

b) Relevancia de la actuación del magistrado instructor sobre su apariencia de imparcialidad.

El análisis de la resolución impugnada permite constatar la ausencia de tacha alguna de parcialidad del magistrado instructor, derivada de su ejercicio jurisdiccional.

El auto de 27 de junio de 2019 responde adecuadamente a los argumentos esgrimidos para solicitar el sobreseimiento libre de la causa. El eje de la defensa se centraba en la no concurrencia de los requisitos exigidos en el delito de desobediencia del art. 410 CP. Entre los razonamientos empleados se invocaba la ilegalidad de los acuerdos de la JEC por una serie de motivos que, en lo que ahora interesa, incluía una “intencionalidad política de los miembros de la JEC, especialmente de algunos” de sus miembros, basada en la documentación ya descrita brevemente. El magistrado instructor señala, en el fundamento jurídico tercero, apartado 2, del citado auto, que esta alegación “se relaciona con el derecho a la imparcialidad de la Administración, al haberse manifestado pública y reiteradamente dos de los integrantes de la JEC, que concurrieron a la adopción de los Acuerdos de 11, 18 y 21 de marzo de 2019 –Sres. D. Carlos Vidal Prado y D. Andrés Betancor Rodríguez-, en contra del querrellado y de las personas políticamente relacionadas con él, de forma que cabe colegir razonablemente que la decisión finalmente adoptada no respondió al deber de objetividad de la Administración y, por ello, no debería ser tomada ahora en consideración”.

La respuesta a esta alegación descarta la existencia de algún “óbice a la perseguibilidad de la conducta denunciada” derivada de los “supuestos pronunciamientos públicos de dos de los integrantes de la JEC”. Para el magistrado instructor, esos pronunciamientos se hicieron “con notoria anterioridad a la incoación del expediente” administrativo, y no “determinaron (...) a recusarlos durante su tramitación ni a hacer de ellos objeto del subsiguiente recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa, con fundamento en los arts. 23 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”. El auto añade que ha de tenerse “en cuenta que

la causa de recusación no alegada oportunamente carece de efectos en cualquier orden jurisdiccional y supone un tácito reconocimiento de la imparcialidad de la autoridad o del funcionario de que se trate”, con cita de varias sentencias del TS con números 1372/2005, de 23 de noviembre (FJ 3), 648/2010, de 25 de junio (FJ 2), 79/2014, de 18 de febrero (FJ 4), 812/2016, de 28 de octubre (FJ 5), 605/2017, de 5 de septiembre (FJ 1) y 848/2017, de 22 de diciembre (FJ 2).

El examen de la decisión judicial solo puede realizarse en función de la concreta pretensión que, en aquel momento, se planteaba por el ahora recurrente. No puede valorarse sobre la base de una nueva argumentación que no pudo ser tenida en cuenta por el órgano judicial cuya imparcialidad se discute. En la fase de instrucción se invocaba la ilegalidad de las decisiones de la JEC, con una serie de argumentos entre los que se encontraba la falta de imparcialidad de dos de sus miembros, mientras que en la demanda de amparo se alega que el magistrado instructor no realizó valoración alguna sobre el contenido de los documentos aportados y su posible afectación a la credibilidad de algunos de los miembros de la JEC, en su condición de denunciante, por su animadversión ideológica con el recurrente. Sin embargo, no es lo mismo valorar la legalidad de un acuerdo que la credibilidad de unos denunciantes. El auto de 27 de junio de 2019 respondía a lo planteado por el recurrente, es decir, la ilegalidad de unos acuerdos de la JEC y, en esta línea, el discurso argumental del magistrado instructor aparece sólidamente expuesto.

En efecto, el procedimiento debía depurar la posible responsabilidad penal por un presunto delito de desobediencia frente a unos acuerdos de la JEC cuya legalidad debía ser discutida en la vía jurisdiccional correspondiente, que no es otra que la contencioso administrativa. El auto constata, en el antecedente de hecho octavo, apartados 6, 8, 14 y 26, que el recurrente no solo no impugnó los acuerdos ahora controvertidos, sino que en ningún momento formuló alegación alguna sobre una supuesta falta de imparcialidad de los miembros de la JEC, ni fueron recusados en el expediente administrativo correspondiente, a pesar de que la mayoría de sus manifestaciones eran anteriores a los acuerdos adoptados (desde el 26 de junio de 2018 hasta el 18 de abril de 2019) y fueron difundidas en redes sociales. De hecho, el escrito presentado por el recurrente en fecha 20 de mayo de 2019 se acompañaba de la copia del recurso contencioso administrativo interpuesto contra otro acuerdo de la JEC (de 21 de marzo de 2019), en el que tampoco se alegaba la falta de imparcialidad de los miembros de la JEC. Así obra a los folios 532 y siguientes de las actuaciones seguidas ante el TSJC. Desde esa perspectiva, no se podía pretender que fuera valorado en la vía penal lo que ni siquiera se discutía en la vía jurisdiccional procedente. Por lo tanto, la documentación aportada -que, además, no se refería a los hechos objeto de esta causa ni al recurrente- no podía tener influencia alguna para la adopción del auto de 27 de junio de 2019, cuyo objeto se centraba en la valoración de

la relevancia jurídico penal de la conducta del demandante frente a unos requerimientos de la JEC no impugnados judicialmente.

En cualquier caso, la queja que ahora se invoca es que el magistrado instructor tenía que haber valorado esa documentación para, a su vez, evaluar la credibilidad de dos miembros de la JEC, en su condición de denunciantes. Con ello, lo que se pretende es que el magistrado ejerciera en la fase de instrucción una función jurisdiccional que es propia de la fase de juicio oral. Es en la vista cuando, conforme al principio de libre valoración (art. 741 LECrim), se desarrolla la prueba bajo las garantías procesales de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción que, junto con el principio de igualdad de armas, se configuran como elementos estructurales del derecho a un juicio justo (STC 94/2004, de 24 de mayo, FJ 2, y la jurisprudencia allí citada).

Pero es que, además, el recurrente no solicitó en la fase de instrucción la declaración de los miembros de la JEC, a pesar de que, por providencia de 3 de junio de 2019, se le dio un traslado a las partes para que pudieran solicitar las diligencias que tuvieran por convenientes. En esas circunstancias, la actuación del magistrado se puede considerar como razonable. No era preciso valorar la credibilidad de quien ni siquiera había sido propuesto como testigo.

En definitiva, la actuación del magistrado instructor no puede considerarse ilógica, arbitraria o incurso en error patente, que son los criterios que deben tenerse en cuenta a estos efectos (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 3, y la reiterada jurisprudencia allí citada). Su decisión fue avalada por las resoluciones ahora impugnadas, por los diversos motivos ya descritos que no es preciso reproducir, y que responden a las sucesivas alegaciones formuladas por el recurrente en las distintas instancias judiciales previas. En consecuencia, si –como hemos expuesto– la actuación del magistrado instructor se adecuó a unos parámetros de razonabilidad, las resoluciones que la ratificaron deben recibir idéntica valoración de este Tribunal, lo que permite descartar cualquier tacha de parcialidad.

B) Las expresiones de naturaleza incriminatoria y la calificación jurídica alternativa que se contiene en el auto de incoación de procedimiento abreviado.

El recurrente considera que el auto de 27 de junio de 2019 incluye, por un lado, una serie de expresiones de naturaleza inequívocamente incriminatoria y, por otro, una calificación jurídica alternativa que luego fue asumida por una de las acusaciones. Ambas circunstancias permitirían deducir un indebido rol inquisitivo del magistrado instructor y, en consecuencia, una falta de imparcialidad en su actuación. Estas alegaciones se analizarán por separado.

a) Las expresiones controvertidas se reseñan en las páginas 48 y 49 del escrito de demanda. Se trata de las siguientes:

- *“La solicitud de suspensión mencionada constituía una argucia para no cumplir lo dispuesto en los Acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019”*. Antecedente de Hecho OCTAVO

- *“Por si cupiera alguna duda sobre la voluntad obstativa del querellado”*. Antecedente de Hecho OCTAVO

- *“De nuevo, por si cupiera todavía alguna duda sobre la voluntad decididamente obstativa del querellado”*. Antecedente de Hecho OCTAVO.

- *“Se trata de un argumento de conveniencia que no merece ningún crédito, ni siquiera como causa de un eventual error de tipo o de prohibición, si bien esta es una cuestión que no corresponde dilucidar en esta fase”*. Fundamento de Derecho TERCERO, 2).

- *“Lo que el querellado pretendió al sustituir dichos símbolos por otros (...) no fue sino persistir en la desobediencia, sin que pueda admitirse, tampoco, que la oscuridad de tales Acuerdos pueda provenir del hecho de...”*. Fundamento de Derecho TERCERO, 2).

Este Tribunal tiene declarado que el objeto del proceso penal presenta una “delimitación progresiva” [STC 34/2021, de 17 de febrero (FJ 5.a)]. De esta forma, tras una “inicial atribución fáctica y delictiva” a una persona determinada, los hechos “han de ser investigados, contrastados y, en su caso, declarados probados. Por otra parte, la calificación jurídica es provisional durante las fases de investigación e intermedia (STC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 4, y 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 4). Solo después de practicar contradictoriamente la prueba en un juicio público, si se mantiene la acusación, pueden los hechos imputados ser afirmados como delictivos por el órgano de enjuiciamiento, tras subsumirlos en el tipo penal que corresponda” [STC 34/2021, de 17 de febrero (FJ 5.a)].

La naturaleza del auto de transformación de las diligencias previas en el procedimiento abreviado ya fue analizada en la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 8) que, aunque referida al anterior art. 789 LECrim, es perfectamente trasladable al vigente art. 779 LECrim, en los siguientes términos: “La fase de preparación del juicio oral presupone, siempre, la conclusión de la fase de instrucción o diligencias previas, pues aunque no existe en el procedimiento abreviado -a diferencia de la previsión del art. 622 de la L.E.Crim., para el procedimiento común- una declaración expresa de conclusión, la misma está implícita en cualquiera de las resoluciones que establece el art. 789.5

de la L.E.Crim. Es indudable, al respecto, que la resolución prevista en la regla cuarta del art. 789.5 de la L.E.Crim., en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el Capítulo Segundo, esto es, la fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado-, contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y, de otra, la prosecución del proceso abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas primera, segunda y tercera del mismo art. 789.5). En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos. Dicho de otro modo, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso -art. 789.5, regla cuarta- también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del art 789.5 de la L.E.Crim. y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones”.

Lo anterior supone que el auto de incoación de procedimiento abreviado lleva aparejada una inculpación formal de la persona hasta entonces investigada. Esa inculpación exige, en lo que ahora interesa, la “determinación de los hechos punibles”, conforme a lo dispuesto en el art. 779.1-4ª LECrim. Con este tipo de resoluciones se da inicio a lo que se conoce técnicamente como “fase intermedia” o “juicio de acusación” del procedimiento abreviado, que “tiene por finalidad (...) la de resolver, tras la tramitación pertinente, sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y, en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y órgano competente para el posterior enjuiciamiento” [STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 4.B)]. Ese auto no implica la declaración de culpabilidad ni la imposición de una pena, sino la delimitación objetiva y subjetiva necesaria para dar por finalizada la fase de investigación en sentido estricto, y avanzar hacia la fase intermedia que, en su caso, pueda derivar en la fase de juicio oral. Este tipo de resoluciones solo tiene dos presupuestos legalmente establecidos: unos hechos que revistan caracteres de delito y una persona a la que se le puedan atribuir (art. 779.1.4ª LECrim). Por ello, el contenido incriminatorio es consustancial con la naturaleza de este trámite procesal.

Sobre la base de lo anterior, la utilización de algunas expresiones como “argucia” o “argumento de conveniencia”, al margen de su mayor o menor acierto, solo pueden ser entendidas como expresivas de una disconformidad con las alegaciones del recurrente, a la hora de descartar la inexistencia de delito. Y, en sentido inverso, el empleo de fórmulas como “voluntad obstativa” o “persistir en la desobediencia” no puede tener otro significado que el de describir la figura delictiva apreciada por el magistrado en el marco de la instrucción judicial. De esta forma, el magistrado está

cumpliendo con las exigencias propias de la naturaleza de este tipo de resoluciones. Si entiende que existen indicios de la comisión de un hecho delictivo lo suficientemente sólidos como para dar por finalizada la fase de instrucción y avanzar hacia la fase intermedia, así debe hacerlo constar en la resolución prevista en el art. 779.1.4ª LECrim. Adverar la concurrencia de uno de los presupuestos necesarios para dictar esta resolución solo puede interpretarse como el ejercicio jurisdiccional propio del rol funcional asignado a todo magistrado instructor, del que no cabe derivar ninguna duda de parcialidad.

b) Otro tanto sucede con la calificación jurídica de los hechos expuesta en el auto de incoación de procedimiento abreviado.

En este punto, el Ministerio Fiscal alega que este tipo de resoluciones no requieren la formulación de una concreta calificación jurídica, por lo que su inclusión no era necesaria y, por lo tanto, no implicaba favorecimiento alguno para las tesis acusadoras. Sin embargo, el art. 779.1-4ª LECrim exige la determinación de unos hechos como “punibles”, lo que implica, necesariamente, la subsunción de la conducta en algún tipo penal, por elementales exigencias de motivación de la resolución judicial. Además, a través del procedimiento abreviado solo pueden perseguirse las figuras delictivas contempladas en el art. 757 LECrim, en función del tipo y cuantía de la pena imponible, que viene descrita, precisamente, en el precepto penal correspondiente. Por lo tanto, la calificación jurídica de los hechos parece, en todo caso, necesaria.

Cuestión distinta es que esa calificación vincule a las partes acusadoras. Desde la perspectiva del principio acusatorio y del derecho de defensa, lo relevante es que se respete el núcleo esencial de los hechos atribuidos a la persona investigada, a los efectos de formular, en su caso, la acusación; y que exista una correlación o coherencia, a su vez, entre el núcleo esencial de los hechos objeto de acusación y la sentencia que ponga fin al procedimiento (ver, por todas, STC 155/2009, de 25 de junio [FJ 4]). Por lo tanto, si la concreta calificación jurídica de los hechos contenida en el auto de procedimiento abreviado no vincula a las partes acusadoras, su inclusión no puede verse como un favorecimiento de las posiciones de las acusaciones y una consiguiente pérdida de la debida imparcialidad.

C) Sobre la indebida inaplicación de los principios recogidos en la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

El texto de la demanda vincula la queja sobre la vulneración del derecho al juez imparcial a una supuesta infracción de lo dispuesto en el art. 2 de la citada Directiva. Lo primero que conviene

precisar es que se trata de una Directiva que todavía no ha sido formalmente traspuesta a nuestro ordenamiento interno. No obstante, este Tribunal ha reconocido, en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE, el carácter vinculante de este tipo de instrumentos europeos, aunque no hayan sido incorporados a nuestro ordenamiento, o lo hayan sido de forma defectuosa, “en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario” [STC 13/2017, de 30 de enero (FJ 6)] . En cualquier caso, ese precepto determina su ámbito de aplicación, que incluye a “las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales”, añadiendo que es aplicable “a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión”.

En este punto se aprecia un aparente solapamiento entre los derechos fundamentales invocados: el derecho al juez imparcial y el derecho a la presunción de inocencia. El art. 3 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar “que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la Ley”. Sin embargo, la propia Directiva encuentra su límite en aquellos “actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo” (art. 4.1, segundo inciso). La labor del juez de instrucción es, precisamente, poner de manifiesto la existencia, en su caso, de indicios racionales de criminalidad a través, entre otros, del auto de incoación de procedimiento abreviado. Eso no puede suponer la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque, como antes se expuso, ese auto no declara la culpabilidad ni impone pena alguna. Por lo tanto, conforme a lo indicado en la propia Directiva invocada, ninguna quiebra de la imparcialidad del magistrado puede derivarse del ejercicio de una función jurisdiccional que, según la ley, le atribuye la facultad de apreciar la posible existencia de indicios delictivos.

2.2.3.3. Sobre la forma de nombramiento del magistrado instructor.

La demanda anuda la parcialidad del Sr. Ramos Rubio al sistema para su designación como magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC que, a su vez, conecta con unas manifestaciones formuladas por el presidente de esa sala y del TSJC, Sr. Barrientos Pacho, con motivo de su

comparecencia ante la comisión de calificación del CGPJ, celebrada el 12 de enero de 2016, en el marco del proceso de provisión para ese cargo. En el esquema argumental de la demanda no se pone en cuestión el propio sistema de provisión de la plaza, regulado en el art. 330.4 LOPJ. De hecho, no se propone al Tribunal el planteamiento de una cuestión (interna) de inconstitucionalidad sobre este precepto. En realidad, la falta de imparcialidad del magistrado instructor no se hace depender del régimen legal de su nombramiento, ni siquiera de su propia conducta, sino que se conecta con las manifestaciones de un tercero.

En efecto, todo el motivo gira en torno a la propuesta formulada por el entonces candidato a la plaza de presidente del TSJC, en su comparecencia ante la comisión de calificación del CGPJ. En ese acto, el magistrado Sr. Barrientos Pacho expuso el plan de actuación presentado, en el que se incluía la propuesta de introducir un factor de corrección en las normas de reparto de la Sala de lo Civil y Penal, a fin de evitar que un magistrado nombrado a través del citado sistema pudiera conocer de la investigación de hechos atribuidos a algún cargo público del partido político que lo hubiera propuesto.

Las manifestaciones del Sr. Barrientos Pacho no pueden determinar la pérdida de imparcialidad del magistrado instructor de la causa. En el contexto en que se produjeron solo pueden ser interpretadas como una mera propuesta que ni siquiera se había expuesto en el marco de una actuación jurisdiccional en sentido estricto y que carecía de rango normativo y, por lo tanto, de efecto vinculante alguno. Las dudas sobre la imparcialidad “solo pueden provenir de los actos o conductas del magistrado objetivamente constatables”, pero no de los “hechos u opiniones de terceros” [STC 91/2021, de 22 de abril (FJ 5.6.3.c)]

Por lo demás, la controversia suscitada parte de una premisa errónea. El sistema de designación previsto en el art. 330.4 LOPJ no aparece formalmente vinculado a un partido político concreto. Ese precepto regula el sistema de nombramiento de un determinado número de magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que habrán de ser “juristas de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional”. Conforme a lo dispuesto en la LOPJ, el nombramiento se realiza “sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa” de la comunidad autónoma respectiva. Es decir, la asamblea en su conjunto asume las propuestas formuladas por los distintos partidos políticos. Y, en todo caso, el nombramiento corresponde al CGPJ, que es el órgano que tiene atribuida esa función, por mandato constitucional (art. 122.2. CE).

Una vez nombrado, ese magistrado aparece investido de las mismas garantías que cualquier integrante del Poder Judicial, es decir, la independencia, inamovilidad, responsabilidad y el sometimiento al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello, en el ejercicio de su función jurisdiccional no puede ser excluido del conocimiento de los asuntos sino por las causas tasadas legalmente, entre las que no se encuentra el concreto sistema seguido para su designación. Como se ha expuesto, el respeto a las normas aplicables en materia de abstenciones y recusaciones (art. 219 LOPJ) constituye el presupuesto normativo básico para la debida observancia del derecho al juez imparcial. Cualquier objeción de parcialidad distinta al mero cumplimiento de las normas sobre competencia y composición de una sala hubiera requerido la aportación de un principio de prueba sobre la vulneración real y efectiva del derecho al juez imparcial. El recurrente no ha propuesto ningún elemento objetivo en tal sentido, al margen de las opiniones de un tercero que, como hemos visto, carecen de virtualidad alguna a estos efectos. El motivo no puede prosperar.

2.2.3.4. Sobre el rechazo *a limine* de las recusaciones formuladas contra el magistrado instructor.

Una vez analizadas las alegaciones del recurrente, en lo relativo a las cuestiones de fondo o materiales, resta por abordar la queja formal planteada, referente a la indebida inadmisión *a limine* de los dos incidentes de recusación formulados contra el magistrado instructor.

a) La representación procesal del Sr. Torra i Pla planteó por primera vez la recusación, de forma subsidiaria a una petición de abstención, en su escrito de recurso de reforma presentado el 3 de julio de 2019 contra el auto de 27 de junio de 2019, de incoación del procedimiento abreviado. Tras un requerimiento para subsanar defectos formales, se presentó escrito de recusación en fecha 8 de julio de 2019, por la causa prevista en el art. 219-10ª LOPJ. La recusación se basaba, en primer lugar, en las expresiones contenidas en el auto de 27 de junio de 2019, ya reseñadas, de las que, según el recurrente, se deducía una presunción de culpabilidad contraria a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo; en segundo lugar, en la vulneración del principio de legalidad, con manifiesto apartamiento del principio de taxatividad de los tipos penales, por falta de tipicidad de los hechos investigados, por la comparación con el delito previsto en el art. 502 CP, y por la calificación jurídica alternativa como delito del art. 412 CP. Esta recusación fue inadmitida a trámite por medio del auto de 11 de julio de 2019, por el que también se desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 27 de junio de 2019, ya citado. El rechazo de la recusación se justificó, en esencia, por dos motivos: i) la falta de firma del recusante; y ii) el “abuso de derecho” y el “fraude procesal dirigido a remover al juez predeterminado por la ley y a dilatar la tramitación”

del procedimiento, al plantearse una recusación basada en motivos “ilusorios, irreales y ajenos por completo” a la causa invocada.

b) El segundo incidente de recusación se formuló por escrito de fecha 17 de septiembre de 2019, una vez conocida la designación del magistrado Sr. Ramos Rubio como instructor del incidente de recusación planteado, a su vez, contra los magistrados del TSJC Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve. Esta segunda recusación se interpuso por las causas previstas en el art. 219-9ª y 10ª LOPJ, conforme a los argumentos ya descritos, a los que se añadía el sistema de designación de este magistrado, a propuesta de un partido político que tenía un especial interés en apartar al recurrente de su cargo. Esta nueva recusación fue rechazada por el magistrado Sr. Ramos Rubio por medio de auto de 20 de septiembre de 2019, al apreciar abuso de derecho y fraude de ley, con amparo en lo dispuesto en el art. 11.2 LOPJ.

c) Desde sus primeras resoluciones (STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3), este Tribunal hubo de recordar que la sustanciación de un incidente de recusación forma parte del propio derecho a la tutela judicial efectiva y que, por ello, el derecho a formular recusación comprende la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la ley y, muy singularmente, que no sea analizada ni resuelta por los mismos jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la ley defiera el examen de la cuestión; aunque enseguida admitió que, en casos excepcionales, la recusación puede ser rechazada de plano por el propio órgano recusado sin dar trámite a su estudio y resolución contradictoria.

Siguiendo los criterios expuestos en la STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2, a los que se refiere de forma sistematizada el ATC 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2, debemos señalar en primer lugar que es doctrina del Tribunal, sentada desde el primer auto dictado en la materia, que en el escrito proponiendo la recusación no solo se debe expresar de forma clara y concreta la causa de recusación prevista por la ley, sino que deben expresarse los hechos concretos en que la parte funde tal afirmación y que estos hechos constituyan -en principio- los que configuran la causa invocada” (ATC 109/1981, de 30 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, AATC 115/2002, de 10 de julio, F J 1, y 80/2005, de 17 de febrero, FJ 3).

En tal medida, hemos señalado en las resoluciones citadas que “el rechazo preliminar de la recusación (...) puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento” (STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3)”. A éstos supuestos hemos añadido aquel en el que “se aduce una causa de recusación ilusoria que en

modo alguno se desprende de los hechos en que intenta fundamentarse” (STC 234/1994, de 20 de julio), o cuando se invoca arbitrariamente una causa de recusación (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5).

También hemos señalado que es legítimo “inadmitir a trámite las recusaciones que, por el momento en que se suscitan, su reiteración u otras circunstancias ligadas al proceso concreto, son formuladas con manifiesto abuso de derecho o entrañan fraude de ley o procesal (art. 11.2 LOPJ; SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FFJJ 2 a 6; y ATC 145/2003, de 7 mayo, FJ 1)”. Y es que, en efecto, la procedencia del rechazo liminar de una causa de recusación se puede verificar a través de las circunstancias que la circundan, de su planteamiento y de las argumentaciones de los recusantes, ya que “la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas” (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas (ATC 394/2006, ya citado)”. Esta doctrina ha sido reiterada, más recientemente, en nuestro ATC 107/2021, de 15 de diciembre (FJ 4), confirmado en trámite de recurso de súplica por el ATC 17/2022, de 25 de enero [FJ 4.C)].

En este caso, las causas de recusación invocadas son las previstas en el art. 219-9ª y 10ª LOP, es decir, “amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes” y “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, respectivamente. Como se exponía en la STC 69/2001, de 17 de marzo (FFJJ 18 y 20), la amistad íntima o enemistad manifiesta hace referencia a una relación de carácter personal con las partes del proceso, mientras que el interés directo o indirecto se refiere a una vinculación del magistrado con el objeto del procedimiento, de manera que le pueda “afectar directa y especialmente”, o pueda derivarse del mismo algún “beneficio o perjuicio” [ATC 26/2007, de 5 de febrero (FJ 7)]. En esta resolución también se señalaba que, partiendo de la acepción de la palabra “interés” recogida en el Diccionario de la Real Academia, como “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración”, se ha afirmado que “las manifestaciones o expresiones de opiniones e ideas relacionadas con el objeto del proceso (...) pueden ser exponente en algunos casos del ‘interés’ a que se refiere el art. 219.10 LOPJ, y determinar por tanto la recusación del Magistrado de que se trate”.

Los requisitos exigidos para adoptar una resolución de ese tipo se han visto colmados por las decisiones que ahora se discuten. Las resoluciones del magistrado instructor entroncan con el canon de enjuiciamiento propio del derecho a una resolución motivada, tal y como ha sido descrito, entre otras muchas, en la STC 8/2014, de 27 de enero [FJ 3]. Las decisiones exponen con claridad los motivos de la inadmisión del incidente de recusación. A ellos nos remitimos.

No obstante, la inclusión del régimen de abstenciones y recusaciones en el ámbito propio de la configuración legal del derecho al juez imparcial, obliga a examinar esas resoluciones no solo desde la perspectiva del mero control externo propio del canon de enjuiciamiento de una cuestión de legalidad ordinaria, sino también desde el plano de la efectiva apreciación de los elementos que sustentan las pretensiones alegadas y la consiguiente protección del derecho fundamental invocado, que no puede verse afectado por interpretaciones excesivamente rigoristas de las normas aplicables.

Se atribuye al magistrado instructor una enemistad con el recurrente y un interés directo o indirecto en la causa, es decir, una aproximación al objeto del proceso que pudiera afectar a su imparcialidad, o a su imagen de imparcialidad. Sin embargo, los hechos sobre los que pivota esta atribución aparecen directamente conectados, por un lado, con el ejercicio de su función jurisdiccional en el marco del procedimiento, y por otro, con el sistema de nombramiento como magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC. Se trata de unos motivos de recusación que ya han sido analizados en los apartados anteriores, y que carecen de toda viabilidad para acreditar la pretensión del recurrente.

La legítima discrepancia con las resoluciones judiciales no puede generar, por sí misma, una causa de recusación. La disconformidad con las decisiones de un magistrado ha de hacerse valer a través de los mecanismos procesales correspondientes, pero no puede fundamentar una recusación porque, en tal caso, estaríamos en presencia de un derecho no avalado por norma alguna: el derecho a elegir a aquel juez que estime las pretensiones de la parte. Como se ha expuesto, la actuación del magistrado instructor se ajustó a los parámetros propios de su rol funcional en el proceso. La atribución de una falta de imparcialidad en estos casos puede considerarse razonablemente como un abuso de derecho, que no puede encontrar amparo legal (art. 11.2 LOPJ).

Del mismo modo, no se puede atribuir a un magistrado una finalidad política como consecuencia de un determinado sistema de nombramiento. En concreto, nos encontramos ante un proceso de designación en el que aparecen implicados todos los partidos políticos que componen la asamblea legislativa correspondiente, que es la que formalmente propone una terna sobre la que, finalmente, el órgano constitucionalmente asignado (CGPJ) realiza el nombramiento. En todo caso, ese magistrado aparece investido de las mismas garantías de independencia e imparcialidad que cualquier otro miembro de la carrera judicial, a la que pertenece desde su designación. Las causas de abstención y/o recusación fijan normativamente aquellos supuestos en los que debe presumirse la parcialidad del juzgador. Eso no significa que la imparcialidad no pueda ser desvirtuada por otros hechos o circunstancias, sobre todo cuando, como ocurre en este punto, se trata de analizar la vertiente objetiva de la imparcialidad judicial. No obstante, esos hechos o circunstancias deben ser

de la misma entidad que las causas de abstención y/o recusación para que, sin caer en la interpretación extensiva o analógica, puedan justificar el principio de prueba sobre la parcialidad que, en cualquier caso, es exigible. Nada de esto se ha aportado por el recurrente, quien ni siquiera sugiere la inconstitucionalidad del sistema de nombramiento previsto en el art. 330.4 LOPJ. Para que el recurso pudiera prosperar hubiera sido necesario establecer, al menos, una conexión lógica entre lo dispuesto en la norma y la ausencia de imparcialidad derivada de su estricto cumplimiento, al margen del ejercicio propio de la función jurisdiccional. Una vez más, el recurso omite la aportación de algún dato mínimamente objetivo.

La tesis del recurrente supondría, en definitiva, una presunción de falta de imparcialidad basada en percepciones subjetivas o impresiones personales incompatibles con el rigor y objetividad exigibles en el planteamiento de una recusación. Se trataría, por lo tanto, de recusaciones infundadas. En ese escenario, las sucesivas peticiones de apartamiento del magistrado instructor fueron debidamente inadmitidas, conforme a nuestra doctrina ya citada, de manera que las resoluciones que confirmaron esas decisiones, ahora impugnadas, tampoco pueden ser indicativas de una falta de imparcialidad.

El motivo debe ser desestimado.

2.3. La actuación de los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJC.

2.3.1 Posiciones de las partes

La demanda alega la falta de imparcialidad de los integrantes de la sala de enjuiciamiento del TSJC. Varias son las causas en las que se funda esta alegación: los magistrados Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve formaron parte de la sala que acordó la admisión a trámite de la querrela inicial interpuesta por el Ministerio Fiscal; el magistrado Sr. Barrientos Pacho realizó unas manifestaciones públicas el 12 de marzo de 2019 en las que se pronunciaba sobre uno de los acuerdos de la JEC que luego conformaron el objeto de enjuiciamiento; la actitud ostensible de rechazo hacia la expresión “presos políticos”, mostrada por el magistrado Sr. Barrientos Pacho en un acto celebrado en el Colegio de Abogados de Barcelona; el sistema de nombramiento de la presidencia del TSJC, a través de un órgano de sustrato político como es el CGPJ, puesto en conexión con la “sorprendente” rapidez en la ejecución de la sentencia, coincidiendo con la inminencia de la decisión del CGPJ sobre una plaza de magistrado del TS a la que optaba el Sr. Barrientos Pacho; las manifestaciones públicas realizadas por el tercer integrante de la sala de enjuiciamiento, Sr. Gadea

Francés, criticando la actuación de la Generalitat de Cataluña; y, finalmente, sobre el tratamiento y la forma de dirigirse al recurrente durante la vista oral, despojándole de los honores inherentes a la condición de presidente de la Generalitat, lo que supuso una anticipación de su condena. Apoya su pretensión en la SSTEDH de 16 de octubre de 2018 (asunto *Otegi Mondragón c. España*), 22 de julio de 2008 (asunto *Gómez de Liaño c. España*), 11 de julio de 2019 (asunto *Skrlj c. Croacia*), y 1 de diciembre de 2015 (asunto *Blesa Rodríguez c. España*). Del mismo modo, cita la STJUE de 5 de noviembre de 2019, considerando que estos hechos suponen una infracción del derecho a un juez imparcial reconocido en el art. 47 CDFUE, en relación con el art. 19.1 del TUE y el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343.

Sobre este motivo de amparo, el fiscal interesa su desestimación. En relación con las manifestaciones públicas del magistrado presidente del TSJC y de la sala de enjuiciamiento, Sr. Barrientos Pacho, el Ministerio Público considera que no ponen de manifiesto tacha alguna de parcialidad, por diversos motivos. En primer lugar, porque en el momento en que se emitieron (marzo de 2019) ni siquiera se conocía la posibilidad de que se fuera a incoar un procedimiento penal (iniciado en noviembre de 2019), ya que se desconocía la conducta posterior del recurrente, lo que impedía mostrar una anticipación sobre su criterio acerca de la existencia de un delito que no se había cometido; y en segundo lugar, porque las manifestaciones fueron “extremadamente correctas”, no implicaron un alineamiento con las partes, ni sirvieron de auxilio a las pretensiones de la acusación. En realidad, lo único que se hizo fue recordar principios básicos del ordenamiento jurídico como los deberes de neutralidad y objetividad de las administraciones públicas, y el carácter de la JEC como garante de los derechos fundamentales implicados en procesos de esa naturaleza. En cuanto a las manifestaciones públicas del magistrado Sr. Gadea Francés, el fiscal considera que concurre un óbice procesal de admisibilidad, al no promover la recusación de este magistrado [art. 50.1.a) LOTC en relación con el artículo 44.1.c) LOTC]. Causa de inadmisibilidad que también concurre respecto de la alegación referente al tratamiento ofrecido por la sala al Sr. Torra i Pla durante la vista oral. Según el fiscal, la infracción se habría producido ante la sala de enjuiciamiento, y su invocación se produjo en el trámite del recurso de casación, por lo que la primera resolución judicial sobre esta cuestión fue emitida por la Sala Segunda del TS, frente a la que no se agotó la vía judicial previa a través del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones [art. 50.1.a) LOTC, en relación con los arts. 44.1.a) LOTC y 241 LOPJ].

Por su parte, el partido político Vox comienza afirmando que las alegaciones formuladas por el recurrente forman parte de una “estrategia” encaminada a promover el desprestigio de la Justicia española, planteando incidentes de recusación contra quienes dictan resoluciones que no son de su agrado. En cuanto a los concretos motivos alegados por el recurrente, se abordan de la siguiente

manera: i) sobre la participación de los magistrados Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve en el trámite de admisión de la querrela, entiende que los términos del auto no incluyen valoración fáctica y jurídica alguna de la que se pueda deducir una toma de posición previa sobre el objeto del proceso; ii) en lo relativo a las manifestaciones públicas del magistrado Sr. Barrientos Pacho, considera que se hace una defensa del respeto a la ley y al Estado de Derecho, sin expresar ideas políticas, ni entrar a valorar el fondo del asunto; iii) sobre las declaraciones del magistrado Sr. Gadea Francés, además de que no guardaban relación alguna con el objeto del proceso, plantea un óbice de admisibilidad, al entender que la recusación fue extemporánea, por invocarse en el mismo acto de la vista oral, como cuestión previa; y iv) finalmente, sobre el tratamiento otorgado al Sr. Torra i Pla durante la vista oral, se remite a los argumentos empleados en la sentencia del TS, que considera que en los actos estrictamente jurisdiccionales no rige norma protocolaria alguna, sino las leyes procesales.

2.3.2 Respuesta de los órganos judiciales

Las vulneraciones alegadas por el recurrente obtuvieron respuesta en las resoluciones judiciales impugnadas.

2.3.2.1 La respuesta de la sala de enjuiciamiento del TSJC

En la sentencia dictada por el TSJC se analizan las tachas de parcialidad atribuidas a los propios magistrados integrantes de la sala, que son desestimadas en el apartado III del fundamento jurídico primero. Los argumentos empleados por la sala del TSJC pueden sistematizarse de la siguiente manera:

a) Sobre la intervención de dos miembros del tribunal en el trámite de admisión de la querrela interpuesta por la Fiscalía, y sobre las causas de recusación invocadas contra el magistrado Sr. Barrientos Pacho.

El TSJC se remite (en el fundamento de derecho primero, apartado III) al auto dictado el 9 de octubre de 2019 por la sala a la que se refiere el art. 77 LOPJ, encargada de resolver los incidentes de nulidad planteados contra sus miembros. En ese auto (FJ tercero.2), la sala destaca que “el auto de admisión de la querrela (...) no constituye una ‘instancia’ diferente de la del plenario, sino únicamente el presupuesto para el inicio de la fase de instrucción del proceso”. Además, el “propio contenido del auto (...) no revela la sospecha o recelo de pérdida de imparcialidad (...), sin predeterminar de ninguna forma lo que haya de resultar de la fase de investigación y comprobación

del delito, a cargo exclusivamente del juez de instrucción”. En el FJ tercero.3, la sala argumenta que, en esta materia, “no cabe la aplicación analógica de las normas”, y que los “magistrados recusados no han ocupado cargo público distinto del jurisdiccional desde cuyo desempeño hubiesen tomado conocimiento del objeto aquí litigioso”.

Por otro lado, el auto (FJ cuarto.4) aborda las declaraciones del Sr. Barrientos Pacho, destacando que “fueron efectuadas en su condición de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y, por tanto, representante del Poder Judicial en este territorio (art. 161.1 LOPJ), en ejercicio de la innegable libertad de expresión que le corresponde, acrecentada por el rol institucional inherente a ese cargo”. En cuanto al fondo de las declaraciones, señala que tuvieron lugar “en una comparecencia pública ante los medios informativos de Tarragona destinada a dar cuenta de las actividades gubernativas desarrolladas por la Sala de Gobierno del tribunal por él presidido, y que el mensaje transmitido por el magistrado-presidente se limitó a dejar constancia de la conveniencia de respetar principios básicos de la actividad política (neutralidad de los poderes públicos, limpieza del proceso electoral), ponderando en ese sentido la resolución adoptada el día anterior por el organismo público encargado precisamente de la salvaguarda de esos principios. Nada indicó (...) acerca del alcance de la decisión de la JEC y menos aún sobre las consecuencias de una hipotética inobservancia del mandato administrativo, siendo así que justamente el núcleo del debate (...) reside en el delito contra la Administración pública que pudiera haber cometido [el recurrente] al haber desatendido supuestamente aquella decisión, acerca de lo cual nada dijo el magistrado recusado pues dicho conflicto aún no se había desencadenado”. Para la sala, las manifestaciones no contienen “ninguna referencia personal al señor Torra o a conductas concretas desplegadas por el mismo”. Del mismo modo, considera “intrascendente” lo sucedido en el acto celebrado en el Colegio de Abogados de Barcelona, porque “no guarda relación con el objeto” del proceso. Por todo ello, concluye que no concurre animadversión alguna del magistrado, añadiendo que es “notoria la improcedente invocación” de las causas de recusación previstas en los números 13º y 14º del art. 219 LOPJ, ya que “no consta que el mismo haya ocupado cargo público alguno y menos aún desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado de un modo u otro en el asunto” objeto de esta causa, “ni tampoco nos hallamos ante un proceso en que sea parte la Administración Pública”.

b) Sobre las declaraciones del magistrado Sr. Gadea Francés.

La sala considera que, además de que no guardan relación alguna con los hechos objeto del procedimiento, el recurrente no hizo valer esta alegación en tiempo y forma, a través del correspondiente incidente de recusación.

2.3.2.2 La respuesta de la Sala Segunda del TS

La sentencia de casación también aborda las quejas sobre la falta de imparcialidad de los magistrados de la sala del TSJC, que son desestimadas en el fundamento jurídico primero. Tras hacer una muy amplia reseña de la doctrina de este Tribunal y del TEDH sobre el derecho al juez imparcial, los argumentos empleados por el TS pueden sistematizarse de la siguiente manera:

a) Sobre el rechazo de la recusación de los magistrados Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve.

El TS señala que el auto de admisión a trámite de una querrela es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica y está configurado legalmente como un juicio claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos en la ley como delito han sido cometidos por el acusado. En el caso concreto, una vez analizado el contenido de esa resolución, no se puede sostener un “efecto contaminante” de la imparcialidad, ya que el auto de admisión a trámite de la querrela “se ha movido siempre en el plano abstracto, hipotético o conjetural”, sin prejuzgar el fondo del asunto.

b) Sobre las manifestaciones públicas del presidente de la sala del TSJC.

Para la Sala Segunda del TS, estas manifestaciones no afectan a la imparcialidad del juez, no anticipan su posición en relación a la conducta posterior del hoy recurrente, teniendo en cuenta que, por la fecha en que se produjeron, esa conducta era imprevisible.

Además, dado el carácter personalísimo de la causa de recusación analizada (art. 219-9ª LOPJ), no es posible admitir, ni lógica ni jurídicamente, que el magistrado recusado mantenga una relación de enemistad con “los catalanes, la Generalitat de Cataluña, su Gobierno o Parlamento”. Y lo mismo puede decirse del interés con el objeto del proceso (art. 219-10ª LOPJ). Para que quepa apreciar cualquiera de los intereses a que se refiere el precepto, del resultado del proceso debe derivar un potencial provecho para el magistrado recusado, sin que sea admisible reconducir la tacha al plano exclusivamente de la discrepancia en la interpretación de los preceptos constitucionales.

c) Sobre la conducta del Sr. Barrientos Pacho en un acto celebrado en el Colegio de Abogados de Barcelona.

Se considera que no puede entenderse como una manifestación de pérdida de imparcialidad, al ser la “expresión de su discrepancia con la utilización [del] calificativo” de “presos políticos”,

utilizada en ese acto por el presidente del Parlamento de Cataluña para referirse a las personas implicadas en el denominado “juicio del procés”.

d) Sobre las declaraciones del magistrado Sr. Gadea Francés.

Para el TS, esas manifestaciones no guardan relación alguna con la actuación del recurrente en la presente causa, sino que se referían al clima creado en Cataluña a raíz de la sentencia de 14 de octubre de 2019 recaída en la Causa Especial núm. 20907-2017, de la Sala de lo Penal del TS y las autoinculpaciones masivas en sedes judiciales, entre ellas las del propio Presidente de la Generalitat.

e) Sobre el tratamiento dispensado al recurrente por la sala del TSJC.

El TS considera, de nuevo, que la actuación de la sala de enjuiciamiento no puede considerarse como indicativa de una pérdida de imparcialidad. A juicio del TS, el Reglamento 2/2005, de 23 de noviembre, de Honores, Tratamientos y Protocolo en los actos judiciales solemnes, considera en su preámbulo que “se ha procurado evitar que su aplicación alcance al desarrollo de los actos estrictamente jurisdiccionales, por tratarse de un ámbito en el que, en propiedad, no rige norma protocolaria alguna sino las leyes procesales, tal como recoge en su art. 2. Por tanto los tratamientos son protocolarios y el juicio oral no está sometido a ese protocolo. Todo acusado -no solo el recurrente- debe ser tratado con respeto, como así sucedió, por lo que la queja del recurrente resulta infundada”.

2.3.3. Resolución de las quejas.

El recurrente alega la vulneración de su derecho al juez imparcial, en relación con la actuación de los magistrados de la sala de enjuiciamiento del TSJC, mediante la atribución de una tacha de parcialidad basada en diversos hechos o circunstancias que, como ya se expuso anteriormente, serán objeto de un tratamiento individualizado, atendiendo a su diversa naturaleza y significación.

2.3.3.1. Sobre la admisión a trámite de la querrela

A diferencia de lo que ocurriera con el magistrado instructor, el recurrente expone en su demanda las razones por las que considera que la intervención de dos magistrados en el dictado del auto de admisión a trámite de la querrela determinaba su falta de imparcialidad para poder formar parte del tribunal sentenciador. A su juicio, en ese auto de 1 de abril de 2019 se incluían

consideraciones fácticas y jurídicas que, sustancialmente, eran las mismas que las que habrían de ser objeto de debate en el plenario, por lo que era racionalmente previsible que esos magistrados hubieran formado opinión sobre el fondo del asunto, con el consiguiente quebranto de su imparcialidad. Más en concreto, el recurrente hace especial hincapié en la siguiente expresión: “la relación circunstanciada de hechos que incorpora [la querella] presenta a *priori* una apariencia delictiva”. De lo anterior deduce que el tribunal fijó criterio sobre que los hechos indiciariamente tenían apariencia de delito y que aparecía con visos de verosimilitud que el recurrente podía ser responsable de los mismos. Eso determinaría la concurrencia de la causa de abstención y/o recusación prevista en el art. 219-11ª LOPJ, es decir, “(...) haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”, así como, por vía analógica, la causa prevista en el art. 219-16ª LOPJ, consistente en “haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”. En fecha 9 de septiembre de 2019, el recurrente formuló incidente de recusación por estos motivos contra los magistrados Sr. Barrientos Pacho y Sra. Armas Galve. Este incidente fue desestimado por auto de 9 de octubre de 2019, dictado por la Sala competente para ello, prevista en el art. 77 LOPJ. Las resoluciones impugnadas en este recurso de amparo confirman esta decisión, por los motivos ya expuestos, que damos aquí por reproducidos.

Lo primero que conviene señalar es que, como se ha razonado anteriormente, la falta de imparcialidad judicial ha de ponerse de manifiesto a través de las causas de abstención y/o recusación previstas en la norma correspondiente. En este caso, la parte invoca los motivos recogidos en el art. 219, apartados 11ª y 16ª LOPJ, ya reseñados. Parece claro, en línea con lo argumentado en el fundamento jurídico tercero del auto de 9 de octubre de 2019 de la Sala del art. 77 LOPJ, que los magistrados no habían ocupado cargo público o administrativo alguno en el que pudieran haber tomado contacto previo con el objeto del proceso que se sometió ulteriormente a su consideración. Y, del mismo modo, la admisión a trámite de una querella no puede equipararse con la resolución del pleito o causa en anterior instancia, porque ese auto no contiene un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por lo tanto, no concurría ninguna de las dos causas de recusación invocadas por el recurrente.

No obstante, la doctrina de este Tribunal sobre la vertiente objetiva de la imparcialidad judicial determina un análisis *ad casum* de la concreta actuación jurisdiccional que es objeto de controversia. Por ello, aunque hemos declarado que la “admisión de la querella (...) no vulnera el derecho al juez imparcial” (STC 45/2006, de 13 de febrero, FJ 5), en el necesario examen de las condiciones formales o extrínsecas que corresponde realizar en este tipo de resoluciones pueden deslizarse expresiones de las que pueda deducirse una previa toma de partido de los magistrados. Es

decir, aunque no sea propio de su naturaleza, en pura hipótesis cabría considerar que los magistrados hubieran podido introducir en el auto de admisión a trámite de la querrela algunas manifestaciones de las que deducirse su falta de imparcialidad en el momento del enjuiciamiento, derivadas de una toma de postura sobre la realidad del hecho delictivo o de su autoría. Eso obliga a una casuística labor ponderativa que pasa por el estudio detallado del auto controvertido. Una vez más, nos encontramos ante alegaciones ancladas en elementos fácticos que es preciso apreciar o descartar para determinar, eventualmente, su relevancia a fin de valorar la vulneración del derecho fundamental objeto de la impugnación.

El demandante señala que el auto de admisión a trámite de la querrela contiene un pronunciamiento que implica una valoración de la relevancia jurídico penal de unos hechos que, sustancialmente, fueron los mismos que se sometieron al enjuiciamiento por estos mismos magistrados que, en tal sentido, ya habían adquirido un prejuicio que afectaba a su apariencia de imparcialidad.

Sin embargo, la premisa de la que parte la demanda no puede ser compartida por este Tribunal. Como es conocido, el auto de admisión a trámite de una querrela “es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica y está configurado legalmente como un juicio claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos en la Ley como delito han sido cometidos por un acusado” (STC 162/1999, de 27 de diciembre, FJ 6). A través de ese auto se trata de comprobar, en los términos dispuestos en los arts. 269, 313 y 270 y ss. LECrim, si los hechos descritos en la querrela son constitutivos de delito y pueden ser atribuidos a una persona concreta y determinada, procediendo, en consecuencia, su investigación. En ese momento procesal, la sala únicamente podía atender al relato fáctico de la querrela y a su calificación jurídica, de manera que su admisión a trámite solo podría ser obviada si los hechos en que se fundaba eran manifiestamente falsos o no eran constitutivos de delito. No obstante, una admisión a trámite de una querrela no prejuzga la existencia de delito ni su autoría. No condiciona el devenir futuro del procedimiento. No declara culpabilidad o inocencia.

El auto de la sala de admisión se mueve en ese plano funcional, y es especialmente riguroso en su análisis prospectivo sobre los hechos. Varias expresiones abonan esta tesis.

Así, en el fundamento jurídico segundo, apartado 1, se dice que “[l]a decisión que nos corresponde adoptar respecto a lo solicitado por el Fiscal Superior de Cataluña se basa, con carácter exclusivo, en lo que se afirma en la propia querrela, cuya valoración se afronta a los exclusivos efectos de comprobar que la misma cumple adecuadamente los requisitos que describe el art. 277 LECrim en relación con el art. 313 LECrim.”. Para continuar más adelante señalando expresamente

que “la presente resolución no asume ni da por supuestas, en absoluto, todas y cada una de las valoraciones fácticas y jurídicas que se contienen en la querrela”. Por ello, la sala se limita a “constatar que se identifica correctamente el Tribunal al que se dirige”, su “competencia”, la “legitimación” y que “contiene (...) una relación circunstanciada de hechos, no solo con expresión del lugar y de la fecha de los mismos, sino también de la identidad de la persona contra la que se dirige la acción penal y a quien se atribuye indiciariamente su comisión, todo lo cual, sin embargo, es susceptible y está necesitado de una investigación ulterior, que habría de ser acometida con autonomía de criterio, de forma independiente”. En ese mismo fundamento, en su apartado 2, la sala aclara que la decisión de admisión a trámite de una querrela no requiere la misma valoración jurídica que su inadmisión, por la exigencia, en este último caso, de una ponderación y motivación derivada de la concurrencia del *ius ut procedatur*, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Como se puede comprobar, el auto de admisión no contiene un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no afirma la existencia de delito ni la culpabilidad de sus presuntos autores. Ni siquiera introduce matiz alguno del que pudiera derivarse un avance especulativo sobre estos extremos. Se mueve, en todo momento, en un plano provisional, hipotético o conjetural. Su ámbito valorativo se circunscribe a una estricta comprobación de la apariencia delictiva de los hechos expuestos en la querrela inicial. Por lo tanto, de sus términos no se deduce una toma de posición de los magistrados sobre los elementos esenciales que serían objeto de su enjuiciamiento, por lo que no puede imputárseles tacha de parcialidad alguna.

El motivo se desestima.

2.3.3.2 Sobre las manifestaciones y conductas públicas del magistrado Sr. Barrientos Pacho.

Un segundo bloque de la queja se centra en la denuncia de parcialidad del magistrado Sr. Barrientos Pacho, a la sazón, presidente del TSJC y de la sala de enjuiciamiento. El análisis de esta queja exige, en primer lugar, exponer los hechos en los que se fundamenta para, en un segundo apartado, valorar su relevancia desde la perspectiva del derecho fundamental invocado.

a) Los hechos en los que se basa la demanda son los siguientes:

i) En fecha 12 de marzo de 2019, el magistrado Sr. Barrientos Pacho hizo una serie de manifestaciones públicas, en su condición de presidente del TSJC, en el marco de una rueda de prensa ofrecida en Tarragona junto con el entonces presidente de la Audiencia Provincial, con motivo de la celebración de una reunión de la comisión permanente de la Sala de Gobierno del TSJC.

Las declaraciones ahora controvertidas se referían al acuerdo de la JEC dictado el día anterior, 11 de marzo. La demanda extracta el contenido de esas manifestaciones en los siguientes términos:

“-La medida es ‘tan obvia que no tendría que ser necesaria’ porque ‘este es el estado normal de las cosas’.

-Los edificios públicos ‘no son espacios para los posicionamientos ideológicos’ y que funcionarios y servidores públicos se deben ‘a principios de actuación que parten de la neutralidad y la objetividad’.

-A pesar de estar expuestas a impugnación, las decisiones ‘son vinculantes para los gobernantes’.

-Ante un periodo electoral, la Junta Electoral está ‘obligada a exigir que se respeten al máximo los principios y los valores de la neutralidad, porque está en juego el equilibrio político’. ‘La limpieza de un proceso electoral presupone y exige que, al menos, todos los espacios públicos no supongan ningún condicionante a la hora de emitir el voto libre de cualquier ciudadano’”.

Estas expresiones se corresponden, en esencia, con las que figuran en las reseñas de prensa aportadas por el recurrente a efectos de acreditar su alegación, y no han sido controvertidas en la instancia judicial previa.

Como se ha expuesto, en fecha 9 de septiembre de 2019 el demandante planteó un incidente de recusación contra el citado magistrado, con expresa invocación de las causas de recusación previstas en el art. 219-9ª y 10ª LOPJ, es decir, en lo que ahora interesa, “enemistad” con las partes e “interés directo o indirecto” en la causa, a las que se añadían los motivos recogidos en los núms. 13ª y 16ª del citado art. 219 LOPJ, consistentes en haber ocupado un cargo público, empleo o profesión en los que hubiera participado o hubiera tenido conocimiento del objeto de la causa, que determinara una toma de posición previa sobre el asunto. El incidente fue desestimado por medio del auto de 9 de octubre de 2019 (FJ cuarto.4), ya reseñado.

ii) En fecha 23 de febrero de 2018, en el marco de un acto celebrado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, el entonces presidente del Parlamento de Cataluña, Sr. Torrent i Ramió, pronunció unas palabras en las que calificó como “presos políticos” a las personas que en ese momento estaban siendo investigadas ante la Sala Segunda del TS en el denominado “juicio del procés”. Tras escuchar esa expresión, el magistrado Sr. Barrientos Pacho, que estaba presente en el acto en su condición de presidente del TSJC, abandonó la sala en la que se desarrollaba el evento, haciendo lo propio otras autoridades y cargos judiciales. Esta conducta muestra, según el recurrente, la consideración que le merece al magistrado Sr. Barrientos Pacho la expresión “presos políticos” que, precisamente, formaba parte del contenido de la pancarta que fue objeto de examen en los

acuerdos de la JEC que, a su vez, determinaron la conducta del recurrente que fue objeto de enjuiciamiento, entre otros, por el citado magistrado.

iii) El sistema de nombramiento del Sr. Barrientos Pacho como presidente del TSJC, a través de un órgano de sustrato político como es el CGPJ, se pone en conexión con la “sorprendente” rapidez en la ejecución de la sentencia. A tal efecto, se denuncia que el mismo día 28 de septiembre de 2020, fecha en que el TSJC recibió la notificación de la desestimación del recurso de casación, se procedió a la ejecución de la sentencia condenatoria contra el recurrente. En la demanda, presentada el día 29 de septiembre, se relaciona este hecho, a su vez, con la inminencia de la celebración de un pleno del CGPJ, previsto para el día 30 de septiembre, en que se decidía el nombramiento para un plaza de magistrado del TS a la que optaba el Sr. Barrientos, que era el “preferido” del presidente del CGPJ, Sr. Lesmes.

b) El análisis de este motivo de amparo exige una serie de consideraciones previas.

i) En contra de lo que expone el recurrente, es perfectamente posible deslindar las funciones jurisdiccionales de las responsabilidades gubernativas. El art. 117.3 CE señala que el “ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”; mientras que el art. 122.2 CE designa al Consejo General del Poder Judicial como el “órgano de gobierno” de este. Como ya se exponía en la STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 6), “la distinción entre un sentido amplio y un sentido estricto en el concepto de Administración de Justicia no es algo irrelevante jurídicamente. Esa diferencia (...) tiene, al menos, valor para distinguir entre función jurisdiccional propiamente dicha y ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse por un lado, y otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, por otro”. En el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley, mientras que las competencias gubernativas permiten cierto margen de apreciación, al menos, en aquellos aspectos no estrictamente reglados. En todo caso, las funciones gubernativas solo pueden estar orientadas hacia la defensa de la independencia judicial en el ejercicio de su labor jurisdiccional. En ese ámbito, el “Consejo [CGPJ] es, por determinación constitucional, ‘órgano de gobierno’ del Poder Judicial (art. 122.2 CE), poder éste, dijimos tempranamente, ‘de configuración plural’ (STC 45/1986, de 17 de abril, FJ 5); esto es, encarnado en jueces y magistrados a los que la norma fundamental atribuye, en exclusividad, la función de administrar justicia con independencia, inamovilidad y responsabilidad y sin otro sometimiento que el debido al imperio de la ley (art. 117.1 y 3 CE). Precisamente en garantía de esa independencia, la Constitución configuró el Consejo como ‘órgano autónomo y

separado' (STC 108/1986, FJ 7) al que atribuyó, sin perjuicio de las demás competencias que le confiriera la ley, el ejercicio necesario de algunas de las funciones que más podrían servir, en poder de otros órganos, para influir, o así intentarlo, sobre los titulares del Poder Judicial" (STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 5). En coherencia con ese mandato constitucional, el art. 104.2 LOPJ atribuye el "gobierno del Poder Judicial" al CGPJ, pero seguidamente menciona a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia –entre otras-, como integradas en el sistema gubernativo del poder judicial, "con subordinación" al CGPJ. Como es conocido, los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia asumen la presidencia de las Salas de Gobierno (art. 149.2 LOPJ), además de ostentar la "representación del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma correspondiente" (art. 161.1 LOPJ).

Las manifestaciones y la conducta del magistrado Sr. Barrientos Pacho fueron realizadas en el ejercicio de las funciones gubernativas inherentes a su condición de presidente del TSJC. Como se ha descrito, la rueda de prensa celebrada el 12 de marzo de 2019 tenía como finalidad dar cuenta de los acuerdos adoptados en una reunión de la Comisión Permanente de la Sala de Gobierno del TSJC que tuvo lugar en la ciudad de Tarragona, mientras que el acto celebrado el 23 de febrero de 2018 en el Colegio de Abogados de Barcelona presentaba una inequívoca naturaleza institucional.

ii) En segundo lugar, la labor que corresponde a este Tribunal se limita al control de constitucionalidad de las resoluciones impugnadas y de las que desestimaron los incidentes de recusación planteados contra el magistrado Sr. Barrientos Pacho, en su relación con la posible afectación del derecho al juez imparcial. Queda, por lo tanto, fuera de nuestro ámbito realizar un examen sobre la mayor o menor corrección de las declaraciones o de la conducta del magistrado, desde su perspectiva extra jurisdiccional, que deben ser valoradas en las instancias gubernativas correspondientes.

Un análisis del auto de 9 de octubre de 2019 dictado por la sala del art. 77 LOPJ entronca con el canon de enjuiciamiento propio del derecho a una resolución motivada (art. 24.1 CE), tal y como ha sido descrito, entre otras muchas, en la STC 8/2014, de 27 de enero [FJ 3]. La decisión expone con claridad los motivos de la inadmisión del incidente de recusación. Otro tanto sucede con las propias resoluciones impugnadas, señaladamente, la sentencia dictada por la Sala Segunda del TS. A ellas nos remitimos.

No obstante, la inclusión del régimen de abstenciones y recusaciones en el ámbito propio de la configuración legal del derecho al juez imparcial, obliga a examinar esa resolución no solo desde la perspectiva del mero control externo propio del canon de enjuiciamiento de una cuestión de legalidad ordinaria, sino también desde el plano de la efectiva apreciación de los elementos que

sustentan las pretensiones alegadas y la consiguiente protección del derecho fundamental invocado, que no puede verse afectado por interpretaciones excesivamente rigoristas de las normas aplicables.

Hechas estas precisiones, procede ahora entrar a valorar el fondo de las quejas planteadas.

c) Las manifestaciones del Sr. Barrientos Pacho en la rueda de prensa celebrada el 12 de marzo de 2019 no integran las causas de recusación invocadas por el recurrente, ni afectan a la apariencia de imparcialidad del magistrado.

En efecto, el contexto en el que se emitieron pone de manifiesto la notable controversia social existente en ese momento, y su repercusión directa en el ámbito de la administración de justicia. De hecho, en esa rueda de prensa también se le preguntó por la “seguridad de los edificios judiciales tras ataques de los CDR”, señalando que “el ‘contexto social’ en Cataluña no permite modificar el plan de seguridad de los Mossos en estos edificios, conocido como dispositivo Toga”. También detalló que “todavía no se ha identificado a los responsables ‘del ataque sistemático’ a una veintena de sedes judiciales, por lo que considera que debe mantenerse activado este refuerzo de la seguridad en edificios judiciales hasta que se les localice”. Parece claro, por tanto, que las manifestaciones del Sr. Barrientos Pacho se realizaron no solo en su condición de presidente de un órgano gubernativo, sino como máximo representante del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma de Cataluña, al que se le preguntaba sobre aspectos básicos del funcionamiento del sistema judicial, empezando por las propias garantías de seguridad personal de los jueces y magistrados.

En el ejercicio de esa función no jurisdiccional, se puede entender como razonable que se pronuncie sobre aspectos elementales del ordenamiento jurídico, que es la base del Estado de Derecho sobre el que se asienta el principio de la independencia judicial. Este tipo de declaraciones podrían considerarse, sin dificultad alguna, como una manifestación de la “función pedagógica de explicación de la ley”, admitida y promovida en el apartado 20 de los Principios de Ética Judicial, aprobados por acuerdo del Pleno del CGPJ de 16 de diciembre de 2016. Estos principios se encuentran alineados con otros protocolos internacionales como los Principios de Bangalore (2001), en el marco de Naciones Unidas, continuado con el Dictamen del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la ética y la responsabilidad de los jueces (2002), el Código Modelo Iberoamericano de ética judicial (2006), adoptado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, al que se adhirió el CGPJ por acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2016, y la Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces (2010), promovida por la Red Europea de Consejos de Justicia. Finalmente, la Recomendación R (2010)12, de 17 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa exhorta a los Estados miembros a aprobar un Código de Ética Judicial.

En este ámbito, las expresiones del Sr. Barrientos Pacho solo pueden entenderse como una mera reafirmación de algunos principios básicos del ordenamiento jurídico. La presunción de la validez de los actos administrativos se encuentra recogida en el art. 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas; mientras que los arts. 38 y 98 de este texto afirman el carácter ejecutivo de esos actos. Por otro lado, el principio de neutralidad de los poderes públicos aparece directamente vinculado al propio texto constitucional (arts. 9.3 y 103.1 CE), que garantiza la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como la objetividad de la administración, mediante su sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En ese marco general se inserta el específico deber de neutralidad de los poderes públicos que, regulado en el art. 50.2 LOREG especialmente durante la campaña electoral, pretende garantizar la libertad del ejercicio del derecho al sufragio, a fin de que “aflore sin condicionamientos la verdadera voluntad política del elector” [STC 14/2021, de 28 de enero (FJ 4)]. Y, en ese contexto, se explica la referencia a las competencias que, con carácter general, corresponden a la JEC en garantía de la “transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad” (art. 8.1 LOREG).

El recurrente considera que estas manifestaciones suponen una predeterminación de lo que, en definitiva, sería el objeto del posterior enjuiciamiento y, en consecuencia, una apariencia de falta de imparcialidad de quien ya se había pronunciado sobre el fondo del asunto. Lo primero que conviene resaltar es que, como han destacado las resoluciones impugnadas, no es posible atribuir al magistrado Sr. Barrientos Pacho ánimo alguno de prejuzgar unos hechos que, en aquel momento, no se habían producido. La conducta del recurrente comenzó a desplegarse a partir del día siguiente, 13 de marzo de 2019, según el relato de hechos probados. El magistrado ni siquiera mencionó al Sr. Torra i Pla. No obstante, dejando al margen ese aspecto que podría calificarse como subjetivo, en el sentido de intencional, lo relevante es valorar si, desde el plano objetivo o externo, las declaraciones podían ser interpretadas por el recurrente como indicativas de una previa toma de posicionamiento del magistrado sobre lo que iba a ser el objeto del juicio. Es decir, si el recurrente podía temer, de manera objetiva y fundada, que el magistrado no iba a actuar imparcialmente en el enjuiciamiento de los hechos. En este punto, el examen de la conducta del recurrente permite apreciar una incoherente fluctuación que no puede recibir amparo de este Tribunal.

La demanda considera que las manifestaciones del Sr. Barrientos Pacho suponían la predeterminación del fallo, porque afirmaba la competencia de la JEC y la legalidad de sus acuerdos, lo que, precisamente, fue objeto de discusión en el procedimiento penal, a instancias del recurrente. Sin embargo, esa no fue siempre su conducta. Como se deduce del relato de hechos probados, la competencia de la JEC no fue objetada durante la tramitación del expediente. El recurrente presentó

hasta dos escritos ante la JEC, de fechas 13 y 19 de marzo, en los que solicitaba una reconsideración y una aclaración, respectivamente, de los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, pero en los que no se ponía en duda la competencia de la JEC. Más expresiva es la conducta del recurrente sobre la supuesta ilegalidad de esos acuerdos de la JEC, que ni siquiera han sido impugnados a través de la vía jurisdiccional correspondiente, que no es otra que la contencioso administrativa. No se puede sostener que el recurrente pudiera percibir una sospecha o temor fundado sobre una falta de imparcialidad de un magistrado, sobre la base de unas declaraciones en las que se pronunciaba sobre unos aspectos que el propio recurrente no objetaba en aquel momento, ni objetó posteriormente, pudiendo hacerlo.

En cualquier caso, las declaraciones del magistrado Sr. Barrientos Pacho no implicaban la valoración sobre la relevancia jurídico penal de los hechos posteriormente imputados al Sr. Torra i Pla. Sin que esto suponga prejuicio alguno sobre otros de los motivos alegados en la demanda, parece necesario resaltar en este apartado que la concurrencia de una infracción penal de desobediencia requiere también, y sobre todo, la valoración de la conducta de la persona a quien se dirige la orden o requerimiento, en función de las alegaciones que pueda ofrecer a lo largo del procedimiento sobre la posible existencia de causas de justificación. Es decir, la apreciación de un delito de desobediencia exige una compleja valoración de diferentes elementos objetivos y subjetivos. Por ello, desde el punto de vista de las apariencias, o de la sospecha objetiva que pueda tener el justiciable, las manifestaciones del Sr. Barrientos no suponían una declaración de culpabilidad de una conducta que, primero, no se había producido, y segundo, requerían de la valoración de otros extremos sobre los que, indudablemente, no hubo pronunciamiento alguno del magistrado recusado.

d) La conducta del Sr. Barrientos Pacho en el acto celebrado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el 23 de febrero de 2018 tampoco puede estar incurso en causa de recusación.

Lo que se achaca al magistrado es que su conducta de abandono del acto como manifestación de desacuerdo con la expresión “presos políticos” pronunciada por quien entonces ostentaba la condición de presidente del Parlamento de Cataluña, don Roger Torrent, implicaría una toma de posición sobre uno de los elementos determinantes de la condena penal, ya que la pancarta que dio origen a los acuerdos de la JEC contenía esa misma expresión.

Como ya se ha expuesto, los hechos sucedieron durante la celebración de un acto solemne de la abogacía en la que suelen estar presentes autoridades civiles y judiciales, por lo que puede considerarse como un evento de carácter institucional al que acudía el Sr. Barrientos Pacho como máximo representante del Poder Judicial en Cataluña. La demanda centra su atención en la expresión

“presos políticos”, aunque no fueron las únicas consideraciones críticas vertidas por el Sr. Torrent i Ramió, según se desprende de la documentación aportada, particularmente en relación con la “crisis del estado de Derecho”, de la “separación de poderes” y de la “garantía de los derechos fundamentales”, así como la imposibilidad de que se pueda materializar la “voluntad de las urnas” por impedirlo “los tribunales a instancias del gobierno central”.

La expresión “presos políticos” implica la condena (o persecución penal) del adversario político exclusivamente por sus propias ideas. En ese contexto, la actitud del presidente del TSJC puede ser entendida como una manifestación del ejercicio de sus funciones institucionales, entre las que se encuentra, indudablemente, la defensa de la independencia del Poder Judicial, como elemento estructural del propio Estado de Derecho que rige en nuestro país, absolutamente incompatible con la existencia de “presos políticos”.

El mayor o menor acierto en el ejercicio de estas facultades gubernativas no presupone ni prejuzga el sentido de su labor jurisdiccional. Del mismo modo que su permanencia en ese acto, sin levantarse, no podría ser utilizado por las otras partes en el proceso para poner en cuestión la imparcialidad del Sr. Barrientos Pacho, por una supuesta coincidencia con los intereses del recurrente. El ámbito gubernativo o institucional no puede ser confundido con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, porque los principios o criterios de actuación son completamente diferentes. En el plano gubernativo o institucional se puede ponderar la reafirmación de los principios generales que rigen el funcionamiento del sistema institucional; mientras que en el ámbito jurisdiccional solo puede imperar el principio de legalidad. Se trata, en definitiva, de marcos funcionales perfectamente diferenciables. La mayor o menor coincidencia que, desde el punto de vista institucional, pueda expresar quien ostenta la máxima representación del Poder Judicial en una Comunidad Autónoma con una determinada actuación de los poderes públicos en ese territorio, no puede trasladarse de forma automática, como una relación causa-efecto, a un determinado sentido de una resolución judicial.

En el presente caso, además, no puede establecerse esa relación de causa-efecto porque no hubo pronunciamiento alguno sobre la concreta cuestión planteada en el ulterior proceso judicial. Así, los requerimientos de la JEC no se limitaban al lema de la pancarta, sino que se extendían a otros símbolos, señaladamente, los lazos amarillos y las banderas esteladas, sobre los que no consta que el magistrado se haya pronunciado. Además, la consideración que pueda merecer la expresión “presos políticos” no puede entenderse como un adelanto o una predeterminación del juicio sobre la relevancia jurídico penal de una conducta que, al margen del contenido específico de la pancarta, consistía en no dar cumplimiento a unos concretos acuerdos de la JEC.

Por lo tanto, como en el caso anterior, la conducta del Sr. Barrientos Pacho no supone, desde el punto de vista objetivo o de la mera apariencia, una predeterminación sobre el sentido de una determinada resolución que pudiera hacer temer al recurrente una duda fundada sobre la imparcialidad del magistrado.

e) Por último, el recurrente aprecia una pérdida de imparcialidad objetiva del magistrado Sr. Barrientos Pacho, derivada del sistema de nombramiento de la presidencia del TSJC, citando como apoyo de su pretensión la STJUE de 26 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-542/18 y C-543/18).

Esta sentencia de la Gran Sala del TJUE supone el reexamen de las sentencias del Tribunal General en los asuntos T-646/16 P (*Simpson c. Consejo*) y T-693/16 P (*HG/Comisión*), y se refiere a una irregularidad observada en la composición de una sala del Tribunal de la Función Pública de la UE que, finalmente, no fue considerada como contraria a lo dispuesto en el art. 47 CDFUE. En esta resolución, el TJUE reafirma una doctrina reiterada sobre la interpretación de ese precepto, que coincide en lo esencial con la doctrina de este Tribunal sobre el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley reconocido en el art. 24.2 CE (ver, por todas, la reciente STC 34/2021, de 17 de febrero), como presupuesto del derecho al juez imparcial. La sentencia concreta las exigencias derivadas del derecho reconocido en el art. 47 CDFUE, señalando que “postula[n] la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros (...). Más concretamente, en cuanto a las decisiones de nombramiento, es particularmente necesario asegurarse de que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de dichas decisiones impiden que se susciten dudas legítimas en lo referente a los jueces nombrados”. De esta forma, poniendo en conexión lo dispuesto en el art. 47 CDFUE con el art. 6.1 CEDH, se considera que la expresión “establecido por ley” tiene por objeto “evitar que la organización del sistema judicial se deje a la discreción del ejecutivo y que esta materia esté regulada por una ley adoptada por el poder legislativo de conformidad con las normas que delimitan el ejercicio de su competencia”. De lo anterior, el TJUE concluye que “una irregularidad cometida con ocasión del nombramiento de los jueces en el seno del sistema judicial (...) supone la infracción del artículo 47 (...) de la Carta, en especial, cuando esta irregularidad es de tal naturaleza y gravedad que crea un riesgo real de que otras ramas del poder, en particular el ejecutivo, puedan ejercer una potestad discrecional indebida que ponga en peligro la integridad del resultado al que conduce el proceso de nombramiento”. En el caso concreto sometido a su consideración, se trataba de la falta de convocatoria pública del proceso para la designación de un tercer miembro de un tribunal, y la

utilización a tal efecto del listado de personas que habían optado previamente a las otras dos plazas de ese tribunal.

Las diferencias entre el precedente invocado por el recurrente y el asunto que nos ocupa son notorias. En ese caso se trataba de una irregularidad (formal y no invalidante) en el proceso de nombramiento de un magistrado. En el presente supuesto ni siquiera se ha sugerido la existencia de deficiencia alguna en la designación del Sr. Barrientos Pacho como presidente del TSJC y, por tanto, como integrante de la sala de enjuiciamiento. Por lo demás, el sistema de nombramiento viene regulado por ley (art. 326 y siguientes LOPJ), y la competencia para su designación se atribuye al CGPJ que, como ya hemos señalado, es el órgano constitucional encargado del gobierno del Poder Judicial, precisamente en garantía de su independencia, de conformidad con los requerimientos derivados de la STJUE invocada por el recurrente. En todo caso, “la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico” [STC 108/1986, de 29 de julio (FJ 10)]. Una vez nombrado, el presidente del TSJC goza de las mismas garantías de independencia que cualquier otro miembro del Poder Judicial, sin riesgo alguno que pudiera derivarse de una hipotética influencia de los otros poderes del Estado.

Finalmente, el recurrente desliza en su demanda lo que, en cualquier caso, es un juicio de intenciones atribuido al magistrado recusado, vinculando sus legítimas aspiraciones a una plaza como magistrado del TS con la celeridad en la ejecución de la sentencia condenatoria. Una vez más, se trata de meras impresiones subjetivas que no encuentran más amparo que su mero enunciado, y que son incompatibles con el rigor y objetividad exigibles en el planteamiento de una tacha de parcialidad.

2.3.3.3 Sobre las manifestaciones públicas del magistrado Sr. Gadea Francés.

El recurrente cuestiona la imparcialidad del citado magistrado sobre la base de unas declaraciones realizadas en fecha 31 de octubre de 2019, en una entrevista concedida para el programa “El Cascabel” de la cadena Trece TV. La demanda, en sus páginas 115 a 118, recoge un extracto de esa entrevista, en aquellos aspectos que considera de interés para su pretensión. No obstante, no aporta ningún enlace que permita valorar el conjunto de la intervención del magistrado. Con esa cautela debemos señalar, sin embargo, que tampoco consta en la causa impugnación alguna sobre la veracidad de lo transcrito en la demanda.

a) Los hechos alegados.

Del contenido de la entrevista reseñado en la demanda se puede destacar, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

-Tras preguntarle por su conocimiento sobre escenas de hostilidades concretas realizadas contra los jueces en aquellos días, contesta lo siguiente:

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

-Tras preguntarle sobre si la Generalitat está torpedeando la función de los propios jueces en relación con el proceso abierto en Cataluña, contesta en el sentido siguiente:

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

-Finalmente, tras agradecerle su intervención y mostrar el apoyo del programa a los jueces que trabajan en Cataluña, el magistrado responde:

“Muchas gracias y sobre todo gracias por darnos la oportunidad de poder expresar este tipo de circunstancias y poder denunciarlo en un medio a nivel estatal”.

Según la demanda, estas declaraciones ponen de manifiesto que el citado magistrado, escasos días antes del inicio del juicio oral, “denunció” públicamente en televisión: i) determinadas actuaciones de miembros del gobierno que presidía el recurrente, incluido él mismo; ii) sentirse personalmente “hostigado” e “incomodado” por el gobierno que presidía el recurrente; y iii) sentirse “preocupado profundamente” por las actuaciones de ese gobierno.

Las resoluciones impugnadas consideran que estas declaraciones no guardaban relación alguna con los hechos por los que fue condenado el recurrente. Además, la sala del TSJC resaltó que esta queja no se había formulado a través del oportuno incidente de recusación. Precisamente, este hecho es señalado por el Ministerio Fiscal y la representación del partido político Vox para alegar la concurrencia de un óbice procesal de admisibilidad de la demanda en este punto, por falta de invocación temporánea de la vulneración denunciada [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.c) LOTC], dado que el recurrente no interpuso el correspondiente incidente de recusación del magistrado, sino que formuló una mera alegación en el trámite de cuestiones previas, al inicio del juicio oral.

b) Sobre la concurrencia de un óbice procesal de admisibilidad.

En el presente caso concurre el óbice planteado por el Ministerio Fiscal y por el partido político Vox. Un análisis de las actuaciones pone de manifiesto que el motivo alegado no fue articulado a través del cauce procesal indicado por la ley.

Como se ha señalado, las dudas sobre la imparcialidad judicial han de hacerse valer a través del incidente de recusación correspondiente, hasta el punto de que la posibilidad de recusar se integra en el derecho a un proceso con todas las garantías (STC 116/2008, de 13 de octubre, FJ 2). El incidente de recusación se convierte, por tanto, en el instrumento idóneo para invocar una vulneración del derecho al juez imparcial. Al no hacerse así, no solo se renuncia al ejercicio del derecho a recusar en tiempo y forma, como expresión de ese derecho integrado, a su vez, en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). También se impide la práctica de la prueba que se estime pertinente (art. 225 LOPJ), así como la instrucción y resolución del incidente por los órganos legalmente competentes (arts. 224 y 227 LOPJ). Del mismo modo, se imposibilita que el magistrado recusado pueda ofrecer las explicaciones que entienda procedentes sobre la cuestión sometida a controversia. El incidente de recusación es una garantía para quien recusa,

porque permite una eventual reparación de la vulneración alegada mediante el apartamiento del magistrado, pero también para el recusado, porque impide –en su caso- una indebida exclusión del conocimiento del asunto que legalmente le está encomendado.

El recurrente tenía que haber planteado el incidente de recusación tan pronto como tuvo conocimiento de la causa alegada, y a través del procedimiento establecido. La entrevista se produjo el día 31 de octubre de 2019, y el juicio oral estaba señalado para el día 18 de noviembre de 2019. Resulta evidente que el recurrente conoció antes del juicio la causa invocada porque, de hecho, fue alegada como cuestión previa en el acto de la vista. Sobre esa base, del mismo modo que planteó la cuestión en esa fase, podía haber interpuesto formalmente el incidente de recusación. Al no hacerlo, su pretensión incurre en causa de inadmisión del recurso de amparo en este punto, conforme a lo dispuesto en el art. art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.c) LOTC.

No obstante lo anterior, de los antecedentes descritos se deduce que tanto la sala de enjuiciamiento como el TS entraron a valorar el fondo de la pretensión ahora formulada, con lo que queda preservada la subsidiariedad del presente recurso. Esto permite a este Tribunal señalar que, en cualquier caso, el motivo no podría haber prosperado en los términos en que ha sido planteado.

c) Sobre la cuestión de fondo.

Las declaraciones del magistrado Sr. Gadea Francés se realizaron en su condición de portavoz de una asociación judicial en Cataluña. Por lo tanto, actuaba en el ejercicio de la libertad de expresión derivada, a su vez, de la libertad asociativa reconocida en el art. 127.1 CE, y desarrollada en el art. 401 LOPJ. La entrevista se realizaba en un contexto de enorme ebullición de opiniones vertidas desde muchos sectores, y en ella se le formulaban preguntas sobre la situación en la que ejercían su labor profesional los jueces y magistrados destinados en el territorio de esa comunidad autónoma. Se trataba de hechos de indudable relevancia social a los que las asociaciones judiciales no podían ser ajenas, por su trascendencia en el plano jurídico y corporativo.

La labor asociativa, al igual que ocurre con las tareas gubernativas, puede deslindarse de las funciones estrictamente jurisdiccionales, como ya se ha expuesto. En cualquier caso, la simple lectura de los párrafos transcritos en la demanda pone de manifiesto que, tal y como señalaron las resoluciones impugnadas, las manifestaciones del Sr. Gadea Francés se mueven en un plano general del que no puede deducirse un posicionamiento sobre los hechos objeto de esta causa, con los que no guardaban relación alguna. El recurrente incide en una conexión entre su persona y las referencias del Sr. Gadea Francés a las autoinculpaciones masivas, ya que el propio Sr. Torra i Pla había acudido a una sede judicial a tal efecto. De ello deduce que el magistrado habría adquirido un prejuicio sobre el recurrente, determinante de su falta de imparcialidad. Sin embargo, el análisis detallado de las

declaraciones del Sr. Gadea pone de manifiesto que no hubo una consideración crítica o peyorativa hacia la conducta del Sr. Torra ni de los ciudadanos que acudieron a las sedes judiciales a realizar una autoinculpación, sino a los problemas de gestión que ello generaba. De su conducta no se puede deducir la concurrencia de una amistad o enemistad, ni un interés directo o indirecto en la resolución de un procedimiento en un determinado sentido.

Desde estas premisas, no pueden justificarse las dudas sobre la imparcialidad planteadas por el recurrente, ni la posible afectación a su derecho al juez imparcial.

2.3.3.4 El tratamiento honorífico del recurrente

La demanda atribuye a la sala de enjuiciamiento una conducta que considera indicativa de una pérdida de la debida imparcialidad. Se refiere a lo que califica como “despojo” de los honores y “menosprecio” del tratamiento que debía hacer recibido el recurrente, en su condición de Presidente de la Generalitat. Con referencia al art. 67 EAC, que destaca la importancia y relevancia del cargo, por ostentar “la más alta representación de la Generalitat” y la “representación ordinaria del Estado en Cataluña”, el recurrente alega que el art. 8.1 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Govern, indica que el tratamiento que debía recibir era el de “muy honorable señor” o “presidente”. Al no hacerlo así, la sala estaba mostrando una decisión anticipada de “despojarle del cargo”. Sobre esta cuestión se pronunció la Sala Segunda del TS, señalando que en el marco de la celebración de un juicio solo rigen las normas estrictamente procesales. Como ya se ha expuesto, el Ministerio Fiscal invoca un óbice procesal de admisibilidad que, por su naturaleza, debe ser abordado con preferencia sobre el resto de alegaciones.

a) Sobre la concurrencia de un óbice procesal

El Ministerio Fiscal considera que, como la infracción invocada se habría producido durante la celebración del juicio oral, y la primera resolución que se pronuncia sobre esta cuestión es la sentencia dictada por el TS en el recurso de casación, el recurrente tenía que haber agotado la vía judicial previa mediante el planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución del TS, antes de acudir en amparo ante este Tribunal. Al no hacerlo así, concurre el óbice procesal previsto en el art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.a) LOTC y con el art. 241 LOPJ.

Como destaca la STC 112/2019, de 3 de octubre (FJ 3), el “requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo (...) ‘ha de ser interpretado de manera flexible y finalista’ (entre otras muchas, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2, y

164/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 18/2009, de 26 de enero) y ‘no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso’ (SSTC 137/2006, de 8 de mayo, FJ 2; 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5, y 62/2007, de 27 de marzo, FJ 2), ‘sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente’ [entre otras, SSTC 57/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 249/2006, de 24 de julio, FJ 1; 75/2007, de 16 de abril, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 89/2011, de 6 de junio, FJ 2]”. El recurso de amparo, sin duda, tiene una naturaleza subsidiaria, porque “la Constitución no lo contempla como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 encomienda la tutela general” (STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4, entre otras muchas). No obstante, el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye al incidente de nulidad de actuaciones un carácter excepcional y dispone que solo procede cuando la vulneración de derechos fundamentales que se imputa a la resolución judicial “no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

En el presente caso, el visionado del juicio permite apreciar que la queja sobre el tratamiento dispensado al Sr. Torra i Pla fue expuesta en reiteradas ocasiones por su defensa, prácticamente desde el comienzo de la vista oral y en su informe final. Y que esta alegación fue respondida *in voce* por la sala de enjuiciamiento casi al final de la propia sesión, sobre las 18’00 horas del día 18 de noviembre de 2019. La queja fue reproducida como motivo de casación, obteniendo respuesta de la Sala Segunda del TS. En estas circunstancias, no puede entenderse que la infracción se hubiera cometido directamente por la última resolución. Lo relevante es que la parte pudo exponer esta queja y obtener una respuesta tanto en la instancia como a través de un posterior recurso. Por lo tanto, no resultaba exigible acudir ulteriormente al incidente de nulidad de actuaciones, a fin de tener por agotada la vía judicial previa, a los efectos de lo dispuesto en el art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.a) LOTC. El óbice se desestima.

b) Sobre el fondo del asunto.

Tal y como se plantea este motivo de amparo, la pretensión no puede prosperar. Dejando al margen la cuestión relativa a si el tratamiento honorífico ha de ser necesariamente aplicable a un acto estrictamente jurisdiccional que, en puridad, está regido por normas procesales, el objeto de

esta queja se reduce a si el trato dispensado por la sala al recurrente puede ser indicativo de una predeterminación del fallo. Y la respuesta solo puede ser negativa.

La sala de enjuiciamiento explicó al final de la vista los motivos por los que se dirigió al recurrente como “señor” o “don”, en aplicación del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE. No consta ni una sola expresión o conducta de la sala que pudiera interpretarse como una predeterminación del fallo, o como una mayor simpatía o animadversión hacia cualquiera de las partes. De hecho, el recurrente no ha aportado dato objetivo alguno en tal sentido, al margen de su particular interpretación sobre un tratamiento que, en todo caso, ha sido digno y respetuoso. El motivo carece de fundamento.

2.4. La actuación de los magistrados de la Sala Segunda del TS.

2.4.1. Posiciones de las partes

La demanda denuncia la pérdida de imparcialidad de varios de los magistrados de la Sala Segunda del TS, sobre la base de una serie de hechos o circunstancias que, de forma resumida, se concretan a continuación.

En primer lugar, atribuye al presidente de la sala la notificación a los medios de comunicación de la fecha previsible de celebración de la vista, antes de que el recurso hubiera sido admitido a trámite; así como el dictado de la providencia de 3 de julio de 2020, por la que se señaló la vista, cuando este trámite es competencia del letrado de la Administración de Justicia, según disponen los arts. 893, 894 y 895 LECrim, y supletoriamente, el art. 182 LEC. A lo anterior se añade que no se conocen los criterios para la determinación de la concreta composición de la sala ni del orden de los señalamientos. Todo ello se pone en relación con la Causa Especial núm. 20907-2017, y los motivos de recusación que, en su momento, se plantearon respecto de este magistrado y sus posibles relaciones con el partido popular, que fue uno de los denunciados ante la JEC en el asunto que es objeto de este recurso.

En segundo lugar, respecto del magistrado Sr. Martínez Arrieta, considera que su pérdida de imparcialidad se deriva de su intervención en la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por el recurrente contra determinados miembros de la JEC que participaron en los acuerdos objeto de autos, así como su intervención en la sala de enjuiciamiento de la Causa Especial núm. 20907-2017, en la que se condenó a las personas a las que se hacía referencia en la pancarta que fue objeto de este procedimiento. Otro tanto sucede, en este último punto, con los magistrados Sres. Del Moral García y Berdugo Gómez de la Torre. Todos ellos debieron abstenerse, igual que hicieron los magistrados

Sr. Varela Castro y Sra. Ferrer García que, habiendo intervenido en ese proceso penal, se abstuvieron como miembros de la JEC. En relación con el magistrado Sr. Magro Servet, intervino en algunas resoluciones por las que se confirmaron órdenes de detención en relación con los procesados en la citada causa especial, además de su condición de antiguo senador del partido popular.

En tercer lugar, la demanda se queja de la indebida inadmisión de los incidentes de recusación interpuesto por estos motivos, que tendrían que haber sido resueltos por la Sala a la que se refiere el art. 61 LOPJ, no por la propia Sala Segunda del TS.

Por último, el recurrente se hace eco de algunas informaciones de prensa (El diario y El Español), en las que se dice que el presidente del CGPJ habría comunicado al Gobierno de España la fecha previsible de notificación y el sentido de la sentencia citada por el TS en esta causa, así como por la publicación anticipada de su contenido. A su juicio, estas circunstancias ponen de manifiesto la carencia de imparcialidad de la Sala Segunda del TS.

El Ministerio Fiscal se opone a este motivo de amparo. En primer lugar, considera que la demanda incurre en causa de inadmisión en lo relativo a la actuación del presidente de la Sala Segunda, así como sobre la supuesta filtración del contenido de la sentencia. En ambos casos, no se habría respetado el carácter subsidiario del recurso de amparo, por falta de invocación previa de la vulneración alegada. En cuanto a la recusación de los magistrados derivada de su intervención en otros procedimientos carece de fundamento, porque versan sobre objetos completamente diferentes al que nos ocupa. Esos pronunciamientos anteriores no han supuesto una toma de posición determinante de una falta de imparcialidad para el conocimiento de este asunto. En lo relativo a la indebida inadmisión de las recusaciones, considera que la inadmisión *a limine* de un incidente de recusación, incluso por el propio órgano recusado, está contemplado expresamente en los casos previstos en los arts. 233.1 y 225.2 LOPJ, así como en el art. 11.2 LOPJ. En todo caso, a juicio del fiscal, se trata de una interpretación de la legalidad procesal que no puede calificarse de arbitraria o irrazonable, por lo que el motivo no puede prosperar.

Por su parte, el partido político Vox entiende que las recusaciones planteadas no concretaban de forma clara y precisa los motivos y las causas invocadas, lo que suponía un incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art. 223.2 LOPJ y la consiguiente inadmisión, conforme a lo dispuesto en el art. 225.2 LOPJ. Por lo demás, se atribuye una pérdida de imparcialidad basada en la previa intervención en otras causas cuyo objeto no guarda relación alguna con la que nos ocupa, por lo que carece del más mínimo sustento. En cuanto al presidente de la Sala Segunda, considera que se trata de una alegación gratuita y temeraria, porque el Sr. Marchena Gómez no ha tenido participación alguna en la resolución de esta causa. Finalmente, sobre la supuesta notificación de la sentencia al Gobierno de España, se señala que el recurrente no aporta ninguna prueba, más allá de

“meras cábalas”, con el objetivo de “crear confusión y desprestigiar a los Tribunales Españoles”, en un claro “abuso de derecho que se ha visto latente desde el inicio de la instrucción penal hasta ahora”.

2.4.2. Respuesta del órgano judicial

La sentencia de la Sala Segunda solo hace una breve referencia, parcial, a los motivos de amparo que ahora se alegan en este recurso. En concreto, en el fundamento jurídico décimo tercero, el TS se pronuncia sobre la supuesta indebida citación del recurrente para la vista del recurso de casación. Aunque fue una “alusión marginal sin el formato de una queja expresa” la Sala quiso “comprobar si en efecto se ha producido alguna deficiencia en ese trámite, pese a que en principio carecería de relevancia (art. 180.2 LECrim)”. Tras analizar las actuaciones, no se detectó “irregularidad o déficit alguno en ese auto de comunicación”. La resolución de 3 de julio de 2020, “por la que se señalaba el día para la celebración de la vista que había sido interesada por el recurrente y que, además, dada la naturaleza del delito resulta preceptiva (art. 893 bis a) 2º LECrim), y que tenía un doble contenido (el principal, la admisión del recurso; el accesorio y supeditado al mismo: señalar fecha para la vista conforme al turno establecido), fue notificada en forma a esta parte el 6 de julio como la parte proclama expresamente en la súplica que interpuso frente a ella (desestimado luego en auto de 23 de Julio también notificado)”. Por eso, la sala solo acierta a “descubrir -asumiendo el riesgo de equivocarnos- que ese sutil, y en absoluto abrupto, sino siempre legítimo más allá de la mayor o menor o ninguna razón que pueda encerrar, reproche quería enlazar con un recurso de súplica que formalizó el recurrente en fecha 16 de junio de 2020 (el escrito está fechado el día anterior) que fue repelido por no venir referido a una formal resolución judicial, y en el que el recurrente, de forma un tanto paradójica, parecía reclamar menor celeridad: una especie de anómalo y exótico derecho a un proceso con ciertas dilaciones. El derecho fundamental es justamente el contrario: a un proceso ágil que no siempre puede ser atendido en la medida de lo deseable. Más en un caso como el presente en que, según hemos indicado supra, la pendencia llevaba aparejada una situación perjudicial para el recurrente por la cierta eficacia extraprocesal que a la condena no firme otorga la legislación electoral. El asunto se señaló en la fecha indicada tomando en consideración también esa circunstancia. Solo la complejidad de algunos asuntos tratados ha hecho prolongarse la deliberación como se ha consignado en los antecedentes y como es habitual en los casos en que se ventilan recursos muy complejos: cuanto mayor es el número de motivos y recurrentes, más tiempo se hace necesario para perfilar en la deliberación todas las cuestiones a responder. En este caso pese a estar ante un único recurrente, el escrito de formalización es extenso y suscita algunas cuestiones de enjundia”.

2.4.3. Resolución de las quejas

Un análisis de las vulneraciones alegadas debe partir, necesariamente, de una reseña de las actuaciones procesales más relevantes seguidas ante la Sala Segunda del TS, en relación con las cuestiones planteadas en este motivo.

El recurso de casación fue interpuesto por medio de escrito fechado el día 4 de febrero de 2020. Por diligencia de ordenación de 6 de febrero se designó ponente al magistrado Sr. Colmenero Menéndez de Luarca, que presentó escrito de abstención en fecha 28 de mayo de 2020. El 22 de junio de 2020, el recurrente planteó un incidente de recusación contra hasta once magistrados de la Sala Segunda del TS, en su condición de integrantes del pleno que era el competente para aceptar, en su caso, la abstención del magistrado Sr. Colmenero. El pleno de la sala aceptó esta abstención por medio de auto de fecha 1 de julio de 2020, y en auto distinto de la misma fecha rechazó la recusación formulada contra la mayoría de los integrantes de la sala. Contra la inadmisión de la recusación se interpuso recurso de súplica, que fue desestimado por auto de 21 de julio de 2020.

Tras la abstención del ponente inicial, en fecha 3 de julio de 2020 se designó ponente al magistrado Sr. Berdugo Gómez de la Torre, y por medio de providencia de la misma fecha se designó al resto de los magistrados integrantes de la sala encargada de resolver el recurso de casación, Sres. Martínez Arrieta, Del Moral García, Magro Servet y Sra. Polo García. Por escrito de 17 de julio de 2020 se interpuso incidente de recusación contra los magistrados Sres. Martínez Arrieta, Del Moral García, Magro Servet y Berdugo Gómez de la Torre. Este incidente fue rechazado por medio de auto de 23 de julio de 2020. Contra este auto se interpuso un recurso de súplica, que fue desestimado por auto de 7 de septiembre de 2020.

2.4.3.1 Óbices procesales

El Ministerio Fiscal ha planteado una causa de inadmisibilidad del recurso en relación con la actuación del presidente de la Sala Segunda del TS, por falta de invocación previa de la lesión denunciada [art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.c) LOTC], al no haber planteado la recusación formal de este magistrado.

En efecto, como ya se ha expuesto en otro apartado de esta resolución, el incidente de recusación se convierte en el instrumento idóneo para invocar una vulneración del derecho al juez imparcial. Al no hacerse así, se incurre en la causa de inadmisión prevista en los preceptos ya citados.

En cualquier caso, el Presidente de la Sala Segunda no tuvo intervención alguna en la resolución del recurso de casación, al no formar parte de la sala correspondiente, por lo que su eventual participación, limitada a cuestiones de ordenación procesal, no habría podido afectar al fondo o al *thema decidendi* de las pretensiones formuladas en el recurso.

Del mismo modo, concurre también la causa de inadmisibilidad ya descrita en relación con la supuesta filtración previa del contenido de la sentencia. La demanda se hace eco de meras informaciones periodísticas sin base objetiva alguna, y con una manifiesta ausencia de atribución a un magistrado concreto, señalando a toda la Sala Segunda en su conjunto como incurso en causa de parcialidad.

Al margen de que esta falta absoluta de objetivación hubiera sido suficiente para desestimar el motivo de amparo, se da la circunstancia de que esta cuestión no fue denunciada formalmente ante la sala. A la vista del momento procesal en que tuvo lugar, hubiera sido necesario plantear el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) frente a la sentencia ahora impugnada, antes de acudir en amparo por esta causa. Procede estimar el óbice procesal invocado por el Ministerio Fiscal, por falta de agotamiento previo de la vía judicial [art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.a) LOTC].

2.4.3.2 Sobre la falta de imparcialidad de los magistrados integrantes de la sala de casación.

El recurrente reproduce ante este Tribunal las causas de recusación planteadas contra los integrantes de la sala que dictaron una de las resoluciones ahora impugnadas. A juicio del demandante, los magistrados que resolvieron el recurso de casación contra la sentencia condenatoria incurrían en causa de recusación. La vulneración alegada exige el análisis de los motivos invocados y de la decisión de rechazo *a limine* de los incidentes formulados por el recurrente.

a) Las causas de recusación planteadas contra los magistrados del TS

Como se expone en el auto de 23 de julio de 2020, las causas de recusación formuladas contra los magistrados de la sala de casación fueron las siguientes:

i) Respecto del magistrado Sr. Martínez Arrieta: haber intervenido en el dictado del auto de 22 de abril de 2019 (recurso núm. 20308-2019), por el que se inadmitió a trámite la querrela interpuesta contra los miembros de la JEC que dictaron los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. A juicio del recurrente, concurren las causas 10ª, 11ª, 13ª y 16ª del art. 219 LOPJ, ya descritas

anteriormente, porque esos acuerdos fueron la base de su condena y su legalidad es una de las cuestiones que se planteaban en el recurso de casación.

ii) Respecto de los magistrados Sres. Martínez Arrieta, Del Moral García y Berdugo Gómez de la Torre: haber formado parte de la sala de enjuiciamiento que condenó a los denominados “presos políticos”, según denominación del Grupo de Trabajo de detenciones Arbitrarias de la ONU, en la Causa Especial núm. 20907-2017. Para la demanda, concurren las causas 10ª y 13ª del art. 219 LOPJ.

iii) Respecto del magistrado Sr. Magro Servet: haber adoptado decisiones confirmando las órdenes de detención -así como de ingreso en prisión- nacionales, europeas e internacionales, respecto de los procesados implicados en la causa indicada en el apartado anterior.

El citado auto de 23 de julio de 2020 inadmite el incidente de recusación planteado por el recurrente. Respecto del magistrado Sr. Martínez Arrieta, la sala descarta abiertamente la concurrencia de las causas previstas en los núms. 13ª y 16ª del art. 219 LOPJ. Además, como quiera que no tuvo intervención alguna en los acuerdos de la JEC, tampoco concurriría la causa prevista en el art. 219-10ª LOPJ. Por ello, la sala se centra en el análisis de la posible existencia del motivo reseñado en el art. 219-11ª LOPJ, es decir, “haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. Para la sala, la decisión sobre la inadmisión a trámite de la querrela presentada contra los miembros de la JEC es una “decisión tomada en otro procedimiento distinto a la presente causa, donde, como claramente se extrae de la jurisprudencia citada en la propia resolución, el examen de la legalidad del acto supuestamente prevaricador se efectúa desde la perspectiva de la posible comisión de un delito de prevaricación y, por tanto, en un plano distinto al aquí suscitado por el recurrente. Como se hacía advertencia en el auto señalado, en el delito de prevaricación ‘no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona, con el consiguiente incumplimiento de la función que constitucionalmente corresponde a la administración pública y a sus gestores’”.

Respecto de los magistrados Sres. Martínez Arrieta, Berdugo Gómez de la Torre, Del Moral García y Magro Servet, también se descartan las causas undécima y decimotercera del art. 219 LOPJ. Como señala el auto, “[e]n el supuesto que nos ocupa, se constata que existe una ‘notoria diferencia del objeto de cada uno de los procesos’ (cfr. Auto de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ de 13 de diciembre de 2011) entre una causa en la que se llevó a cabo el enjuiciamiento y recayó la condena de varias personas y el presente recurso de casación. Además, el proponente de la recusación no aporta indicio alguno que avale la existencia de una relación antecedente o de un previo interés, que generaría un eventual perjuicio por parte de los Magistrados que deben conocer del presente recurso de casación, ni éstos han actuado en ningún momento de modo que permita pensar que han tenido

contacto con el material probatorio o con el *thema decidendi* de la causa que ahora se ventila en esta instancia casacional. Los hechos y las personas acusadas son distintas”. Por otro lado, “[e]l hecho de que otros Magistrados que formaron parte de la Sala de enjuiciamiento de aquel procedimiento se abstuviesen de intervenir en los acuerdos dictados por la Junta Electoral Central de la que en aquel momento eran Vocales o si han participado en otros procedimientos que -según su subjetiva percepción- guardan relación con el presente recurso o si han adoptado determinadas decisiones sobre la libertad de otras terceras personas no son circunstancias que comprometan la imparcialidad de los recusados”.

Como se ha expuesto, este auto de 23 de julio fue recurrido en súplica ante la misma sala, recurso que fue desestimado por auto de 7 de septiembre de 2020. En esta resolución se reitera que “por más que se insista por el [recurrente] en la relación directa o antecedente de los asuntos en los que los recusados intervinieron y el objeto del presente procedimiento, los hechos y las personas acusadas son distintos. Tampoco formaron parte de la Junta Electoral Central que dictó los acuerdos discutidos, ni son integrantes de la misma. En definitiva, no existe base alguna para sostener que hayan tenido algún contacto con el *thema decidendi* de la presente causa capaz de justificar, siquiera indiciariamente, la existencia de un previo interés o prejuicio por su parte”. En el caso particular del magistrado Sr. Martínez Arrieta, el auto vuelve a destacar que en la inadmisión a trámite de la querella interpuesta por el recurrente contra los miembros de la JEC se efectúa un “examen del acto supuestamente prevaricador (...) desde la perspectiva de la posible comisión de tal delito, que encuentra su fundamento no en la ilegalidad del acto administrativo, sino en la arbitrariedad”. Es la “arbitrariedad (que no equivale a la infracción del Derecho) la que se desecha en el auto dictado en relación con la querella interpuesta, en una causa cuyo es distinto al presente recusación de casación”.

b) El rechazo a *limine* de los incidentes de recusación.

Expuestas las concretas causas de recusación invocadas por el recurrente, y la respuesta ofrecida por la Sala Segunda del TS, es posible examinar si el rechazo a *limine* de los incidentes de recusación se ajusta a nuestra doctrina y, en consecuencia, vulneran o no el derecho al juez imparcial.

Como se expuso anteriormente, este Tribunal ha admitido el rechazo a *limine* de un incidente de recusación, incluso por el propio órgano recusado, cuando la “improcedencia de la recusación (...) pueda apreciarse *prima facie* de modo manifiesto, claro y terminante” (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2; y, más recientemente, ATC 107/2021, de 15 de diciembre, confirmado en trámite de recurso de súplica por el ATC 17/2022, de 25 de enero). Los requisitos exigidos para adoptar una resolución de este tipo se han visto colmados por las decisiones de la Sala Segunda del TS.

En efecto, las resoluciones del TS entroncan con el canon de enjuiciamiento propio del derecho a una resolución motivada, tal y como ha sido descrito, entre otras muchas, en la STC 8/2014, de 27 de enero (FJ 3). Las decisiones exponen con claridad los motivos de la inadmisión del incidente de recusación. En este punto, procede la remisión a su contenido, ya reseñado.

No obstante, el análisis del sustrato material de esas decisiones conduce a la conclusión de la falta manifiesta de fundamento de las causas alegadas por el recurrente, y la consiguiente corrección en la aplicación del art. 11.2 LOPJ.

Así, en relación con la intervención del magistrado Sr. Martínez Arrieta, un examen del auto dictado el 22 de abril de 2019 en la Causa Especial núm. 20308-2019, permite descartar abiertamente la falta de imparcialidad invocada, ante la ausencia de relación entre esa decisión y el objeto de la causa que nos ocupa. Haber dictado ese auto no implica, en modo alguno, prejuzgar la condena del recurrente.

El auto de 22 de abril de 2019 tenía por objeto determinar la procedencia o no de admitir a trámite la querrela interpuesta por el recurrente contra los miembros de la JEC, por un presunto delito de prevaricación administrativa derivada de los acuerdos de 11, 18 y 21 de marzo de 2019. En su resolución, la Sala Segunda del TS reseña la consolidada doctrina sobre el delito de prevaricación, de la que conviene destacar, en lo que ahora interesa, la diferencia entre la ilegalidad y la arbitrariedad. Así, se señala que el delito de prevaricación “no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el capricho de la autoridad o funcionario (...) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona”.

La decisión del TS se mueve en esos criterios ponderativos al examinar el posible carácter delictivo de los acuerdos de la JEC y, a tal efecto, constata la existencia de base legal para su dictado, con cita expresa de los arts. 8, 19.1 y 50.2 LOREG. Sobre esa premisa, descarta la arbitrariedad a efectos penales, pero se cuida expresamente de señalar que la revisión de su legalidad corresponde, en su caso, a los órganos jurisdiccionales competentes del orden contencioso administrativo. Una vía que, como ya se expuso, el recurrente no activó. Por lo tanto, ese auto no supone una previa resolución ni una intervención sobre el fondo de la causa penal dirigida contra el recurrente, ni un interés directo o indirecto en que su objeto sea resuelto en un determinado sentido.

Otro tanto puede decirse respecto de la intervención de los magistrados Sres. Martínez Arrieta, Berdugo Gómez de la Torre, Del Moral García y Magro Servet. Su participación en la Causa Especial núm. 20907-2017 no puede implicar una predeterminación del sentido del fallo en el

proceso seguido contra el recurrente. Se trata de causas distintas, con objetos claramente diferenciados. El recurrente insiste en la relación entre ambos procedimientos, porque la pancarta por la que fue condenado incluía la expresión “presos políticos”, que inequívocamente hacía referencia a la causa en la que habían intervenido los magistrados recusados.

Sin embargo, no puede establecerse esa relación porque los magistrados nunca se pronunciaron con anterioridad sobre la cuestión planteada en la causa por la que se condenó al recurrente, consistente en no dar cumplimiento a unos concretos acuerdos de la JEC. Como ya se expuso anteriormente, para la apreciación de la concurrencia de un delito de desobediencia es necesario realizar una compleja valoración de diferentes elementos objetivos y subjetivos sobre los que no consta, en modo alguno, un pronunciamiento previo de los magistrados indebidamente recusados.

El planteamiento del recurrente consistía en formular una recusación “preventiva”, basada en una subjetiva percepción de lo que podría ser el criterio de la sala, derivado de una actuación jurisdiccional previa que no guardaba una relación directa con el objeto del procedimiento. Una vez más, se constata una ausencia de objetividad en las causas de recusación invocadas, que no puede recibir amparo de este Tribunal.

En virtud de todo lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

3. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

3.1. Pretensiones de las partes.

El recurrente denuncia que la composición de la Sala Segunda del TS que conoció del recurso de casación incumplía la normativa vigente. En este caso, la sala estaba compuesta por cinco magistrados. Con ello se infringió la regla general establecida en el art. 898 LECrim, que fija en tres el número de magistrados que debe conocer de este tipo de recursos.

La composición de la sala se estableció por medio de providencia de 3 de julio de 2020, que fue recurrida en súplica por el demandante. El recurso se resolvió mediante auto de 23 de julio de 2020, que se remitió al acuerdo de la Sala de Gobierno del TS de fecha 11 de diciembre de 2019, publicado en el BOE de 13 de febrero de 2020. No obstante, el recurrente considera que ese acuerdo no solo es contrario a lo dispuesto en el art. 898 LECrim, sino también en el art. 197 LOPJ, puesto que no han sido llamados a formar sala todos los magistrados que la componen. Además, su concreta formación no respeta criterios objetivos y de generalidad (STC 205/1994, de 11 de julio [FJ 4]), sino que queda al arbitrio del presidente de la sala. Considera que estos

hechos vulneran el derecho al juez establecido por la ley (art. 24.2 CE), citando a tal efecto la STJUE de 26 de marzo de 2020 (asunto *Simpson c. Consejo*).

Sin embargo, para el Ministerio Fiscal, la ampliación del número de magistrados integrantes de la sala “sólo puede ser contemplado como expresión de la voluntad de dar la máxima importancia al análisis y resolución de tal recurso, por la trascendencia del mismo, y como manifestación de un propósito decidido de garantizar al máximo los derechos del recurrente, sin relevancia constitucional alguna”.

3.2 *La respuesta de los órganos judiciales*

Esta cuestión fue suscitada por el recurrente a través de un recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 3 de julio de 2020 (obrante al folio 390 del rollo de la sala), por la que se acordó, en primer lugar, la admisión a trámite del recurso de casación, a propuesta del magistrado ponente; en segundo lugar, se señaló día y hora para la celebración de la vista solicitada por el recurrente; y, finalmente, se designó a los miembros de la sala encargados de resolver el recurso de casación.

En su recurso (obrante a los folios 393 y siguientes del rollo de la sala), el ahora demandante de amparo alegó, en lo que ahora interesa, que la providencia no permitía “conocer qué criterios se [habían] seguido para determinar la concreta formación de la Sala”, es decir, si “tal formación obedece a criterios objetivos o, por el contrario, lo hace al capricho de quien la establece, lo que (...) resultaría incompatible con el derecho al juez ordinario predeterminado con [sic] la ley”.

La Sala Segunda resolvió este recurso de súplica por medio de auto de 23 de julio de 2020 (folios 456 y siguientes del rollo), en el que, sobre esta alegación, se destaca que la “composición se atiene a lo señalado en el Acuerdo de 16 de enero de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 11 de diciembre de 2019, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las salas y secciones del Tribunal Supremo y asignación de ponencias para el año judicial 2020 (BOE 13 de febrero de 2020)”.

3.3 *La doctrina constitucional sobre el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.*

Recientemente hemos tenido de examinar y resumir de forma extensa la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho alegado en esta queja (SSTC 34/2021, de 17 de febrero; 91/2021, de 22 de abril; 106/2021, de 11 de mayo; 121/2021 y 122/2021, de 2 de junio y 184/2021, de 28 de octubre). A su exposición debemos ahora remitirnos expresamente, sin perjuicio de sintetizar a continuación sus pronunciamientos más relevantes.

El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley es una consecuencia necesaria del principio de división de poderes. En favor de todos los ciudadanos, está reconocido en el art. 24.2 CE y se proyecta tanto sobre el órgano judicial, como sobre sus integrantes. Desde sus primeros pronunciamientos (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2), este Tribunal ha tenido ocasión de determinar el fundamento y el contenido del derecho alegado.

A tenor de dicha doctrina, hemos reiterado que su contenido exige, en primer lugar, que el órgano judicial al que se atribuye un asunto litigioso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. La generalidad y la abstracción de los criterios legales de atribución competencial garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios al caso a enjuiciar garantiza que una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de las reglas competenciales establecidas en las leyes, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 4; STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8).

En segundo término, en relación con quienes lo integran, el derecho alegado garantiza también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y, además, que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ2; y 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4).

A través de ambas exigencias, que son fuente objetiva de legitimación de la función judicial, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, lo que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, proclamado también expresamente, aunque con distinta dicción, en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 CEDH.

En este aspecto, hemos reconocido que el derecho al juez predeterminado por la ley puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de

competencias con manifiesta arbitrariedad. Con el fin de evitar tan indeseado efecto, aunque no corresponde al Tribunal Constitucional juzgar el acierto o desacierto del órgano judicial en el proceso de selección e interpretación de la norma aplicable, sí le compete revisar en su análisis que la interpretación y aplicación de las normas de competencia realizada por el órgano jurisdiccional ordinario sea fundada en Derecho, esto es, no resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable o consecuencia de un error patente de hecho (ATC 262/1994, de 3 de octubre, FJ 1; STC 70/2007, de 16 de abril, FJ 4), pues si así fuera, el efecto de tan improcedente aplicación de la norma desconocería el monopolio legislativo en la determinación previa del órgano judicial que ha de conocer del caso.

Por lo demás, “conviene recordar que ‘no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por ley formal *ex art.* 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo’ (ATC 13/1989, de 16 de enero, FJ 2)”. Por ello, “en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, [no afectan] al juez legal o predeterminado por la Ley pues todos ellos gozan de la misma condición legal de Juez ordinario (ATC 652/1986, de 23 de julio, FJ 2), por lo que la interpretación y aplicación de las normas de reparto de asuntos es ajena al contenido constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y sólo puede ser revisada en este Tribunal en cuanto a su razonabilidad (ATC 113/1999, de 28 de abril, FJ 3)” [STC 32/2004, de 8 de marzo (FJ 4)].

Finalmente, en relación con la composición de los órganos judiciales, este Tribunal ha señalado [STC 152/2015, de 6 de julio, (FJ 9), con cita de otras anteriores] que “no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a estos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público –las llamadas ‘necesidades del servicio’-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema; (...) una posible irregularidad procesal en la determinación de los miembros de un tribunal sólo constituye una violación del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley si supone una alteración arbitraria de la composición del órgano judicial susceptible de afectar a su imagen de imparcialidad e independencia”.

3.4. Resolución de la queja.

Una lectura de los antecedentes expuestos pone de manifiesto que concurre un óbice procesal de admisibilidad que, en este trámite, se reconduce a la desestimación de este motivo de amparo, por falta de invocación previa de la vulneración denunciada [art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.c) LOTC].

La lesión alegada se concreta en la indebida composición de la sala de casación por cinco magistrados, frente a los tres previstos en el art. 898 LECrim. Sin embargo, este hecho no fue invocado en la instancia judicial previa, sino que se alega *ex novo* en este recurso de amparo. La providencia de 3 de julio de 2020, por la que se notificó la composición de la sala, se impugnó mediante un recurso de súplica en el que no se argumentó nada sobre la composición de la sala por cinco magistrados. La impugnación se centraba en que no había sido dictada por el letrado de la Administración de Justicia, y en que se desconocían los criterios para la designación de esos concretos cinco magistrados. Planteado el recurso en esos términos, resultaba congruente que la sala no se pronunciara sobre las alegaciones ahora formuladas, relativas al número de magistrados integrantes de la sala de casación. Por lo tanto, el TS no tuvo ocasión de reparar una eventual lesión del derecho al juez ordinario, presupuesto necesario para ser abordado en este recurso de amparo (ver, entre otras muchas, SSTC 2/2020, de 15 de enero y 21/2020, de 11 de febrero).

No obstante, debemos señalar que la ley atribuye a la Sala Segunda del TS la competencia y la jurisdicción para el conocimiento del recurso de casación (art. 57.1.1º LOPJ y arts. 783 y siguientes LECrim), sin que pueda existir riesgo alguno de intervención del poder ejecutivo en la designación de los integrantes del tribunal llamado a conocer del asunto (que era el presupuesto de hecho, totalmente distinto al que nos ocupa, de la STJUE de 26 de marzo de 2020 citada por el recurrente, como se analizó en el fundamento jurídico anterior), y todos ellos miembros de la misma sala jurisdiccional especializada en la materia penal. Por lo tanto, en el presente caso se han respetado los elementos estructurales que conforman el contenido esencial del derecho al juez predeterminado por la ley, es decir, que el órgano judicial al que se atribuye un asunto litigioso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.

A lo anterior no se opone la existencia y aplicación de normas internas de reparto y asignación de asuntos, que complementan la regulación legal fijando la composición de cada sala de justicia en cada procedimiento, como instrumento imprescindible para la necesaria concreción de unas leyes que, por definición, presentan un carácter general y abstracto. Estas normas encuentran amparo legal en el art. 152.1 y concordantes de la LOPJ. En todo caso, han de ser

objetivas, con vocación de generalidad y de conocimiento público. Además, la concreta composición de un tribunal ha de ser comunicada a las partes, a fin de que puedan ejercer su derecho a la recusación como elemento integrante de su derecho al juez imparcial. Todos estos requisitos se dan en el presente supuesto.

Los criterios para la composición y funcionamiento de las salas y secciones del Tribunal Supremo, y la asignación de ponencias para el año 2020, fueron publicados en el BOE núm. 38, del 13 de febrero de 2020. Por lo tanto, eran de conocimiento general. Su regulación es detallada y exhaustiva, contemplando los diversos tipos de procedimiento, los criterios de asignación de asuntos, y los turnos correspondientes. En lo que ahora interesa, se establece que “en todo caso, para la deliberación y decisión de los recursos de casación”, la sala estará constituida por “cinco Magistrados”. En consecuencia, la norma presenta una inequívoca vocación de generalidad, porque no establece excepción alguna que permita una alteración de los criterios para la composición de la sala. Con esta norma se vuelve al sistema originario de la LECrim, que fue modificado por la Ley 21/1988, de 19 de julio, en un contexto de litigiosidad y composición de la sala que exigía la adopción de medidas de agilización, pero que presenta unas circunstancias muy diferentes a las actuales, en las que se ha reforzado la naturaleza esencialmente hermenéutica de la Sala Segunda del TS, tras la reforma del recurso de casación llevada a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Finalmente, la composición del tribunal fue debidamente notificada al recurrente que, como ya se ha analizado en el fundamento anterior, pudo ejercer su derecho a la recusación de sus integrantes.

En todo caso, no se aprecia perjuicio o indefensión alguna derivada de la composición de la sala. Un mayor número de magistrados refuerza las garantías de las partes, al permitir un análisis más plural y completo de las distintas alegaciones formuladas. De esta forma, debe ser contemplado como un mecanismo de mayor garantía, y no como un instrumento de vulneración de un derecho.

El motivo se desestima.

4. El derecho de defensa.

4.1. Pretensiones de las partes.

Bajo el marco del derecho a un proceso con todas las garantías, la demanda invoca la vulneración del derecho de defensa, por remisión a lo dispuesto en el art. 6.3.d CEDH, centrandó sus alegaciones en tres argumentos. En primer lugar, la denegación de la prueba testifical

propuesta consistente en la declaración de los vocales integrantes de la JEC. El recurrente considera que esta denegación le ha provocado indefensión. Con su testimonio, en calidad de denunciante, pretendía conocer los criterios empleados para adoptar los acuerdos, para explicar las diferencias con otros supuestos, así como poner de manifiesto las razones metajurídicas o políticas de la actuación de la JEC. En segundo lugar, la denegación de una pregunta a un testigo, miembro del Cuerpo Nacional de Policía, sobre la forma de obtención y posterior destino del material fotográfico recabado por otra agente de policía, a fin de acreditar la ruptura de la cadena de custodia. Finalmente, se alega la privación arbitraria del trámite previsto en el art. 897 LECrim, lo que impidió rebatir los argumentos del resto de las partes en la vista del recurso de casación.

El Ministerio Fiscal considera que la testifical de los vocales de la JEC no era relevante para la resolución del caso, teniendo en cuenta que las principales alegaciones del recurrente tenían un marcado carácter jurídico, ya que se referían a la falta de competencia de la JEC y a la ilegalidad de sus acuerdos. Otro tanto sucede con las preguntas dirigidas al testigo policial. Al no haber sido el autor de las fotografías, nada podía responder sobre su custodia. Por lo demás, la presencia de la simbología en los edificios era un hecho público y notorio, reconocido por el propio recurrente. En cuanto a la privación arbitraria del trámite previsto en el artículo 897 LECrim, el fiscal considera que, al tratarse de una supuesta vulneración provocada por la sala de casación, debió denunciarla a través del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), con carácter previo a la demanda de amparo. Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) y c) LOTC].

Por su parte, el partido político Vox alega que la testifical de los miembros de la JEC carecía de fundamento. Su testimonio no aportaba nada sobre la relevancia penal de los hechos, además de no haber justificado los motivos de su petición ni la afectación para la resolución final del asunto. En cuanto a la pregunta dirigida al agente policial, era reiterativa e irrelevante, porque el incumplimiento de los acuerdos de la JEC había sido reconocido por el recurrente, y había sido confirmado por otros testigos policiales.

4.2 *La respuesta de los órganos judiciales*

4.2.1. Sobre la denegación de la prueba testifical de los miembros de la JEC

La sentencia de la sala de enjuiciamiento ofrece una amplia respuesta a la pretensión planteada por el recurrente en su escrito de defensa y como cuestión previa al inicio del juicio oral. En el fundamento jurídico 1, apartado I, se expone que, en el acto de la vista, la defensa

justificó su petición ilustrando a la sala sobre las preguntas que desearía hacer a los testigos propuestos: “por qué y cómo asumieron en los hechos que hoy enjuiciamos una competencia que, a entender de la defensa, no les correspondía; o por qué no se inhibieron para el conocimiento de tales hechos a favor de la Junta Electoral Provincial; o por qué dictan una orden que la defensa califica de ilegal o que desborda, a su entender, las expectativas de los propios Acuerdos de marzo de 2019 o si, en definitiva, los Vocales tenían algún tipo de posicionamiento político en relación a unos símbolos que venían desde hacía tiempo siendo exhibidos en muchas fachadas de los edificios públicos de la Generalitat”. Planteada la cuestión en esos términos, la sala consideró que las preguntas no “guardaban relación con los hechos enjuiciados”. Para el tribunal, la ponderación sobre la competencia de la JEC o sobre la legalidad de sus acuerdos no dependía “en modo alguno de la opinión que, al respecto, se obtenga de las personas físicas que compongan el órgano (administrativo, en nuestro caso) en cuestión”, ya que “las personas físicas que componen un órgano investido de autoridad sólo la ejercen en la medida en que así lo prevé el Ordenamiento, no al albur de sus propias decisiones”. “La cuestión, por tanto, radica en contrastar la competencia del órgano de que se trate de acuerdo con lo que prevé el Derecho, sin más necesidad que la de analizar el contenido de la orden, de quién emana y si se ha dictado con arreglo a la competencia y al procedimiento: y para verificar tales extremos basta acudir al Ordenamiento Jurídico”. Además, “algunas de las preguntas (...) pretendían entrar en un terreno inadmisibles, cual es el de los posicionamientos políticos de algunos de los Vocales de la Junta”.

Por su parte, la sala de casación también se pronunció sobre esta alegación, en el fundamento jurídico décimo de su resolución. Comienza haciendo una extensa exposición sobre su jurisprudencia en esta materia, en particular, sobre los requisitos de pertinencia y relevancia de la prueba (SSTS 643/2016 de 14 julio, y 881/2016 de 23 noviembre). A continuación, la Sala Segunda del TS considera acertados los razonamientos del TSJC, que reproduce. Para la sala, “una prueba es necesaria si de su práctica el juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no solo pertinente sino también influyente en la decisión última del tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o si se observa anticipadamente con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, esta deviene obviamente innecesaria”. En el presente caso, “el contenido de los acuerdos de la JEC y todas las resoluciones en torno a ellos de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, permitían conocer su alcance y razones”. Por lo tanto, concluye que “la denegación de la prueba no ha vulnerado derecho alguno pues era innecesaria”.

4.2.2 Sobre la denegación de una pregunta a un testigo policial

Sobre esta alegación, la sentencia de casación se pronuncia en su fundamento jurídico undécimo, señalando que es “importante resaltar, en principio, que no basta que una pregunta pueda ser declarada pertinente -y provoque la estimación del recurso- por la concurrencia de una relación directa entre la pregunta y el objeto del juicio, sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y, en consecuencia, causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo, debiendo apreciarse globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal (STS 1125/2001, de 12-7). Pues en la decisión del recurso de casación ‘lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final. No de otro modo debe interpretarse la frase ‘manifiesta influencia en la causa’ que se contiene en el art. 850.3 LECrim (SSTS 2612/2001, de 4-12; 1064/2005, de 30-9; 1323/2009, de 30-12).

En el caso que nos ocupa el testigo declaró que él no fue el autor de las fotografías del edificio con los símbolos el día 21-3-2019, sino una compañera, por lo tanto resulta evidente que él no podía contestar a pregunta relacionada con los extremos relativos a la custodia de las fotografías, no siendo ocioso recordar que la cuestión relativa a la permanencia en algunos edificios de la simbología cuya retirada había acordado la JEC, está acreditada por otras pruebas que se detallan en la sentencia y por la propia declaración del hoy recurrente que no negó tales hechos, al ser la base de su defensa que no cumplió la orden de la JEC por ser una orden ilegal y dictada por un órgano que no tenía competencia para hacerlo”.

4.3 La doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba para la defensa.

La demanda considera vulnerado el derecho reconocido a “todo acusado” en el art. 6.3.d CEDH, consistente en “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”. Conforme a este planteamiento, la alegación nos remite al derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes” para la defensa, sobre el que este Tribunal tiene elaborada una doctrina consolidada, que se expondrá seguidamente.

En íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es inseparable, el derecho a la prueba “se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso” (STC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3, reproducida, entre otras, en SSTC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; y 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4).

La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), puede sintetizarse, de acuerdo con la STC 165/2001, de 16 de julio, en los siguientes puntos:

“a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre,

FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea ‘decisiva en términos de defensa’ (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; y 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)” (STC 165/2001, FJ 2).

La misma doctrina es extensible respecto de la regularidad en la práctica de una prueba admitida (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4). En estos casos, cuando la queja verse sobre el modo en que se ha desarrollado una determinada diligencia probatoria, para que este Tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba se exige que el recurrente demuestre la

relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas indebidamente practicadas; y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (STC 101/1999, de 31 de mayo; FJ 5, con cita de las SSTC 147/1987; 357/1993, de 29 de noviembre; 1/1996; 217/1998 y 219/1998, de 16 de noviembre).

4.4. Resolución de las quejas.

La respuesta de este Tribunal a las pretensiones planteadas por el recurrente seguirá el orden expuesto en el correlativo apartado de la demanda.

4.4.1. Sobre la denegación de los medios de prueba

A) Sobre la declaración testifical de los miembros de la JEC.

El escrito de defensa del recurrente contenía una propuesta de prueba testifical que, en lo que ahora interesa, consistía en la declaración de los miembros de la JEC que adoptaron los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. Así se recoge en el apartado 2, letras c) a n), de la prueba propuesta en el citado escrito, que obra a los folios 814 a 817 de las actuaciones obrantes ante la sala del TSJC. Esta prueba fue denegada por la sala en su auto de 2 de septiembre de 2019 (folios 825 a 827). En esta resolución se argumentó que “no se justifica ninguna relación personal de tales testigos con las conductas que se le atribuyen al acusado, por tanto nada podrían aportar al juicio que contribuya al esclarecimiento de los hechos objeto de acusación, razón por la cual procede su inadmisión”.

Esta petición fue reiterada en el acto del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas (art. 786.2 LECrim), informando a la sala de las preguntas que se pretendía formular a esos testigos. Estas preguntas se hicieron constar en el apartado correspondiente de la sentencia, que se ha transcrito con anterioridad, y al que nos remitimos. La sala inadmitió de nuevo en este trámite la testifical propuesta. El visionado de las actuaciones (a partir de las 10:47 horas del 18 de noviembre de 2019) pone de manifiesto que la sala respondió *in voce*, considerando que el recurrente no propuso una prueba que pudiera practicarse en el acto, como exige el art. 786.2 LECrim, por lo que entiende estas alegaciones como una disconformidad con la decisión adoptada en el auto de 2 de septiembre de 2019, haciéndose constar formalmente la oportuna protesta. No obstante, la sala de enjuiciamiento reitera a continuación su criterio denegatorio, a

partir de las alegaciones vertidas en la vista. Para la sala, no existe “conexión” entre el objeto de la testifical propuesta y el del juicio. La justificación de la denegación de estas pruebas se reitera posteriormente en las dos sentencias impugnadas, tal y como se ha reseñado anteriormente.

Desde la perspectiva del enjuiciamiento que nos corresponde, un análisis de la actuación de los órganos judiciales de instancia pone de relieve la ausencia de vulneración alguna del derecho invocado. Las resoluciones fueron suficientemente motivadas, sin que se aprecie un razonamiento ilógico o arbitrario. El testimonio de los miembros de la JEC no era pertinente, porque no guardaba relación con el objeto de la controversia. La competencia de la JEC, su carácter de autoridad superior o la legalidad de sus acuerdos son cuestiones que presentan una inequívoca naturaleza jurídica. Por lo tanto, la acreditación de estos aspectos no depende de la declaración de los testigos propuestos por el demandante, porque solo requiere un examen comparado entre la actuación administrativa y la legalidad vigente. Para determinar que un acto administrativo es ajustado a Derecho no es necesario conocer lo que hablaron o lo que pensaban quienes lo dictaron. La administración actúa conforme a las formalidades legales y plasma sus acuerdos por escrito. Eso es lo verdaderamente relevante.

Por otro lado, en el plano que más directamente afecta a la posible lesión del derecho alegado, no se ha justificado de forma suficiente en qué medida las resoluciones impugnadas hubieran podido ser sustancialmente diferentes para el caso de que se hubiera admitido y practicado la prueba propuesta y denegada. La demanda se desliza hacia cuestiones ajenas al objeto de esta causa, llegando incluso a insinuar un juicio sobre las intenciones torticeras de los integrantes de la JEC, que este Tribunal no puede respaldar.

B) Sobre la denegación de una pregunta a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía.

Durante el acto del juicio oral, el agente núm. 126.618 declaró como testigo, a propuesta de las partes, en relación con una actuación policial consistente en la elaboración de un reportaje fotográfico sobre la permanencia en los edificios públicos de la Generalitat de los símbolos que habían sido objeto de los requerimientos de la JEC.

Durante su interrogatorio (aproximadamente a las 11:52 horas) se puso de manifiesto que el testigo no había realizado físicamente ninguna fotografía, sino que habían sido las dos compañeras que prestaban conjuntamente el servicio policial. La defensa del recurrente le preguntó por la forma en que se habían realizado las fotografías. El presidente de la sala declaró entonces la pregunta como improcedente porque, como el testigo había declarado, él no había hecho fotografía alguna, además de entender como irrelevante la forma en que se habían hecho

las fotografías. La defensa consideró que, como estaba presente en ese momento, podía informar sobre lo que se le preguntaba. El presidente se mantuvo en su criterio, y la defensa formuló protesta, continuando el interrogatorio.

La demanda considera que la denegación de esta pregunta vulnera su derecho de defensa. Al folio 183 se señala que la pregunta era procedente porque permitía conocer “la forma en que se obtuvo la imagen de la fachada del edificio, su conservación, su aportación al procedimiento y su cotejo con el original”, así como “despejar las dudas acerca de la cadena de custodia de las pruebas obtenidas”. Llegados a este punto, hay que señalar que en el acto de la vista no se preguntó ni se hizo constar que la pregunta se refería a todas estas cuestiones. El visionado del juicio lo pone de manifiesto. Por lo tanto, esa supuesta relevancia ha sido alegada con posterioridad, y no pudo ser valorada por la sala en el momento del interrogatorio del testigo.

No obstante, como en el caso anterior, se considera que la actuación judicial no vulneró el derecho alegado por el recurrente. Tanto la sala de enjuiciamiento, en el acto del juicio, como la sentencia de casación, han expuesto de forma suficientemente motivada las razones por las que se denegó una pregunta a un testigo, sin que se aprecie arbitrariedad o irrazonabilidad alguna.

El recurrente se apoya en la STEDH de 2 de noviembre de 2010 (asunto *Vaquero Hernández y otros c. España*). Sin embargo, en la propia demanda se extracta una parte de esa resolución de la que se infiere que su doctrina no es aplicable al presente supuesto, porque se trataba de una condena basada “únicamente o en medida determinante” en las declaraciones de un testigo. No es nuestro caso. Aquí nos encontramos ante hechos públicos y notorios. Las resoluciones impugnadas ponen de manifiesto que la permanencia de determinados símbolos partidistas en numerosos edificios públicos de la Generalitat de Cataluña, con posterioridad a los acuerdos de la JEC, no ha sido contradicha ni siquiera por el propio recurrente, además de estar acreditada por otros testimonios distintos del prestado por el agente núm. 126.618. La pregunta formulada a ese testigo sobre la forma en que otras personas hicieron unas fotos no era pertinente ni fue relevante para el objeto del juicio. Tampoco se ha justificado en qué medida hubiera podido modificar el sentido de la sentencia dictada, ya que, como exponen las sentencias recurridas, los hechos fueron acreditados por otros medios. En consecuencia, no puede apreciarse indefensión alguna.

4.4.2. Sobre el trámite previsto en el art. 897 LECrim.

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando plantea la concurrencia de un óbice procesal en relación con este motivo de amparo. La hipotética vulneración del derecho de defensa hubiera

sido provocada por la Sala Segunda del TS, al impedir al recurrente hacer uso de la facultad prevista en el art. 897 LECrim. Por lo tanto, antes de acudir en amparo hubiera sido necesario plantear un incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), a fin de tener por agotada la vía judicial previa. Al no hacerlo así, se incurre en la causa de inadmisión (ahora desestimación) prevista en el art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC.

En cualquier caso, un somero análisis de fondo de la cuestión planteada conduciría igualmente a la desestimación de esta pretensión.

Lo primero que conviene aclarar es que este trámite no puede ser confundido, como se hace en la demanda, con el derecho a la última palabra contemplado en el art. 739 LECrim, y ampliamente abordado en nuestra reciente STC 35/2021, de 18 de febrero. Por su propia naturaleza, el derecho a la última palabra despliega toda su virtualidad, como instrumento del derecho de defensa (art. 24.2 CE), en el acto del juicio oral, es decir, con anterioridad al dictado de la sentencia. No resulta de aplicación en una vista celebrada en el marco de un recurso ulterior contra una sentencia condenatoria.

Sentado lo anterior, este Tribunal no comparte la relevancia que el recurrente atribuye al trámite previsto en el art. 897 LECrim que, ubicado sistemáticamente en el ámbito del recurso de casación, viene precedido del art. 896 LECrim, en el que se regula el orden de intervención de las partes en la vista que, en su caso, el TS acuerde celebrar. El art. 897 LECrim dispone, en lo que ahora interesa, lo siguiente: “El Ministerio Fiscal y los Letrados podrán rectificar brevemente, por el orden mismo en que hayan usado de la palabra”. Por su parte, el art. 896 LECrim establece que el orden de intervención en la vista se inicia con el “Abogado del recurrente”. Como se deduce de esta regulación, una vez que interviene la parte que ha formulado el recurso, el resto de las partes expone sus respectivas posiciones procesales. Una vez hayan finalizado, las partes podrán “rectificar brevemente”, por el mismo orden que la intervención inicial.

Por lo tanto, el trámite del art. 897 LECrim no puede considerarse propiamente como un nuevo trámite de alegaciones. El recurrente alega en su demanda (folio 187) que la denegación de este trámite le ha privado de “rebatir los distintos argumentos del Ministerio Fiscal, así como de la acusación popular”. Pero el precepto no lo permite. La norma no posibilita la apertura de un nuevo turno de intervenciones que, además, teniendo en cuenta el orden establecido, podría no tener fin. Lo que el precepto permite, en su caso, es rectificar algún punto concreto o aclarar posibles errores. Por lo tanto, la alegación del recurrente, teniendo en cuenta la finalidad pretendida, no puede prosperar. Ninguna indefensión puede causarse cuando se deniega la utilización de un trámite para una finalidad distinta a la fijada por la norma. La ausencia de una infracción procesal en este punto impide apreciar la vulneración alegada.

5. El derecho a la presunción de inocencia.

5.1. Pretensiones de las partes.

Las alegaciones del recurrente sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia incluyen razonamientos de muy diversa naturaleza.

En primer lugar, se alega la inexistencia de prueba de cargo sobre los elementos subjetivo y objetivo del tipo penal. En relación con el elemento subjetivo, el recurrente emplea argumentos coincidentes con los invocados para denunciar la vulneración del derecho a la legalidad penal. A su juicio, se ha producido un cambio jurisprudencial imprevisible sobre la competencia de la JEC y su carácter de órgano superior, lo que determina la concurrencia de un error sobre varios elementos del tipo penal que, fuera vencible o invencible, hubiera determinado la exención de responsabilidad criminal, porque el delito de desobediencia no admite la forma culposa (art. 14 CP). Además, señala que se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber sido condenado sin prueba de cargo suficiente. En cuanto a los elementos objetivos, considera que los reportajes fotográficos realizados por la Policía Nacional no podían utilizarse como prueba de cargo válida, por falta de autenticidad e imposibilidad de verificación, en línea con lo argumentado en sus alegaciones sobre la vulneración del derecho de defensa.

En segundo lugar, considera que la actuación de la sala de enjuiciamiento vulneró su derecho a la presunción de inocencia, al despojarle de su tratamiento legal honorífico como Presidente de la Generalitat, lo que coincide con el contenido de la pena prevista en el art. 42 CP. Otro tanto sucedería con el acuerdo de la JEC que, en aplicación de la LOREG, le privó de su condición de diputado con carácter previo a la firmeza de la sentencia dictada en primera instancia. A su juicio, la Sala de lo Penal del TS tenía que haberse pronunciado sobre la solicitud formulada por el recurrente, en el sentido de acordar la suspensión de cualesquiera efectos provisionales que se pudieran derivar de la sentencia dictada en primera instancia por el TSJC.

Finalmente, denuncia que diversos responsables políticos hicieron declaraciones públicas de las que podía deducirse un pronunciamiento sobre su culpabilidad, cuando todavía no existía sentencia penal firme. Cita, a tal efecto, las declaraciones de la Ministra doña Isabel Celaá, del secretario del PSC don Miquel Iceta, y de la portavoz de Ciudadanos doña Lorena Roldán, cuyo

contenido extracta. Considera que estas manifestaciones son contrarias al art. 6.2 CEDH así como a lo dispuesto en el art. 48 CDFUE.

Para el Ministerio Fiscal, las resoluciones impugnadas contienen una argumentación lógica, razonable y debidamente motivada de forma extensa, que justifica cómo ha sido extraído el elemento subjetivo del injusto típico de un conjunto de datos objetivos. En cuanto a los informes fotográficos policiales y su incidencia en la acreditación de los elementos objetivos del tipo, el fiscal considera que estos fueron reconocidos por el recurrente, de forma que los hechos se encuentran acreditados por otras vías probatorias. En lo referente al tratamiento honorífico, considera que esa manera de relacionarse con el recurrente no puede entenderse como signo de parcialidad y anticipo de una decisión de condena ya tomada. Sobre la desposesión del cargo electivo, el fiscal advierte la concurrencia de un óbice procesal de admisibilidad, porque la vulneración habría sido causada por la sentencia del TS, lo que exigía el planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo a este recurso de amparo, al objeto de respetar el principio de subsidiariedad que es propio de la jurisdicción constitucional. Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC, en relación con los arts. 44.1.a) LOTC y 241 LOPJ]. Finalmente, sobre las declaraciones públicas de responsables políticos, tras analizarlas de forma individualizada, entiende que ninguna de ellas supone la predeterminación de culpabilidad, sino un mero ejercicio de especulación sobre el comportamiento del recurrente, una muestra de respeto institucional hacia la JEC, o una mera discrepancia de carácter político.

Finalmente, para el partido político Vox, el recurso pone de manifiesto una sustancial disconformidad con la valoración de la prueba realizada por los órganos jurisdiccionales. Tras analizar la doctrina de este Tribunal y las resoluciones impugnadas, considera que la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y la decisión es lógica, coherente y razonable. Respecto a las declaraciones de representantes y líderes políticos realizadas durante el desarrollo del procedimiento penal, se remite a los argumentos contemplados en la sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 459-2019, en un supuesto que considera idéntico al aquí acaecido. En tal sentido, entiende que esas declaraciones no afectan a la valoración de la prueba contenida en las resoluciones impugnadas y que, por lo tanto, ninguna lesión de un derecho fundamental se ha ocasionado al recurrente, ya que se encuadran dentro del ámbito de la contienda política y fuera del ámbito judicial. Sobre el tratamiento otorgado al recurrente durante la vista oral, se remite a los argumentos empleados en la sentencia del TS objeto de este recurso.

5.2 La respuesta de los órganos judiciales

Las dos resoluciones impugnadas contienen un análisis extenso y detallado sobre el caudal probatorio manejado para alcanzar las conclusiones fácticas y jurídicas determinantes del sentido de sus decisiones, como se expondrá a continuación.

5.2.1 La respuesta de la sala de enjuiciamiento del TSJC

Los fundamentos jurídicos tercero, cuarto, quinto y sexto contienen la valoración de la prueba realizada por el órgano de instancia.

En el fundamento tercero, apartado III, se señala que las notificaciones de los acuerdos y requerimientos de la JEC “se hicieron convenientemente”, con reseña de los folios que así lo acreditan; y que fueron conocidos por el recurrente, como “lo demuestran los escritos que presenta sucesivamente” ante la JEC.

En el fundamento cuarto se exponen los informes recabados por la JEC de la Delegación del Gobierno en Cataluña, así como los informes policiales obrantes en autos, con el material gráfico adjunto, que fue ratificado en el acto del juicio oral por algunos de los agentes que los elaboraron. Todo ese conjunto lleva a la sala a “la inequívoca conclusión de que el mandato de la Junta Electoral Central no fue atendido por su destinatario, MHP Sr. Torra, que no sólo no ordenó la retirada en las fachadas de los edificios dependientes de la Generalitat de los lazos amarillos y de las banderas *esteladas* en el plazo establecido, sino que llegó a decidir (o consentir), en algunos casos, su sustitución por otros lazos, blancos y cruzados por una raya roja. No cabe duda, pues, de que, además de desatender el mandato de la Junta Electoral Central, asistimos a una voluntad consciente y a una disposición anímica inequívoca de contravención”. Para la sala, “es obvio que el comportamiento del acusado, MHP Sr. Torra, en relación a los Acuerdos de la Junta Electoral Central revela una negativa abierta y franca al cumplimiento de lo allí resuelto (...). Así lo admitió de forma explícita el acusado en el juicio”.

En el fundamento jurídico quinto se examinan los “hechos o circunstancias, además de determinados postulados jurídicos y normas, cuya confrontación con el mandato de la JEC (...), podían hacer su cumplimiento impracticable”. La sala concluye que “no eran pocos los elementos de reflexión con los que contaba el MHP de la Generalitat para la valoración de lo oportuno del acatamiento de los mandatos de la JEC, fundamentos facilitados no sólo por parte de la Junta, que motiva y razona el mandato, sino, y sobre todo, por parte de los propios Servicios Jurídicos de la Generalitat y del propio Síndic de Greuges, sin que, a pesar de ello, el MHP atendiera la orden de la JEC cuando pudo hacerlo (antes de las 15:00 horas del 19 de marzo)”.

Además, se hace referencia al testimonio del Comissari en Cap de los Mossos d'Esquadra, que se encargó de ejecutar el acuerdo de la JEC de 21 de marzo, dirigido al Conseller d'Interior de la Generalitat, procediendo a retirar las pancartas, carteles o signos partidistas, “explicando que no fue una orden difícil de cumplir y que no observó dificultad aparente en los edificios, que complicara la retirada de la simbología en cuestión”.

Finalmente, en el fundamento jurídico sexto, y a modo de resumen, se consigna lo siguiente: “los argumentos legítimamente esgrimidos por el MHP para amparar su renuencia al cumplimiento del mandato de la Junta Electoral Central no resisten, a la vista de todo lo analizado, un análisis ponderado y objetivo, pues todos y cada uno resultan contestes [sic]: la Junta Electoral Central es autoridad superior de los Presidentes Autonómicos en materia electoral; sus Vocales no fueron recusados por el MHP; ostenta la competencia para conocer de las cuestiones sobre las que fue consultada por Ciutadans-Partido de la Ciudadanía el 7 de marzo, porque los hechos que exponía dicho partido político excedían del territorio de una provincia. El acusado no puso en duda en ninguno de sus escritos ante la Junta ni en sus recursos ante el Tribunal Supremo la competencia de aquélla en la materia que nos ocupa.

Las resoluciones de la Junta Electoral Central fueron dictadas con arreglo a Derecho, y el mandato contenido en los Acuerdos de 11 y 18 de marzo era claro y perfectamente comprensible, tanto en el fondo como en los plazos establecidos para su cumplimiento, y, vistos los informes de la Delegación del Gobierno, no fueron ejecutados por el MHP, a pesar de los Informes de la Direcció General de Serveis Consultius i de Coordinació Jurídica, y a pesar de los dos Informes del Síndic de Greuges, de 15 y 20 de marzo, que recomendaban “..*adoptar les mesures oportunes per donar compliment a l'Acord (...) d'11 de març...*”, y a pesar de que la ejecución de lo requerido no resultó en absoluto difícil, si tenemos en cuenta lo que al respecto declaró el Comissari en Cap de los Mossos d'Esquadra, Sr. Esquius i Miquel en relación al contenido del Acuerdo de 21 de marzo, dirigido, como sabemos, al Conseller d'Interior en cuanto a la retirada de símbolos partidistas, que se llevó a cabo, dice el Comissari en Cap, en menos de veinticuatro horas.

Porque este último Acuerdo (que otorgaba a la Conselleria de Interior el plazo de hasta las 15:00 horas del 22 de marzo para hacerlo efectivo) tenía plena fuerza ejecutiva a pesar de haber sido recurrido por el MHP ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (que rechazó la medida cautelarísima de su suspensión y también la cautelar ordinaria).

Nada ampara, pues, la desobediencia en que incurrió el MHP de la Generalitat; ninguna circunstancia que pudiera tener encaje en lo previsto en el inciso segundo del artículo 410 C.P. respalda su actuación (...)

Como ya dejamos sentado al comienzo de esta sentencia, el único objeto de debate en estos autos ha sido, a la vista de todo lo analizado, la contundente, reiterada, contumaz y obstinada resistencia del acusado a acatar un mandato investido de autoridad y dictado conforme a la legalidad.

Es por ello que, analizada la prueba sobre la comisión de los hechos, y contrastada la legislación aplicable, no queda sino la condena del MHP Joaquim Torra i Pla como autor de un delito de desobediencia del artículo 410.1 C.P.”.

5.2.2 La respuesta de la Sala Segunda del TS

El tribunal de casación recoge en el fundamento jurídico noveno el análisis del motivo alegado por el recurrente, consistente en la “ausencia de prueba mínima y suficiente de cargo para enervar la presunción de inocencia y juicio de inferencia irracional”. Más en concreto, en el apartado 9.5.III se hace una completa reseña de la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia y sobre el ámbito funcional que corresponde al TS en el marco de un recurso de casación para analizar este tipo de alegaciones, con especial incidencia en el examen sobre la validez, suficiencia y razonabilidad de la motivación contenida en la resolución impugnada, pero sin realizar una nueva valoración de la prueba que solo es posible desde la inmediación. Sentado lo anterior, el apartado 9.6 señala lo siguiente: “En el caso presente necesariamente hemos de partir de que el hoy recurrente en todo momento, con anterioridad, durante y después del juicio oral, no ha negado la exhibición de pancartas y otros símbolos en edificios públicos dependientes de la Generalitat, en especial en la fachada del Palau, y su negativa a cumplir las órdenes de la JEC, porque eran ilegales, en tanto dictadas por un órgano administrativo que no es jerárquicamente superior a la Presidencia de una Comunidad Autónoma y carente de competencia para ello, atentando dicha prohibición a la libertad de expresión”. A continuación, reseña y asume los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto de la sentencia del TSJC, para abordar seguidamente en el apartado 9.7 la alegación sobre “la ausencia de respuesta del tribunal a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto del delito del art. 410.1 CP”. Para el TS, esa afirmación no es “del todo cierta”, porque la sentencia de instancia analiza las pruebas disponibles para concluir que “asistimos a una voluntad consciente y a una disposición anímica inequívoca de contravención”. Se trata de un “razonamiento correcto”, porque “el dolo exigible no consiste en querer cometer un delito de desobediencia, sino en querer incumplir la orden de una autoridad superior”. Y ese dolo “surge con naturalidad de la secuela de episodios

concatenados que recoge el hecho probado”. La Sala Segunda considera que el “alegato de la concurrencia de un posible error en su actuación, al entender que la orden era ilegal, debe ser descartado”. Tras exponer la doctrina sobre el dolo y el error, en sus diversas modalidades, en el apartado 9.8 se concluye lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, se ha de partir de que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vendría determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, las conductas psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos o también la naturaleza del hecho, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido por el sujeto activo. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivos y objetivos, y ha de partirse necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se cometa mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 813/2016, de 28-10).

Pues bien, el recurrente es Presidente de la Generalitat y además escritor y abogado con una preparación y conocimientos jurídicos superiores a la media, lo que unido a los distintos informes (...) remitidos por los Servicios Jurídicos de la propia Generalitat, en fechas anteriores a las que nos ocupan, sobre la exhibición de simbología en las sedes de la administración autonómica, y que la sentencia detalla en el Fundamento Jurídico Quinto, hacen concluir que el hoy recurrente disponía de suficientes elementos sobre la obligación de acatar los mandatos de la JEC no solo por el propio contenido de estos sino por los términos de los informes de los Servicios Jurídicos que despejan cualquier duda acerca de la plena conciencia que el acusado tenía sobre los efectos asociados a los acuerdos de la JEC, sin que pueda hablarse de error alguno”.

En cuanto al tratamiento honorífico ofrecido al recurrente en el acto de la vista oral ante el TSJC, la sentencia del TS lo aborda en el fundamento jurídico primero, apartado 5.1, en el sentido indicado al examinar la queja sobre el derecho al juez imparcial.

Finalmente, en lo relativo a las manifestaciones de políticos relevantes sobre los hechos imputados al recurrente, la sala de casación responde a esta alegación en el fundamento jurídico noveno, apartado 9.2. Así, tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la presunción de inocencia como “regla de tratamiento”, con abundante cita de sentencias del TEDH, señala que procede “estar al alcance y al contenido de [las] declaraciones que se

consideran vulneradoras del derecho a la presunción de inocencia”. Una vez reseñadas, concluye que “más allá del acierto o desacierto y la inoportunidad en que fueron proferidas esas manifestaciones, no puede entenderse que menoscabasen la repetida regla de tratamiento, y aquellas opiniones carecen, como es evidente, de toda capacidad para influir en la valoración probatoria de la Sala”.

5.3 La doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia.

Este Tribunal ha declarado que “el derecho a la presunción de inocencia es ‘uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal’ (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre; y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás ‘la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada’ (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que ‘el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones’ (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad ‘que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria’ (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)” [STC 185/2014, de 6 de noviembre, (FJ 3)].

Según lo expuesto en las SSTC 189/1998, de 28 de septiembre (FJ 2), 220/1998, de 16 de noviembre (FJ 3), y 155/2002, de 22 de julio (FJ 7), el bagaje teórico y jurisprudencial necesario

para afrontar las quejas atinentes a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, parte de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Tal evaluación no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, pero tampoco el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas.

De forma más limitada, como hemos explicado en ocasiones anteriores, nuestra función de protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer lugar, la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa. En segundo lugar, nos corresponde comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada. En tercer y último lugar, desde la perspectiva del resultado de la valoración, nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

Esta doctrina puede resumirse señalando que el Tribunal Constitucional ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se haya obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario.

Sobre la motivación de la concurrencia del dolo, desde los parámetros del derecho a la presunción de inocencia, hemos venido afirmando que “el elemento subjetivo del delito ha de quedar asimismo suficientemente probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 11; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere

de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2). Más concretamente, nuestro control de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5)” [STC 91/2009, de 20 de abril, (FJ 5)].

En cuanto a la denominada “dimensión extraprocésal” de la presunción de inocencia, debemos recordar que este vertiente se configura como “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a éstos, sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo” [STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, seguida por SSTC 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2; y STC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4 a)].

Como recordó el Pleno en la citada STC 133/2018, “[e]ste Tribunal ha considerado que la dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia, reconocida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del artículo 6.2 CEDH (SSTEDH, de 10 de febrero de 1995, *asunto Allenet de Ribemont c. Francia*; de 26 de marzo de 2002, *asunto Butkevicius c. Lituania*; de 28 de junio de 2011, *asunto Lizaso Azconobieta c. España*), encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del enjuiciamiento de una posible lesión del derecho al honor (STC 244/2007, FJ 2). ...’[E]sta dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 de la Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos, y señaladamente del artículo 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo, [p]orque... la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 CE, alcanza el valor de derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con

todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el artículo 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos’ (STC 166/1995, FJ 3; doctrina que reitera la STC 244/2007, FJ 2)” [STC 133/2018, FJ 4 a)].

Más recientemente, hemos señalado que “como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo [...] y que como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se configura como un derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3; en términos análogos, STC 4/2020, de 15 de enero, FJ 7, ...). La doctrina del tribunal es, para una y otra de las dimensiones mencionadas, plenamente consecuente con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como impone el artículo 10.2 CE, y así se ha de precisar, en particular, por lo que hace a la primera vertiente —regla de tratamiento— (...) (sentencia, entre otras, de 15 de octubre de 2013, asunto *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 191 y 192)” [STC 97/2020, de 21 de julio (FJ 5)].

5.4. Resolución de las quejas.

Bajo la invocación general del derecho a la presunción de inocencia se formulan alegaciones relativas, tanto a la vertiente procesal como extraprocesal de este derecho. A su vez, algunos de los argumentos se corresponden con vulneraciones de otros derechos fundamentales, como el derecho a la legalidad penal y el derecho de defensa. Por ese motivo, en este apartado se hará referencia, exclusivamente, a los aspectos conectados directamente con el derecho a la presunción de inocencia.

5.4.1 La vertiente procesal del derecho a la presunción de inocencia

El recurrente alega que ha sido condenado sin prueba de cargo suficiente sobre los elementos subjetivo y objetivo del tipo penal de desobediencia. Argumenta que su conducta estaba basada en un error que determinaría la exención de responsabilidad penal, y que los informes fotográficos policiales fueron impugnados y no podían ser considerados como prueba de cargo válida.

En relación con el error de tipo, la demanda lo enlaza con dos cuestiones estrictamente jurídicas sobre las que, a su vez, fundamenta su denuncia de vulneración del derecho a la legalidad penal. Nos referimos al supuesto cambio jurisprudencial sobre la competencia de la JEC para dictar los acuerdos incumplidos y el carácter de ese órgano como superior a estos efectos. Todas estas vulneraciones aparecen relacionadas entre sí porque, si se descartara el cambio jurisprudencial, la consecuencia lógica sería la desestimación de la concurrencia de error alguno. No obstante, un análisis de estas alegaciones conllevaría un pronunciamiento anticipado sobre cuestiones que, en su caso, han de ser abordadas en su ámbito correspondiente, es decir, desde su perspectiva esencialmente jurídica en la labor de subsunción de los hechos en el tipo penal. En el plano del derecho a la presunción de inocencia, la labor de este Tribunal consiste en realizar un control externo de razonabilidad sobre el discurso argumental recogido en las resoluciones impugnadas. Y ese examen conduce a la conclusión de que el tribunal contó con prueba de cargo válida, suficiente y motivada, lo que impide apreciar la vulneración del derecho alegado.

Efectivamente, la sala de enjuiciamiento expuso de forma extensa, detallada y coherente los elementos probatorios tenidos en cuenta para dictar la sentencia condenatoria. En lo relativo al elemento subjetivo, aparece debidamente motivado sobre la base de la notificación y el conocimiento personal de los acuerdos de la JEC, y la concurrencia de informes de los servicios de la Generalitat que, inequívocamente, aconsejaban al recurrente el cumplimiento de los requerimientos de aquel órgano. La eventual discrepancia no puede confundirse con el desconocimiento de la obligación de acatar las indicaciones de la JEC. No podía existir margen alguno para el error. En cuanto a los elementos objetivos, el carácter público y notorio de la conducta del recurrente se vio corroborado por el reconocimiento de los hechos por su parte, es decir, por la inequívoca manifestación de su voluntad de no cumplir con lo dispuesto en los acuerdos de la JEC. Además, se contaba con los informes policiales debidamente ratificados en el acto del juicio oral, y con el testimonio del responsable del cuerpo de los Mossos d'Esquadra que, a la postre, y tras un requerimiento dirigido a un miembro del Govern, daría cumplimiento a las indicaciones de la JEC, lo que presupone –en pura lógica– que no se había hecho hasta ese momento.

Este esquema argumental fue ratificado por la sentencia de casación, lo que debe ser reiterado por este Tribunal, en su labor de control externo de razonabilidad que le corresponde.

5.4.2 La vertiente extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia

En este apartado se analizará el resto de alegaciones del recurrente que, como se ha anticipado, hacen referencia a esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia.

Sobre el tratamiento otorgado al Sr. Torra i Pla por la sala de enjuiciamiento, debemos remitirnos, necesariamente, a lo expuesto en el fundamento jurídico correspondiente sobre el derecho al juez imparcial, esta vez, desde la perspectiva del derecho ahora invocado. La sala de enjuiciamiento explicó al final de la vista los motivos por los que se dirigió al recurrente como “señor” o “don”, en aplicación del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE. No consta manifestación o conducta alguna de la sala que pueda interpretarse como una anticipación del fallo. El motivo carece de fundamento.

La alegación sobre la desposesión en el cargo con carácter previo a la firmeza de la sentencia condenatoria requiere, en primer lugar, resolver el óbice planteado por el Ministerio Fiscal. Para ello es necesario concretar el objeto de la vulneración alegada. La demanda centra su denuncia en que la sentencia de casación no resolvió sobre la solicitud formulada por otrosí en el escrito de recurso (folio 193, vuelto, del rollo de la sala), en el sentido de interesar “la suspensión cautelar de cualesquiera efectos asociados a la sentencia [del TSJC] en tanto no se dicte sentencia [de casación], con comunicación de esta decisión al Parlamento de Cataluña, a la Junta Electoral Central y a la Junta Electoral Provincial de Barcelona”. Planteada la demanda en estos términos, tiene razón el Ministerio Fiscal. La vulneración se achaca a la sentencia de casación, por lo que, antes de acudir en amparo, era necesario haber planteado el oportuno incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), a fin de agotar la vía judicial previa. Al no hacerse así, el motivo incurre en causa de inadmisión que, en este trámite, se convierte en razón para su desestimación [art. 50 art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.a) LOTC].

No obstante lo anterior, conviene aclarar que la desposesión en el cargo de diputado del Sr. Torra i Pla, con carácter previo a la firmeza de la sentencia, no puede atribuirse a las resoluciones impugnadas. Se trata de un acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020, dictado en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6.2.b) LOREG, que ha sido confirmado por dos sentencias de la Sala Tercera del TS. En concreto, la STS 572/2021, de 28 de abril, que desestimó el recurso núm. 18/2020 interpuesto por el Parlamento de Cataluña; y la STS 1061/2021, de 20 de julio, que, igualmente, desestimó el recurso núm. 8/2020 interpuesto por el ahora recurrente, posteriormente impugnada en amparo ante este Tribunal (RA núm. 6056-2021) y actualmente pendiente de sentencia. En cualquier caso, la sala penal de casación no podía adoptar la medida solicitada, vista la regulación legal de este recurso que no contempla esta posibilidad.

Finalmente, sobre las declaraciones de responsables políticos emitidas durante la tramitación de la causa penal contra el recurrente, nuestro pronunciamiento requiere un análisis

de su contenido. Tal y como se recoge en la demanda (folio 340), la vulneración se atribuye a las siguientes manifestaciones:

-Ministra de Educación, Sra. doña Isabel Celaá, en su condición de Ministra portavoz del Gobierno: “El ejecutivo está a lo que diga la Junta Electoral Central. Es competente y será la que decida si hay sanción o lo lleva a Fiscalía”.

-Secretario General del PSC, Sr. don Miquel Iceta: “Torra ha hecho cálculos y habrá pensado que las consecuencias de no retirar los lazos son pequeñas”.

-Líder de Ciudadanos, Sra. doña Lorena Roldán: pidió a Torra que en el juicio por desobediencia “reconozca sus errores y pida perdón”.

El recurrente alega que estas declaraciones incumplen lo dispuesto en el art. 6.2 CEDH y en el art. 48 CDFUE. No obstante, de forma más específica, el 4.1 de la Directiva 2016/343/UE dispone que "los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable".

La mera lectura de estas expresiones permite constatar su inidoneidad para entender vulnerado el derecho fundamental invocado. Ninguna de esas manifestaciones implica un tratamiento del recurrente como culpable. La Ministra portavoz se limitó a expresar una posición de respeto institucional del Gobierno por las actuaciones de otro órgano como la JEC. El dirigente del PSC se refirió a lo que él entendía como una reflexión que debía realizar el ahora recurrente, mientras que la representante de Ciudadanos hizo una petición al Sr. Torra de la que, en ningún caso, puede deducirse una afirmación sobre la relevancia jurídico penal de su conducta.

La obligación de tratar a toda persona como inocente no puede impedir el ejercicio de la libertad de expresión de unos responsables políticos ante hechos con relevancia social. Lo determinante es si ese tipo de manifestaciones pudo tener alguna influencia en la causa penal de referencia. Como señalamos en nuestra STC 91/2021, de 22 de abril (FJ 8.4), a “la vista del planteamiento efectuado por el recurrente, que ni tan siquiera insinúa que las declaraciones que tacha de lesivas de su derecho a la presunción de inocencia hayan podido incidir en el ánimo de algún miembro de la sala sentenciadora, la contestación que ofrece el tribunal es muy simple. Se trata de una materia ajena al proceso y, por esto mismo, ni puede ser enjuiciada en esta sede, ni merece más respuesta que el rechazo de su toma en consideración.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal, que es lo que aquí se denuncia, no es imputable a la sentencia recurrida en amparo. Tampoco cabe reprochar eficazmente a dicha sentencia, ni al tribunal que la dictó, no haber tutelado el

derecho de que se trata, por la sencilla razón de que no constituía el objeto del proceso resolver sobre esta materia, ni era función del tribunal penal juzgador pronunciarse al respecto para, en su caso, otorgarla. En definitiva, la tutela del derecho fundamental invocado no tenía su cauce en el proceso penal del que dimana la condena ni, por tanto, integra el objeto del presente recurso de amparo.

El juicio que se nos pide en la demanda desborda la noción del principio de subsidiariedad que preside la jurisdicción constitucional de amparo [art. 53.2 CE y arts. 43.1 y 44.1 a) LOTC]. La parte demandante dispone de cauces procesales adecuados y suficientes para la protección de su derecho fundamental. De no obtener la tutela pretendida, una vez agotada la vía judicial precedente, podrá acudir en amparo ante este Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE)”.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de amparo.

6. El derecho a la igualdad

El recurrente invoca la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) en diversos apartados de su demanda. Y lo hace de forma conjunta con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, así como con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Esta conexión no impide, sin embargo, un tratamiento individualizado de esta queja.

6.1. Pretensiones de las partes

El recurrente concreta su alegación en dos hechos diferenciados. Por una parte, considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sin discriminación, reconocidos en los arts. 14 CE y 20 y 21 CDFUE. Se basa para ello en que, ante conductas “perfectamente equiparables”, el recurrente ha recibido una sanción penal, mientras que los acuerdos de la JEC de 23 de enero de 2020 impusieron sanciones pecuniarias administrativas al Presidente del Gobierno, Sr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, y a la Ministra de Educación, Sra. María Isabel Celaá Diéguez, quienes también desatendieron requerimientos de la JEC. La diferencia de trato y, sobre todo, la desproporción entre sanciones, suponen una vulneración del derecho a la igualdad. Por otro lado, señala el tratamiento discriminatorio, por injustificadamente desigual, ofrecido al recurrente en comparación con el precedente que se cita, consistente en la STS de 23 de enero de 2019 (recurso de casación núm. 1018-2017). En esa sentencia se redujo la pena de inhabilitación impuesta, descontando el tiempo que el penado había

sido privado del cargo previamente, como consecuencia de la sentencia condenatoria de instancia, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6 LOREG. Según el recurrente, el TS ha ignorado la misma petición formulada en tal sentido.

El Ministerio Fiscal plantea la concurrencia de un óbice procesal de admisibilidad, por falta de agotamiento de la vía judicial previa, respecto de ambas alegaciones. Se trata de vulneraciones que habrían sido provocadas por la sentencia del TS. En consecuencia, era necesario haber planteado el oportuno incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), con carácter previo a la presentación de esta demanda. Al no haberlo hecho así, concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.a) LOTC.

6.2 La respuesta de los órganos judiciales

El fundamento jurídico octavo de la sentencia de casación se pronuncia sobre la alegada vulneración del derecho a la igualdad, en lo relativo al distinto tratamiento otorgado al recurrente en comparación con el dispensado al Presidente del Gobierno y a la Ministra de Educación. Tras hacer una amplia exposición sobre la jurisprudencia de este Tribunal y del TS sobre el derecho invocado, la Sala Segunda concluye que, en “el caso concreto el recurrente omite detallar cuáles fueron las concretas conductas atribuidas al Sr. Sánchez Pérez Castejón y a la Sra. Celaá Diéguez, limitándose a decir que son equiparables, por lo que faltaría, en todo caso, el presupuesto de tratamiento desigual a supuestos de igualdad”.

6.3 La doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad

Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, reconocido en el art. 14 CE, lo que ha permitido conformar un cuerpo doctrinal consolidado que, en lo que ahora interesa, se resume a continuación.

Este “Tribunal ha señalado (por todas, SSTC 115/2006, de 24 de abril, FJ 3, y 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3) [que] para estimar que se ha producido una violación de ese derecho no es suficiente, sin más, que exista una divergencia entre resoluciones judiciales, sino que es necesario que concurren distintos requisitos, particularmente, la acreditación de un *tertium comparationis* adecuado, la identidad del órgano judicial, la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de ‘la referencia a otro’ exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique

en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada. Lo que negativamente significa —y esto es lo que aquí importa— ‘que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso’ [STC 120/2019, de 28 de octubre, FJ 3 d)].

Es decir, que, desde la perspectiva del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, un órgano judicial no se encuentra condicionado necesariamente por un pronunciamiento previo, sino que puede alterarlo, siempre que justifique razonada y razonablemente el cambio de criterio” [STC 80/2020, de 15 de julio (FJ 4)].

Por otro lado, “de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, el derecho a la igualdad sólo puede entenderse como igualdad en la legalidad, ámbito dentro del cual siempre ha de operar (SSTC 37/1982, de 16 de junio, FJ 3; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 7; 127/1988, de 24 de junio, FJ 4; 131/1988, de 4 de julio, FJ 4, por todas)” [STC 85/2003, de 8 de mayo (FJ 6)]. En esta línea, “hemos dicho reiteradamente que el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido” [STC 21/1992, de 14 de febrero, (FJ 4)].

6.4. Resolución de las quejas

Como premisa metodológica, el análisis de las vulneraciones alegadas debe partir, necesariamente, de los óbices procesales invocados por el Ministerio Fiscal.

En relación con la desigualdad supuestamente existente con los acuerdos de la JEC de 23 de enero de 2020, lo que se plantea en la demanda consiste, en realidad, en una mutación del objeto de este amparo. Lo que el recurrente alega es que, sobre la base de una conducta similar, la respuesta ha sido diferente. Pero esa diferencia no puede ser achacada a las resoluciones judiciales. Las sentencias impugnadas no han abordado las conductas del Presidente del Gobierno y de la Ministra de Educación. Por lo tanto, no pueden haber incurrido en desigualdad alguna. Lo que la demanda plantea es que la respuesta de la JEC ha sido injustificadamente distinta en uno y otro caso, con la consiguiente vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En este punto, el recurso adoptaría la naturaleza de un amparo mixto (art. 43 LOTC), porque la lesión habría sido provocada por un órgano administrativo como la JEC, que no habría sido reparada por las resoluciones judiciales. Sin embargo, los acuerdos de la JEC no han sido objeto de impugnación en la vía judicial previa a este recurso, por lo que la demanda incurre en causa de inadmisión que, en este trámite, se convierte en desestimación [art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.c) LOTC].

En todo caso, una mera lectura de los acuerdos de la JEC de 23 de enero de 2020, que pueden consultarse en [Acuerdos de la sesión con fecha 23/01/2020 \(juntaelectoralcentral.es\)](http://juntaelectoralcentral.es), pone de manifiesto que nos encontramos ante conductas sustancialmente distintas. En uno de los acuerdos se impuso una sanción pecuniaria por una entrevista concedida por el Presidente del Gobierno a un programa de televisión emitido el 25 de octubre de 2019 y, en el otro acuerdo, por unas manifestaciones de la Ministra de Educación, en su condición de Ministra portavoz del Gobierno, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros celebrado en la misma fecha. Las infracciones, por tanto, se agotaron en el mismo acto, con su mera realización. No se estaba en presencia de una infracción permanente o continuada en el tiempo, como ocurre con la colocación de símbolos partidistas en los edificios públicos. Por eso no hubo lugar a requerimiento concreto alguno cuyo reiterado incumplimiento determinara la presunta comisión de un hecho delictivo, como el que fue imputado al recurrente. Las conductas fueron sancionadas en la vía administrativa con la imposición de sendas multas, como también ocurrió con el demandante, a través del acuerdo de 13 de junio de 2019, que puede consultarse en [Acuerdos de la sesión con fecha 13/06/2019 \(juntaelectoralcentral.es\)](http://juntaelectoralcentral.es). A lo anterior puede añadirse, como argumento complementario, la aplicación a este supuesto de la doctrina -ya expuesta- que proscribía la alegación de la igualdad en la ilegalidad. El recurrente no puede pretender que, en este procedimiento, se analicen unas conductas y unas actuaciones administrativas sancionadoras que, además de no ser el objeto de este recurso, no pueden constituir un término válido de comparación, no solo por su distinta naturaleza sino también por su carácter ilegal.

En relación con la desigualdad supuestamente existente con la STS de 23 de enero de 2019 (recurso de casación núm. 1018-2017), la decisión sobre el óbice procesal alegado debe ser necesariamente la misma. En este caso, la pretensión no consta planteada formalmente en el escrito de interposición del recurso de casación (obrante a los folios 41 y ss del rollo de la sala), lo que explica que el TS no haya dado una respuesta formal a esta cuestión. Por lo tanto, la demanda incurre en la misma causa de desestimación que en el caso anterior, por falta de invocación previa de la lesión denunciada [art. 50.1.a) LOTC, en relación con el art. 44.1.c) LOTC].

En cualquier caso, un análisis de la sentencia invocada impide apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, porque no existe identidad del supuesto de hecho.

La STS 722/2018, de 23 de enero de 2019, tiene en cuenta el efecto anudado por la ley electoral al dictado de una sentencia condenatoria por delito contra la administración pública, aunque no sea firme (art. 6.2.b LOREG). Pero lo hace señalando, en primer lugar, que ese efecto no se puede equiparar a una medida cautelar abonable.

En efecto, la pena ha de imponerse dentro del marco establecido en el Código Penal. Los posibles abonos de la privación de libertad (art. 58.1) o de derechos (art. 58.4 CP), ya sufridos con anterioridad, habrán de ser valorados “para el cumplimiento” de la pena, no para su imposición. Pero siempre que se hubieran acordado en “la causa” (art. 58.1 CP) y “cauteladamente” (art. 58.4 CP), lo que no concurría en ese caso, como tampoco en el presente.

No obstante lo anterior, en aquel supuesto el TS admite excepcionalmente, por la vía del recurso de casación, la modulación de la pena finalmente impuesta, teniendo en cuenta la vigencia de la “medida extrapenal de contenido similar a la penalidad impuesta”. Y lo hace teniendo en cuenta que la pendencia de ese recurso de casación había “ido más allá del tiempo razonable y deseable por virtud de las dificultades de conformar un tribunal integrado por magistrados que no hubiesen participado en la instrucción o en el enjuiciamiento anterior de estos mismos hechos, aunque referidos a otro acusado”. En definitiva, el TS compensa la posible dilación indebida provocada en el trámite del propio recurso de casación con una modulación de la pena de inhabilitación que la sala de enjuiciamiento había impuesto de forma correcta.

No estamos en presencia del mismo supuesto. En este caso no se ha apreciado dilación indebida en el trámite de la casación, por lo que falta la identidad del presupuesto para poder aplicar la doctrina que, excepcionalmente, el TS aplicó en otro asunto.

Por otro lado, de la lectura de la propia resolución ahora impugnada se podría deducir una explicación implícita, recogida en el fundamento jurídico décimo tercero, que permitiría descartar su aplicación, al poner de manifiesto la diferencia existente entre ambos supuestos. Como

recuerda la sentencia, se ha tenido en cuenta que “la pendencia llevaba aparejada una situación perjudicial para el recurrente por la cierta eficacia extraprocesal que a la condena no firme otorga la legislación electoral”, lo que motivó que el asunto se señalara en una determinada fecha, “tomando en consideración también esa circunstancia”. Por lo tanto, se puede entender que el TS hubiera rechazado la aplicación del criterio expuesto en la STS 722/2018, porque no concurría la dilación que lo justificó, que se evitó en este caso mediante un señalamiento que tuvo en cuenta, precisamente, ese efecto extraprocesal impuesto por la legislación electoral.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado. Esto conlleva, necesariamente, la correlativa desestimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, que se formulaba de forma conjunta y que, como se ha expuesto, tampoco puede prosperar, conforme a una doctrina ya consolidada de este Tribunal, a la que expresamente nos remitimos [ver, por todas, STC 46/2020, de 15 de junio (FJ 3)].

7. El derecho a la legalidad penal.

La demanda alega una serie de lesiones agrupadas bajo el denominador común de la vulneración del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE. Algunas de estas quejas aparecen directamente relacionadas con otras, por lo que se hace necesaria una sistematización que permita ofrecer una respuesta adecuada a todos los motivos invocados por el recurrente.

7.1. Consideraciones previas: sobre el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión e ideológica y del derecho a la representación política.

En la estructura argumental de la demanda, la invocación de estos derechos se pone en relación con el derecho a la legalidad penal, en su vertiente del principio de proporcionalidad de la pena. Sin embargo, desde la perspectiva constitucional que es propia de este Tribunal, y en coherencia con nuestra doctrina, el análisis de estas alegaciones requiere una previa ponderación sobre si los hechos atribuidos al recurrente pudieran encuadrarse en un ejercicio legítimo de los citados derechos.

7.1.1. La libertad ideológica y la libertad de expresión.

El estrecho vínculo existente entre la libertad ideológica y la libertad de expresión ha sido destacado por la doctrina de este Tribunal [entre las más recientes, en la STC 190/2020, de 15 de diciembre (FJ 3)]. Así, a la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde el correlativo derecho a expresarla, que garantiza el art. 20.1.a) CE [por todas, SSTC 20/1990, de 15 de febrero (FJ 5), y 177/2015, de 22 de julio (FJ 5)]. Eso no significa que el derecho reconocido en el art. 16.1 CE pueda entenderse “simplemente absorbido” por la libertad de expresión del 20.1.a) CE (STC 20/1990, FJ 3), ni que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20.1.a) CE sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1 CE [SSTC 120/1990, de 27 de junio (FJ 10); 137/1990, de 19 de julio (FJ 8); 120/1992, de 27 de junio (FJ 8), y 177/2015, de 22 de julio (FJ 5)].

Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe, asimismo, una consolidada doctrina constitucional, que se remonta a las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las SSTC 177/2015, de 22 de julio (FJ 2); 112/2016, de 20 de junio (FJ 2), y 89/2018, de 6 de septiembre, (FJ 3.a). Esta doctrina subraya repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantiza para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. Como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 4), la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STEDH de 24 de febrero de 1997, asunto *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, § 49). Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto, sino que tiene sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional.

Esos límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser, no obstante, ponderados siempre con rigor por el juez penal, como igualmente ha advertido reiteradamente este Tribunal (por todas, STC 177/2015, FJ 2; 112/2016, FJ 2, y 35/2020, FJ 4). Esta regla, que es de obligada atención con carácter general cuando aquel derecho fundamental entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal, lo es todavía más cuando, como ocurre en el supuesto enjuiciado, se alega el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad ideológica.

7.1.2. *El derecho a la representación política y la inviolabilidad parlamentaria.*

La demanda alega, también, la vulneración del derecho a la representación política (art. 23.2 CE), ligada a la condición del recurrente como diputado del Parlamento de Cataluña y, como tal, protegido por la inviolabilidad parlamentaria.

Como hemos recordado en la STC 133/2021, de 24 de junio (FJ 4) el derecho del diputado miembro de una asamblea parlamentaria se extiende a la permanencia en el ejercicio del cargo público y a desempeñarlo de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas [SSTC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6; 109/2016, de 7 de junio, FJ 3 a); 11/2017, de 10 de enero, FJ 3 a), y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4 a)], pues “la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico” (STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6). Esta garantía adquiere especial relevancia cuando se trata de representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta defender también el derecho mismo de los ciudadanos a participar a través de la institución de la representación en los asuntos públicos reconocido en el art. 23.1 CE [STC 32/2017, de 27 de febrero, FJ 3, con cita de las SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3, y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2 a)].

En la más reciente STC 184/2021, de 28 de octubre (FJ 4), hemos destacado que la “inviolabilidad es una prerrogativa de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones de las Cámaras o, por excepción, en actos exteriores a estas que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo su finalidad específica la de asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan. Se configura, por lo tanto, como un límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto, en la medida en que impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los miembros de la Cámara por las opiniones manifestadas y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”. Como también se aludía en la STC 9/1990, de 18 de enero (FJ 3), la STC 184/2021 destaca lo siguiente: “hemos venido declarando desde la STC 51/1985, que las prerrogativas parlamentarias, también la de la inviolabilidad, ‘han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros’ (FJ 6), pues ‘[l]a existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de ‘justicia’ e ‘igualdad’ que el art. 1.1

de la CE reconoce como ‘superiores’ de nuestro ordenamiento jurídico’ (STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6; doctrina que reiteran las SSTC 123/2001 y 124/2001, FJ 4)’.

Estos criterios se asemejan a los que se desprenden de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, que constituyen *ex art. 10.2 CE* un relevante elemento hermenéutico en la determinación del sentido y alcance de los derechos fundamentales que la CE proclama [por todas, las SSTC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 5 B); 97/2020, de 21 de julio, FJ 5 D), y 70/2021, FJ 3 B)]. Por ello, en la citada STC 184/2021 [FFJJ 11.4.B.a) y 11.4.C)] se hace una remisión expresa a la doctrina expuesta en la STEDH de 17 de mayo de 2016, asunto *Karácsony y otros c. Hungría*, § 138; con referencia a las SSTEDH de 17 de diciembre de 2002, asunto *A. c. Reino Unido*, § 85; de 3 de diciembre de 2009, asunto *Kart c. Turquía*, § 81, y de 11 de febrero de 2010, asunto *Syngelidis c. Grecia*, § 42; también SSTEDH de 20 de diciembre de 2016, asunto *Uspaskich c. Lituania*, § 98, y de 22 de diciembre de 2020, GS, asunto *Selahattin Demirtaş c. Turquía*, —núm. 2—, § 256. Y también se citan la STJUE de 21 de octubre de 2008, asunto *Marra*, § 24; la STGUE de 19 de marzo de 2010, asunto *Gollnisch c. Parlamento Europeo*, § 94; y la STJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto *Junqueras Vies*, § 82 a 84; con cita de las SSTJUE de 10 de julio de 1986, asunto *Wybot*, § 12 y 22, y de 22 de marzo de 2007, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas c. Bélgica*, § 56, y ATJUE de 6 de diciembre de 1990, asunto *Zwartveld y otros*, § 19).

7.1.3. Canon de control de constitucionalidad

En supuestos como el que nos ocupa, en que se alega la vulneración del contenido de derechos fundamentales sustantivos por una condena penal, el problema sometido a nuestro enjuiciamiento ha de ser resuelto conforme a criterios específicos que derivan, no solo de la naturaleza y límites de nuestra jurisdicción de amparo (que, únicamente, tiene por objeto restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos), sino también del contenido de los derechos en juego y de la naturaleza penal de la sanción impuesta.

En efecto, como hemos expuesto, entre otras, en la STC 190/2020, de 15 de diciembre (FJ 4), “el control que a este tribunal corresponde realizar no ha de ser un mero juicio externo, que verse sobre la razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los jueces y tribunales en las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino que hemos de aplicar a los hechos declarados probados por estas, siempre dentro de los límites que impone el art. 44.1 b) LOTC, las exigencias dimanantes de la Constitución, para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados esos derechos fundamentales. Todo ello aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de

los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal, ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 11, y 177/2015, 22 de julio, FJ 2).

De este modo habremos de examinar si la interpretación y aplicación de la norma penal realizada por los órganos judiciales en las sentencias impugnadas en amparo es compatible con el contenido constitucional de la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], en conexión con la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y, por tanto, si la condena penal impuesta al recurrente constituye o no una decisión constitucionalmente legítima, ya que, como este tribunal ha señalado reiteradamente, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Por ello, para poder determinar si la aplicación del [tipo penal] realizada en el presente supuesto vulnera los referidos derechos, es necesario precisar inicialmente si la conducta objeto de sanción penal constituye, en sí misma considerada, lícito ejercicio de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se encuentra amparada por estos. Se trata de un análisis que no se sitúa en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho fundamental, sino en el previo de la delimitación de su contenido y finalidad (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 127/2004, de 19 de julio, FJ 2). Este escrutinio permite identificar aquellos supuestos en los que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en el ámbito de lo punible; dicho de otro modo, se trata de aquellos casos en los que la invocación del derecho fundamental se erige en mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos (por todas, SSTC 185/2003, FJ 5, y 104/2011, FJ 6).

Fuera de tales supuestos, cuando la conducta penalmente reprochada se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho y, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio, esa conducta no puede ser objeto de sanción penal, aunque la subsunción de los hechos probados en la norma fuera conforme a su tenor literal. Como este tribunal ha afirmado reiteradamente, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de los

derechos fundamentales en juego, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de esos derechos o tengan un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los mismos (entre otras muchas, SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6, y 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

Si la conducta enjuiciada penalmente forma parte del ámbito de protección propio de los derechos y libertades que han sido alegados, será preciso examinar en segundo término si, por ser ejercicio plenamente legítimo de su contenido, tal circunstancia opera como causa excluyente de su antijuridicidad (entre otras, SSTC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5, y 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3).

Dicho de otro modo, el análisis que este tribunal ha de realizar en un recurso de amparo contra una sentencia penal condenatoria se dirigirá entonces a determinar si la conducta del demandante se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio (por todas, SSTC 111/1993, FFJJ 5 y 6; 137/1997, FJ 2; 110/2000, FJ 4; 88/2003, FJ 8; 104/2011, FJ 6, y 177/2015, FJ 2). En tal caso, la conducta enjuiciada no podría sufrir reproche penal alguno, lo que conduciría a estimar el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia condenatoria.

En suma, el control de constitucionalidad que a este tribunal corresponde llevar a cabo en este tipo de supuestos debe quedar limitado, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal —que, en su caso, podrían ser objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)—, a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales, como hemos tenido ocasión de recordar recientemente en la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4”.

Esta doctrina ha sido reiterada en la más reciente STC 170/2021, de 7 de octubre, dictada en un recurso de amparo derivado de una sentencia condenatoria por delito de desobediencia del art. 410.1 CP. En esta resolución, tras exponer la citada doctrina, se concluía que “existe un uso desproporcionado del derecho penal, y por lo tanto ilegítimo desde una perspectiva constitucional, cuando se sanciona una conducta merecedora de ser encuadrada en el ámbito objetivo de aplicación del derecho fundamental invocado; esto es, cuando la conducta presente una conexión clara e incontestable con el derecho, aunque se haya incurrido en exceso en su

ejercicio, pero no cuando represente una forma desfigurada o desnaturalizada del mismo inidentificable con su contenido objetivo” (FJ 8).

7.1.4. Aplicación al caso concreto.

La labor de ponderación que corresponde a este Tribunal exige verificar, como presupuesto metodológico, si la conducta enjuiciada puede ser encuadrada en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales invocados ya que solo de esta forma sería posible, a su vez, analizar su ejercicio legítimo para, a continuación, realizar una valoración con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

Lo primero que conviene resaltar es que la conducta del recurrente aparece completamente desvinculada del ejercicio de la función representativa y, en consecuencia, no encuentra amparo en la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria.

La doctrina expuesta en la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (asunto *Patriciello*), alegada por el recurrente, no es aplicable al presente supuesto. En esa resolución se analizaba una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de Isernia (Italia), en una causa penal seguida contra un diputado italiano del Parlamento Europeo por unas manifestaciones en las que acusaba de un comportamiento ilegal a un agente de policía, durante un altercado en un aparcamiento público próximo a su residencia. En esa sentencia, el TJUE señalaba que la inmunidad reconocida en el art. 8 del Protocolo núm.7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea (DOUE núm. 306 de 17 de diciembre de 2007), por las opiniones y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, no requiere que esas opiniones sean expresadas en la sede del órgano, ya que “no depende del lugar en el que se realizó la declaración, sino de su naturaleza y contenido” (parágrafo 30). No obstante, el TJUE añade que una opinión emitida “en el ejercicio de sus funciones (...) implica la exigencia de una relación entre la opinión expresada y las funciones parlamentarias” (parágrafo 33). Una relación que, además, “debe ser directa e imponerse manifiestamente” (parágrafo 35), lo que -en el caso concreto- no se apreciaba.

Lo mismo sucede en este asunto. La colocación de la pancarta, o la negativa a retirarla, no fueron realizadas en sede parlamentaria, ni guardaban relación directa y manifiesta con la actividad parlamentaria. No formaban parte de la potestad legislativa, ni de control al gobierno, como elementos definatorios del contenido esencial del *ius in officium* [por todas, STC 159/2019, de 12 de diciembre (FJ 5.c)]. Por lo tanto, tampoco puede alegarse la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria. Como ya se ha expuesto, la finalidad institucional de esta

prerrogativa consiste en asegurar el proceso de libre formación de la voluntad de la cámara. Finalidad que no concurre en este caso.

Otro tanto acontece con los derechos a la libertad de expresión e ideológica. Los hechos atribuidos al recurrente fueron realizados en su condición de Presidente de la Generalitat de Cataluña, es decir, como cargo público. En el ejercicio de ese cargo, su conducta no puede ser analizada desde la óptica de la ponderación de un derecho fundamental subjetivo, sino desde el ámbito de las atribuciones y de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico. Este Tribunal ha declarado, al respecto, que las instituciones públicas o sus órganos “en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales (...) (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero’ (por todas, las SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8, y 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 3)” [STC 5/2021, de 25 de enero, FJ 5.A.b)].

Conviene aclarar que, como no podía ser de otro modo, quien ostenta la titularidad de un cargo público tiene reconocidos, en su condición de ciudadano, el ejercicio de todos sus derechos fundamentales y libertades públicas, entre ellos los de las libertades ideológica y de expresión que ahora resultan invocados. Pero la cuestión que ahora se suscita es la de enjuiciar y resolver si esa persona, en el ejercicio de las funciones de un cargo público o con ocasión del mismo, puede invocar la protección constitucional que depara a todo ciudadano la titularidad y ejercicio de aquellos derechos fundamentales.

El demandante, al tiempo de los hechos, ostentaba el cargo público de Presidente de la Generalitat de Cataluña. En tal condición, asumía “la más alta representación” (art. 67.1 EOC) de aquella Institución, la dirección de la acción de gobierno y de “la Administración de la Generalitat” (art. 68.1 EAC), así como la de responsabilizarse de la gestión de la totalidad los bienes públicos dependientes de aquella. Como encargado de esa gestión, estaba sometido a la legalidad vigente.

En efecto, el art. 159.1.a) EAC atribuye a la Generalitat la competencia en materia de “medios necesarios para ejercer las funciones administrativas, incluyendo el régimen de los bienes de dominio público y patrimoniales”. En el ejercicio de esa competencia, el Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña, considera como bienes de dominio público “los afectados al uso general o a los servicios públicos propios de la Generalidad” así como los “edificios en los que se alojan los órganos de la Generalidad definidos por el Estatuto” (art. 3, apartados 1 y 2). En materia de bienes de dominio público, el art. 6 de la Ley 33/2003, de 3 de

noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que la “gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán”, entre otros, a los siguientes principios: “b) Adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados; c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas; d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo”. Este precepto tiene carácter de legislación básica (según la disposición final segunda de la Ley 33/2003), conforme a lo preceptuado en el art. 149.1.18ª CE. En definitiva, los edificios de los órganos de la administración pública de Cataluña han de estar al servicio de los intereses generales, no de un grupo más o menos concreto o numeroso de la ciudadanía, con exclusión del resto.

Pues bien, como hemos dicho supra, la conducta de quien ostenta un cargo público no puede ser analizada desde la óptica de sus derechos subjetivos, sino desde el ámbito de las atribuciones y de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. La colocación de una pancarta en un edificio público no puede ser valorada bajo el parámetro axiológico del ejercicio de un derecho, sino como una potestad pública que, precisamente por ello, está vedada al resto de los ciudadanos y que, en correspondencia, debe someterse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. En el presente caso, como explican las sentencias impugnadas, así como los propios acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019, recogiendo una consolidada doctrina anterior expuesta en los acuerdos de 10 de mayo de 2015 y 4 de diciembre de 2017, los lazos amarillos y las banderas esteladas son un símbolo legítimo de quienes propugnan la independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero no representan a la totalidad de los ciudadanos de ese territorio. Por lo tanto, aunque no puedan identificarse con un partido político concreto, lo cierto es que expresan una idea política propugnada por algunas formaciones políticas que concurrían a esas elecciones, pero no por todas. En ese sentido, pueden ser calificadas como “partidistas”, en cuanto excluyen a una parte significativa de la ciudadanía representada por esos otros partidos políticos, con grave quebranto del principio de neutralidad que, en todo momento debe ser respetado por los poderes públicos, pero especialmente durante los periodos electorales (art. 50.2 LOREG), como garantía de la limpieza del proceso democrático. Ante esa situación, la JEC le exigió, en el ejercicio de sus competencias, que realizara determinada conducta de retirada de elementos (esteladas, lazos o pancartas) de las fachadas de los edificios públicos dependientes de aquella administración autonómica. La colocación de esos elementos no podía estar amparada por el ejercicio de derechos subjetivos, porque la gestión de los edificios públicos viene determinada por lo que disponga el ordenamiento jurídico. Pero es que, además, la conducta penal

atribuida al recurrente no consistió en la indebida colocación de una pancarta, sino en la conducta renuente al cumplimiento de los requerimientos de otra Autoridad Pública, conducta que tampoco puede tener amparo en el ejercicio de los derechos invocados, porque entra en abierta colisión con otros bienes constitucionalmente protegidos y, señaladamente, con el principio de neutralidad de los poderes públicos.

El supuesto que nos ocupa es sustancialmente diferente al contemplado en la STEDH de 23 de abril de 1992 (asunto *Castells c. España*), citada por el recurrente en apoyo de su pretensión. En esa sentencia se consideró vulnerado el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) de un senador que había sido condenado por injurias como consecuencia de la publicación de un artículo de opinión en un semanario. En ese caso, lo que se consideró delictivo fueron las propias manifestaciones. En el presente supuesto, el recurrente no ha sido condenado por sus ideas, opiniones o manifestaciones, como se recoge en las sentencias impugnadas, sino por el incumplimiento de unos requerimientos derivados de un uso inadecuado de los edificios públicos que estaban sujetos a su responsabilidad de gestión. Desde esta perspectiva, la conducta del recurrente no estaba amparada en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales invocados.

Descartado ese ejercicio legítimo, seguidamente se abordarán las alegaciones relativas a la falta de tipicidad de los hechos, derivada de la ilegalidad de los acuerdos de la JEC –por motivos de forma y de fondo-, así como a la vulneración de los principios de intervención mínima, última ratio, proporcionalidad, seguridad jurídica y non bis in ídem. Solo para el caso de que estos motivos fueran desestimados, procedería abordar los reproches asociados a la proporcionalidad de la pena, en su relación con el ejercicio de otros derechos fundamentales de carácter sustantivo como la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho a la representación política.

La pluralidad y heterogeneidad de las cuestiones planteadas en la demanda aconsejan, de nuevo, iniciar su análisis mediante la reseña de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho invocado, para abordar seguidamente y de manera individualizada las quejas formuladas, según su propia naturaleza y significación, y conforme al esquema general seguido en otros apartados de esta resolución.

7.2. La doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad penal

Hecha la anterior precisión, procede compendiar a continuación la doctrina constitucional relativa al derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 CE; en especial, la concerniente a las diferentes facetas que se anudan a las quejas formuladas en el recurso de amparo. El indicado

artículo establece que “[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

A) Según doctrina de este Tribunal, el mandato enunciado contiene un derecho fundamental subjetivo que comprende una garantía formal, anudada al rango exigible a la norma sancionadora, y otra de carácter material, vinculada a la exigencia de certeza y concreción del precepto penal. Esta doctrina aparece sistematizada en la STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2:

“a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, ‘esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley’.

También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones -STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7- que del art. 25.1 CE se deriva una ‘reserva absoluta’ de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, ‘la remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la C.E. ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)’.

b) Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado -como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3- ‘que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982,

89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos; es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)'. Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3)".

c) Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de ley (ley orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran éstas quienes definieran de facto lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento -a través de mayorías cualificadas, en su caso- quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones".

B) Este Tribunal ha resaltado la importancia del mandato de taxatividad que el precepto constitucional objeto de cita contiene. Ejemplo de ello son los argumentos que figuran en la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, que a continuación se transcriben:

“El principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de

noviembre, FJ 8). De esta manera, ese principio, no sólo fija el límite interpretativo de los preceptos en la subsunción irrazonable en el tipo que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí, de manera, que de sobrepasarse tal límite, la sanción impuesta resultaría sorpresiva para su destinatario (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5), sino que ‘impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6)’.

Tal garantía de certeza, a que se ha hecho mención, no solo opera respecto de las normas penales o sancionadoras (ámbito normativo), pues también se proyecta a la interpretación y aplicación de estas por los órganos judiciales a los concretos supuestos de hecho (ámbito aplicativo), como así se refleja en la reciente STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2:

“La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (vid, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) **Ámbito normativo.** De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación *ex ante* de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).

b) **Ámbito aplicativo.** En cambio, aun cuando la redacción de la norma sancionadora resulta suficientemente precisa, la garantía de *lex certa* puede verse afectada por la aplicación irrazonable de dicha norma, vertiente que se desdobra, a su vez, en dos planos, (i) el de la indebida interpretación *ad casum* del alcance semántico del precepto, más allá de su sentido literal posible (*analogía in malam partem*), y (ii) el de la subsunción irrazonable, en el precepto ya interpretado, de la conducta que ha sido considerada probada. En estos casos, pese a la “calidad” de la ley, su aplicación irrazonable se proyecta sobre la exigencia de previsibilidad del alcance de su aplicación (STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5). Así, en efecto, una vez que el autor de la

norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo “no solo la sujeción [...] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia “es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal” (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5”).

No obstante, el principio de taxatividad no es incompatible, como hemos apuntado, con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o la utilización de una terminología con cierto grado de ambigüedad por parte del legislador, como así queda expuesto, entre otras, en la STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3 a):

“A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las ‘normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo, el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad’ (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever”.

C) La aplicación de la analogía *in malam partem* y también las interpretaciones extensivas de la norma penal, por parte de los órganos judiciales, han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE. Esta censura queda reflejada, entre otras, en la STC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4.

“A este respecto, hemos destacado que ‘la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también

sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12); es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4)’ (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8)”.

D) A su vez, este Tribunal ha precisado las exigencias a que se deben sujetar los órganos judiciales, al verificar la labor de subsunción de los hechos en la norma penal. Nuestra doctrina sobre ese particular queda recogida con detalle en la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, en los siguientes términos:

“El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal, el primero de los criterios está constituido así por el respeto al tenor literal de la norma, ‘pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y

se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; ... STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley (...). La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (...). Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios’ (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)”.

E) Este Tribunal también ha declarado que “en materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad” [STC 26/2018, de 5 de marzo (FJ 6) con cita de otras anteriores, como la STC 229/2003, de 18 de diciembre].

F) La proporcionalidad de las penas también ha sido objeto de análisis desde el prisma del derecho reconocido en el art. 25.1 CE. Concretamente, en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, este Tribunal delimitó, en los términos que a continuación se exponen, cuál es alcance de la referida cualidad en relación con los derechos fundamentales tutelados en amparo:

“El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de ‘la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (STC 55/1996, fundamento jurídico 6º)’ (STC 161/1997, fundamento jurídico 9º)”.

En este contexto, “el juicio que procede en esta sede de amparo, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca ‘un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho’ (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º) o una ‘actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona’ (STC 55/1996, fundamento jurídico 9º) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. ‘Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras

alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma' (SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6º y 161/1997, fundamento jurídico 9º)".

De esta manera, "(...) cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, según hemos reiterado en otras resoluciones, especialmente en la STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4º y 5º, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis 'si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes' (STC 55/1996, fundamento jurídico 7º; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9º). En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena".

Así, pues, "desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, 'a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador' (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º). Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada 'cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa' (STC 161/1997, fundamento jurídico 12; en el mismo sentido STC 55/1996, fundamento jurídico 9º)".

G) Del mismo modo, procede reflejar el parámetro al que se debe sujetar este Tribunal para fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, que aparece recogido, entre otras resoluciones, en la STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8:

“[S]egún reiterada jurisprudencia constitucional, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que este tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3 y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas). Ahora bien, una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa (...), este tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal (SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), sin olvidar que el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en el Ordenamiento (SSTC 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 3; 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3 (...)).”

De este modo, precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, “cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4;

278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 8; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3)”.

Y, a tal efecto, en la ya citada STC 129/2008, FJ 3, se acota la fiscalización que corresponde llevar a cabo a este Tribunal, en los siguientes términos:

“No compete pues a este tribunal la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales. Tal sostenibilidad se refiere, como se señalaba en el fundamento anterior, al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, y se traduce en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma. Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada”.

H) En relación con el principio *non bis in ídem*, este Tribunal debe recordar que “desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio *non bis in ídem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones ‘en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento’ (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

a) La garantía de no ser sometido a *bis in ídem* se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de

noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3).

La garantía material de no ser sometido a *bis in ídem* sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente. (...)

c) Junto a esta vertiente, este Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio, que, de conformidad con la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal. En efecto, en esta Sentencia (FJ 2) declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el art. 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiéndole a ‘las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos’. Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 CE, en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia: ‘a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada’.

d) El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en *bis in ídem*, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada,

coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) -hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España ('Boletín Oficial del Estado' de 30 de abril de 1977)- dispone que 'nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país'.

De otra parte, también el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH), aunque no ha sido ratificado por España - pero sí firmado-, reconoce este derecho con un contenido similar. Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico- constitucional común en nuestro entorno. Este artículo establece: '1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada'. A los efectos de la aplicación de las garantías del proceso justo (art. 6.1 CEDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, STEDH de 21 de febrero de 1984, caso Öztürk c. República Federal de Alemania); y a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria; de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria; de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria; de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria)" (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3).

La "triple identidad [de sujeto, hecho y fundamento] constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in ídem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Ahora bien, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales o el análisis

directo de su concurrencia, en caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales a pesar de haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, han de ser realizados por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1.b LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer ‘de los hechos que dieron lugar al proceso’ en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable” (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

Una vez expuesta nuestra doctrina sobre los diversos aspectos del derecho a la legalidad penal invocados por el recurrente, estamos en condiciones de resolver las distintas quejas planteadas.

7. 3. La falta de tipicidad de los hechos, por la ilegalidad de los acuerdos de la JEC

7.3.1. Pretensiones de las partes.

El recurrente impugna su condena por delito de desobediencia al considerar que los hechos no son típicos, es decir, que no se ajustan a la descripción contenida en el Código Penal, con la consiguiente vulneración del derecho a la legalidad penal reconocida en el art. 25.1 CE. Los argumentos concretos se pueden desglosar de la siguiente manera:

a) La JEC no era órgano competente para dictar los acuerdos incumplidos. Para el recurrente, la LOREG no atribuye competencias a la JEC respecto de quienes son ajenos al proceso electoral de que se trate que, en este caso, eran unas elecciones a las Cortes Generales en las que la Generalitat no tenía intervención alguna. Además, la resolución de una consulta no puede implicar la adopción de un acuerdo que imponga obligaciones de hacer o de no hacer. En todo caso, el recurrente afirma que actuó en todo momento atendiendo a la doctrina del TS vigente hasta ese momento, citando varias sentencias en apoyo de esta afirmación.

b) La JEC no puede ser considerada como órgano superior a los efectos del art. 410.1 CP. La demanda considera que la expresión “autoridad superior” exige una relación de jerarquía entre

quien dicta la orden y quien la desobedece. Esta relación no existe en este caso y no puede ser confundida con una delimitación competencial. Según el recurrente, se trata de un elemento del tipo que había sido pacíficamente interpretado por el TS, con cita de varias sentencias.

c) Los acuerdos de la JEC incurrían en causa de ilegalidad sustantiva o de fondo. Este motivo se desdobra, a su vez, en dos argumentos.

i) Concorre una falta de imparcialidad de los miembros de la JEC. Con cita de varias SSTEDH, el recurrente considera que la imparcialidad de la JEC es una exigencia esencial para garantizar el derecho de cualquier ciudadano al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, reconocido en el art. 23.2 CE. En consecuencia, la falta de imparcialidad de la JEC incide de forma decisiva en la exclusión de la tipicidad de la conducta atribuida al recurrente. En este caso, dos vocales de la JEC carecían de la necesaria imparcialidad o apariencia de la misma. Se trata de los Sres. don Carlos Vidal Prado y don Andrés Betancor Rodríguez. Propuestos por el Partido Popular y el Partido Ciudadanos, respectivamente, que son formaciones particularmente beligerantes con el demandante, estos vocales han publicado mensajes en redes sociales y artículos de opinión en los que han mostrado su absoluta animadversión contra el anterior Presidente de la Generalitat y contra el recurrente y todo lo relativo a su opción política. En la demanda se reseñan y extractan esas publicaciones. Estas cuestiones fueron planteadas desde que se conocieron a través de los medios de comunicación, mediante un escrito de 20 de mayo de 2019, y posteriormente en el trámite de cuestiones previas en el acto del juicio oral, y en el recurso ante el TS. Además, se interpuso querrela contra los miembros de la JEC, y se solicitó que todos estos hechos fueran tenidos en cuenta para valorar la credibilidad de la actuación de la JEC, en su calidad de denunciante de los hechos objeto de condena.

ii) Los acuerdos de la JEC implicaban la vulneración de los derechos de terceras personas. En este punto, la demanda insiste en que los requerimientos de la JEC no eran de obligado cumplimiento, porque su ejecución implicaba la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad ideológica de quienes trabajaban en los edificios públicos de la Generalitat de Cataluña.

Por su parte, el Ministerio Fiscal comienza sus alegaciones con un encuadramiento de las diversas quejas formuladas por el recurrente sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) para, a continuación, exponer su criterio sobre cada una de ellas.

a) Sobre la falta de competencia de la JEC, el fiscal considera que el examen de las resoluciones judiciales impugnadas, que sostuvieron el mismo criterio, ha de hacerse desde la perspectiva de control externo que es propia de esta jurisdicción constitucional, es decir, atendiendo a la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial

de la norma. Desde ese plano, ha de concluirse “como perfectamente razonable considerar que la JEC era competente para dictar los acuerdos que sirvieron de base para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Sr. Torra”, conforme a lo dispuesto en los arts. 20, párrafo segundo y 19.1.h) LOREG.

b) Otro tanto sucede sobre la condición de la JEC como órgano superior, a los efectos de lo dispuesto en el art. 410.1 CP. Para el fiscal, si la JEC era competente para dictar los acuerdos controvertidos, conforme a lo dispuesto en los arts. 19.1.h), 19.2 y 20 LOREG, “no cabe sino concluir como perfectamente razonable considerar que la JEC era orgánicamente (esto es, en materia electoral) autoridad superior para dictar los acuerdos que sirvieron de base para el pronunciamiento de una sentencia condenatoria contra el Sr. Torra”.

c) En cuanto a la alegada falta de imparcialidad de los integrantes de la JEC, el fiscal sostiene, como hicieron las resoluciones recurridas, “que no había quedado debidamente acreditada la falta de imparcialidad de determinados Vocales de la JEC al adoptar ésta los Acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019”. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el recurrente no intentó la recusación de los mismos en vía administrativa, “pudiendo hacerlo”, y que la querrela interpuesta posteriormente “en sustitución de tal recusación” fue archivada.

d) Sobre la alegada vulneración de los derechos de terceras personas, considera que “los empleados públicos (que son las personas a que se hace referencia principalmente con este alegato) han respetar la CE y las normas que integran el ordenamiento jurídico”. Por lo tanto, “entre sus deberes se incluye el de neutralidad e imparcialidad, con arreglo al artículo 53 EBEP”, de manera que, “en cuanto tales, sus derechos fundamentales no podían sufrir restricción alguna por los mandatos de la JEC”.

Finalmente, el partido político Vox mantiene la legalidad de los acuerdos de la JEC. A su juicio, no hay duda alguna de que este órgano es la máxima autoridad en materia electoral (*ex* arts. 8.1 y 19.4 LOREG), y que las decisiones y acuerdos que dicte en este ámbito devienen de obligada observancia para todas las autoridades e instituciones, sin posibilidad de distingo alguno. En este caso, los acuerdos se dictaron para preservar el principio de neutralidad política en periodo electoral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.2 LOREG. En cuanto a la imparcialidad de la JEC, entiende que la cuestión planteada por el recurrente quedó zanjada en el auto de 24 de abril de 2019, por el que la Sala Segunda del TS rechazó la admisión a trámite de la querrela presentada en su día por el Sr. Torra contra los integrantes de la JEC, por un presunto delito de prevaricación. En cualquier caso, el recurrente no planteó la recusación de los miembros de la JEC en tiempo y forma, por lo que concurre un óbice de admisibilidad por falta de invocación en tiempo de la supuesta vulneración, *ex* artículo 44.1, a) y c) LOTC, en relación con

el art. 50.1.a) LOTC. En cuanto a la posible vulneración de los derechos de terceras personas, considera que los funcionarios públicos deben observar en el ejercicio de sus funciones la debida neutralidad e imparcialidad ideológica exigida por el artículo 53.2 del Estatuto Básico de la Función Pública [sic].

7.3.2 La respuesta de los órganos judiciales.

Las diversas cuestiones planteadas por el recurrente obtuvieron respuesta en las resoluciones impugnadas, en el sentido que se expondrá a continuación.

7.3.2.1 La respuesta de la sala de enjuiciamiento del TSJC

La sentencia del TSJC contiene diversos apartados en los que se ofrece una contestación a las pretensiones del recurrente sobre las distintas vertientes del derecho a la legalidad penal.

En el fundamento jurídico tercero, apartado I, la sala analiza la competencia de la JEC. A la vista de lo dispuesto en los arts. 8, 9, 19 y 20 LOREG, considera que la JEC es el órgano competente para “conocer de los incidentes que se produzcan durante el periodo electoral en relación con cuestiones electorales”, siempre que la cuestión “rebase el término territorial de una provincia”, dado que Cataluña no cuenta con un órgano propio en su Estatuto de Autonomía. En el fundamento jurídico quinto, apartado III.B, la sala asume el criterio expuesto en el auto de 22 de abril de 2019 dictado por la Sala Segunda del TS, al rechazar la querrela interpuesta contra los miembros de la JEC. En ese auto, el TS se pronuncia en el mismo sentido, poniendo de relieve que los acuerdos de la JEC se dictaron “en cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que tiene encomendadas en el artículo 19.1 LOREG, dando lugar a unos requerimientos dirigidos al querellante, como máxima autoridad de la Comunidad autónoma y que tienen su fundamento en el artículo 50 de la LOREG y en su artículo 8, que garantizan la transparencia y objetividad del proceso electoral”.

Por otro lado, en el fundamento jurídico quinto, apartado I, se aborda la cuestión suscitada por el recurrente sobre la condición de autoridad superior de la JEC. Considera que la defensa “parte de que la Presidencia de la Generalitat está prevista constitucionalmente, lo que le otorgaría un rango de superioridad frente a la simple configuración legal de la Junta Electoral Central”. Sin embargo, la sala entiende que tanto el Estatuto de Autonomía (que regula la figura del presidente) como la LOREG (que regula la figura de la JEC), tienen el mismo rango de Ley Orgánica (art. 81.1 CE). Además, no es posible interpretar el término “superior” en un sentido de “verticalidad

o jerarquía”. Para la sala, “el artículo 410.1 C.P. no está refiriéndose a relaciones de subordinación, sino a relaciones orgánicas necesariamente tamizadas por las competencias atribuidas a cada institución y el respeto de las funciones que a cada una le son propias: no hay duda alguna de que la Junta Electoral Central es la máxima autoridad en materia electoral, y las decisiones y Acuerdos que dicte en materia electoral devienen de obligada observancia para todas las instituciones y autoridades, sin posibilidad de distingo alguna”.

En el apartado II del mismo fundamento, la sala aborda la posible afectación para los derechos de terceros, con cita y reseña parcial de la sentencia de 28 de abril de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS. En esta resolución se resalta la vigencia de los principios de “objetividad y neutralidad de la Administración”, que han de “vincularse necesariamente a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE y 103.1 CE); y añade que la “exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales”, como “una de las específicas proyecciones que tiene el genérico mandato de objetividad que el artículo 103.1 CE proclama para la actuación de toda Administración pública”. Por ello, el “artículo 50.1 de la LOREG debe ser interpretado en la clave constitucional del sufragio libre que proclama el artículo 68 de la Carta Magna. Sufragio libre que significa proclamar como un esencial designio de verdadera democracia el establecer un sistema electoral que garantice un marco institucional de neutralidad en el que el ciudadano pueda con absoluta libertad, sin interferencias de ningún poder público, decidir los términos y el alcance de su participación política”. En esta línea, se señala que “los derechos de los empleados públicos a que se vea respetada su libertad de expresión, reconocida en el artículo 14 k) EBEP”, ha de ser compatible con la obligación impuesta en el “artículo 53 de ese mismo texto legal”, que “obliga a los empleados públicos a respetar la Constitución y las normas que integran el Ordenamiento Jurídico, que entre sus deberes se incluye el de neutralidad e imparcialidad, y que su actuación debe siempre perseguir la satisfacción de los intereses generales”. En el mismo sentido, se recuerda que la JEC ya había dictado acuerdos anteriores, como el de 20 de mayo de 2015, en el que se considera la bandera *estelada* como una aspiración de solo una parte de la sociedad catalana, “símbolo legítimo que pueden utilizar las formaciones políticas en su propaganda electoral, pero que, al menos durante los períodos electorales, por exigencia de lo dispuesto en el artículo 50.2 LOREG, no lo pueden hacer los poderes públicos, ya que éstos deben mantener una rigurosa neutralidad política”.

Por lo demás, el recurrente disponía de diversos informes sobre esta cuestión, que abundaban en la línea de cumplir con los requerimientos de la JEC. Así, los informes de la Dirección General de Servicios Consultivos de 4 de diciembre de 2018 y de febrero de 2019. En este último se “subraya la interpretación que la Instrucción 2/2011 de la JEC hace del artículo

50.2 LOREG”, y se hace una mención expresa al acuerdo de la JEC de 4 de diciembre de 2017, en el que se indica que “[d]urante los periodos electorales los poderes públicos están obligados a mantener estrictamente la neutralidad política y, por tanto, deben abstenerse de colocar en edificios públicos y otros lugares de titularidad pública (...) símbolos que puedan considerarse partidistas, y deben retirar los que se hubieran colocado antes de la convocatoria electoral. Este criterio resulta aplicable a cualquier símbolo partidista, sean banderas, lazos, pancartas o cualquier otro que permita su identificación con alguna de las candidaturas concurrentes a las elecciones”. Del mismo modo, el informe del Síndic de Greuges de 15 de marzo de 2019 recomienda adoptar las “medidas oportunas para dar cumplimiento” al acuerdo de la JEC de 11 de marzo de 2019.

7.3.2.2. La respuesta de la Sala Segunda del TS

La sentencia dictada en el recurso de casación se pronuncia expresamente en su apartado 5.2 sobre la competencia de la JEC para “dictar los acuerdos que dieron lugar a la condena por delito de desobediencia”, coincidiendo con el criterio expuesto en “la sentencia recurrida y [en] el informe del Ministerio Fiscal. Los hechos inciden en el periodo electoral de unas elecciones generales. Según consta en el expediente administrativo el representante de Ciudadanos Partido de la Ciudadanía se dirige a la Junta Electoral Central invocando acuerdos anteriores de la Junta Electoral Central de 2017 sobre la exhibición de lazos amarillos, pancartas sobre Presos Políticos y esteladas que suponen una vulneración de la neutralidad política. El partido político se dirige a la JEC de conformidad con el art. 20 de la LOREG. En la tramitación del expediente, en las alegaciones del Presidente de la Generalitat no se invoca la falta de competencia de la Junta Electoral Central. El incidente comunicado a la Junta Electoral rebasaba a una provincia, al referirse a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, que no hizo uso de lo previsto en la Disposición Adicional 1ª de la LOREG en cuanto a recoger en su Estatuto, el ejercicio de competencias en esta materia. El art. 19.4 de la citada LOREG atribuye a la Junta Electoral Central durante el periodo electoral ‘resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se dirijan de acuerdo a la presente ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia’. La orden, por tanto, fue dictada por órgano competente”.

Del mismo modo, la sentencia contiene un extenso fundamento sobre la condición de la JEC como órgano superior a los efectos de lo dispuesto en el art. 410.1 CP. En su apartado 5.5, la resolución del TS afirma que “cuando el art. 410 CP habla de autoridad superior no se está refiriendo necesariamente a una superioridad jerárquica (...). La Junta Electoral Central es

autoridad superior en el ámbito electoral, las elecciones generales son de ámbito nacional y competencia de la administración electoral, en la que el Presidente de la Comunidad Autónoma carece en absoluto de competencias”. A continuación, el TS desarrolla las características que definen un “Estado de Derecho: la división de poderes, estableciéndose entre ellos una relación de coordinación y cooperación; el control y fiscalización del poder público, facultándose a los ciudadanos, instituciones, incluso a las propias administraciones, para activar los mecanismos de control; la observancia del principio de legalidad, el imperio de la ley, por lo que ningún órgano del poder y ninguna persona se encuentra por encima de la ley, pues ésta es expresión directa de la voluntad popular que vincula a los poderes públicos, instituciones, personas jurídicas y físicas; además, los derechos y libertades fundamentales constituyen la base de la convivencia y se reconocen positivamente, se garantizan y protegen. (...) En un Estado de derecho, toda acción encuentra sustento en la norma; el ejecutivo queda subordinado al orden jurídico vigente por cumplir con el procedimiento para su creación y es eficaz cuando se aplica en la realidad con base en el poder del Estado a través de sus órganos de gobierno, creando así un ambiente de respeto absoluto del ser humano y del orden público. Su actuación se haya sometida incondicionalmente a la ley. En un Estado de Derecho, ni siquiera la mayoría puede promover una actuación institucional contraria a la ley, sino que deberá proceder a su modificación para sujetarse a los parámetros de legalidad a los que debe ordenar su conducta”. Sentado lo anterior, el TS se hace eco de lo dispuesto en la exposición de motivos de la LOREG. Así, se destaca que esta norma “pretende ‘lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad. Este es, sin duda el objeto esencial que debe enmarcar toda ley electoral de una democracia. Nos encontramos ante el desarrollo de una de las normas fundamentales de un Estado democrático, en tanto que solo nos podemos afirmar en democracia cuando el pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno’. Para garantizar esa libertad en el ejercicio del derecho de sufragio la ley diseña una administración electoral propia que tiene como finalidad ‘garantizar en los términos de la presente ley la transparencia y objetividad el sistema electoral y el principio de igualdad’ (art. 8), en la que se integra la Junta Electoral Central, con una composición predeterminada (art. 9), correspondiendo a las Cortes generales, el Gobierno y los Ayuntamientos (art. 13) la puesta a disposición de los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones. El art. 19 de la LOREG establece las funciones que corresponde a la Junta electoral Central, entre ellas la de resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente ley o cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia, enmarcada en la función de velar por el cumplimiento de la ley en el desarrollo del derecho de

sufragio, la transparencia en su ejercicio y la libertad de los ciudadanos en el ejercicio del derecho al voto. Cobra especial relevancia el art. 20.2 de la LOREG que prevé competencia de la Junta Electoral Central para resolver consultas cuando se trate de cuestiones de carácter general que puedan afectar a más de una Junta Electoral Provincial, en supuestos en los que como acaece, la Comunidad Autónoma catalana no se ha dotado de una ley específica electoral para el desarrollo de las elecciones de su competencia, y carece de una Junta Electoral autonómica”.

7.3.3. Resolución de las quejas.

Como ya se ha expuesto con más detalle, la demanda considera que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por haber subsumido indebidamente los hechos en el tipo delictivo previsto y penado en el art. 410.1 CP. Dentro de esta alegación pueden distinguirse, a su vez, varias invocaciones. En primer lugar, la falta de tipicidad de los hechos, dado que las órdenes o instrucciones provenían de un órgano que carecía de competencias para ello y que no podía considerarse como superior. En este punto se alega también, de forma correlativa, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada. En segundo lugar, la ilegalidad intrínseca de los mandatos de la JEC, por falta de imparcialidad de sus miembros y por la afectación a los derechos fundamentales de terceras personas. Conforme a este esquema, procede entrar a analizar las distintas vulneraciones alegadas.

7.3.3.1 Falta de tipicidad de los hechos.

A) Consideraciones generales sobre la Administración electoral

El análisis y resolución de las alegaciones formuladas por el recurrente aconseja hacer una breve referencia preliminar a la naturaleza y características de la Administración electoral.

Este Tribunal ha definido la Administración electoral como una “Administración de garantía (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4) del proceso electoral” [STC 80/2002, de 8 de abril (FJ 7)]. Se trata de uno de los “ejes sobre los que se articula nuestro sistema electoral (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2), que tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad (art. 8 LOREG)” [STC 83/2003, de 5 de mayo (FJ 4)]. Esta Administración especializada se encuentra integrada por Juntas que, precisamente por su “misión trascendental (...) presentan, en su composición y funciones, notables

peculiaridades” [STC 83/2003, de 5 de mayo (FJ 4)]. Así, están compuestas en su mayoría por Magistrados y Jueces, y en todo caso presididas por ellos, designados siempre por insaculación (arts. 9 y ss LOREG)” [STC 24/1990, de 15 de febrero (FJ 2)], para “asegurar su independencia en el ejercicio de esta función” [STC 168/1991, de 19 de julio (FJ 2)]. A ello se une el hecho de que “sus miembros son inamovibles [art. 16 LOREG] durante los periodos para los que son elegidos, sin que guarden relación alguna de dependencia con la Administración, y que, en su funcionamiento, están protegidos por una serie de garantías tendentes a asegurar su imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de la misión” atribuida por la ley [STC 197/1988, de 24 de octubre (FJ 2)].

De lo anterior se deduce que la Administración electoral es la administración que garantiza unas elecciones libres, abiertas y competitivas. En la cúspide de esta Administración se sitúa la Junta Electoral Central [art. 191.c) LOREG]. Se trata de un órgano que, aunque no tenga el carácter de órgano constitucional, se configura como un elemento central del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), en cuanto que cumple una función de relevancia constitucional. Se instituye como la máxima autoridad competente para la interpretación y aplicación de la normativa electoral, además de otras actuaciones de dirección y gestión, en todos los procesos electorales de carácter político, es decir, en todas las elecciones representativas. Esta centralidad de la Junta Electoral Central en materia electoral es, pues, consecuencia de su trascendente misión en la democracia representativa. Y es precisamente esta misión institucional la que explica el esmero del legislador electoral de asegurar la independencia de este órgano, perfectamente separado e independiente del Ejecutivo, y ajeno a cualquier tutela de los poderes públicos.

B) La competencia de la JEC.

Conforme a la doctrina de este Tribunal, nos corresponde realizar el examen de razonabilidad de la labor de subsunción de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales, en función de los términos en los que se ha formulado la demanda, no siempre bien definidos.

El delito del art. 410.1 CP exige que las “decisiones u órdenes” incumplidas hayan sido dictadas “dentro del ámbito de [la] respectiva competencia”. Se trata, por tanto, de determinar si los acuerdos de la JEC fueron dictados en su marco funcional. La expresión legal puede tener dos vertientes interpretativas: por un lado, que la materia sea objeto de la competencia del órgano que dicta el acuerdo y, por otro, que el órgano sea, a su vez, el competente para dictar el acuerdo en el ámbito de esa competencia. El análisis de las resoluciones judiciales y de la legislación vigente

pone de manifiesto la razonabilidad de la subsunción llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, en ambas vertientes.

No cabe duda alguna que las elecciones representativas forman parte del ámbito competencial de una administración especializada como es la electoral, cuyo órgano superior es la JEC [art. 19.1.c) LOREG]. El art. 8.1 LOREG señala que la “Administración electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad”, mientras que el apartado 2 de ese mismo precepto (en relación con el art. 19.1.c) LOREG) estructura la Administración electoral como una administración jerarquizada que está integrada por la JEC –con competencia en todo el territorio nacional (art. 19.2 LOREG, *sensu contrario*)- y además por las Juntas Electorales Provinciales y de Zona y, en su caso, por las Juntas Electorales de las Comunidades Autónomas. Lo que parece discutir el recurrente es que la JEC sea, a su vez, la competente para dictar los acuerdos incumplidos en materia electoral, porque considera que la competencia correspondía a la Junta Electoral Provincial de Barcelona. Sin embargo, el art. 19.2 LOREG atribuye a las Juntas Electorales Provinciales las competencias establecidas en la ley “dentro de su ámbito territorial”. En el presente caso, la cuestión planteada excedía del concreto ámbito territorial provincial, porque afectaba a todos los edificios públicos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por lo que la competencia de la JEC aparecía con nitidez. Este criterio competencial ha sido confirmado por la Sala Tercera del TS en su reciente sentencia de 15 de marzo de 2021, en el recurso núm. 346-2019 interpuesto contra el acuerdo de la JEC de fecha 13 de junio de 2019, por el que se resolvió el expediente sancionador incoado en fecha 21 de marzo de 2019 en la vía administrativa como consecuencia del incumplimiento de los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. Así se recoge en el fundamento jurídico séptimo, en el que se considera que el Presidente de la Generalitat desarrollaba “una actividad supraprovincial”, mientras que, “a tenor del art. 19.2 de la LOREG el ámbito competencial de la Junta Electoral Provincial de Barcelona queda circunscrito a su ámbito territorial, razón que determina la competencia de la Junta Electoral Central”. Por ello, desde la perspectiva de nuestro control, las resoluciones judiciales que consideran que la JEC era competente para dictar los acuerdos incumplidos pueden entenderse como razonables y, en consecuencia, colman los requisitos exigidos por este Tribunal para entender que no se vulnera el derecho a la legalidad penal.

Pero es que, además, la competencia de la JEC nunca fue cuestionada por el recurrente en la vía administrativa, ni tampoco en la vía contencioso administrativa. Así, ni en su escrito de alegaciones de 8 de marzo de 2019 (folios 107 a 120 del expediente administrativo 293/840 de la JEC), ni en la petición de reconsideración de 13 de marzo de 2019 (folios 139 a 141), ni en la

petición de suspensión del plazo solicitado por escrito de 19 de marzo de 2019 (folios 171 a 304), se contiene alegación alguna en la que se ponga en tela de juicio la competencia de la JEC para dictar los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. De hecho, estos acuerdos no fueron objeto de impugnación en la vía contencioso administrativa. Los únicos acuerdos que fueron impugnados en la vía jurisdiccional fueron los dictados en fecha 21 de marzo de 2019 (recurso 92/2019), en el que no se invocó la falta de competencia de la JEC y en el que se presentó un posterior escrito de desistimiento, y el acuerdo de fecha 13 de junio de 2019, respecto del que recayó la sentencia ya reseñada. Difícilmente puede considerarse que los órganos de la jurisdicción penal debieran apreciar una falta de competencia de la JEC para dictar los acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019, cuando el propio recurrente no discutió esta cuestión en la vía administrativa o contencioso administrativa. Y este es el punto en que se observa una cierta imprecisión en la pretensión de la demanda.

En realidad, el fundamento de este motivo de amparo no se encuentra en la falta de competencia de la JEC, sino en la discrepancia con el contenido de los acuerdos, lo que parece derivar hacia el otro requisito exigido por el tipo penal del art. 410.1 CP, esto es, que las “decisiones u órdenes” aparezcan “revestidas de las formalidades legales”. Esta expresión no debe analizarse solo desde una mera perspectiva formalista, sino también de su apariencia de legalidad, ya que, si los requerimientos fueran manifiestamente ilegales entraría en juego lo dispuesto en el apartado 2 del mismo art. 410 CP, de manera que el incumplimiento no implicaría responsabilidad penal alguna. En este apartado de la demanda, el recurrente emplea varios argumentos para impugnar el contenido de los acuerdos de la JEC de 11 y 18 de marzo de 2019. En lo que ahora interesa, debemos destacar los siguientes:

a) Por una parte, considera que los acuerdos de la JEC solo pueden afectar a los directamente implicados en el proceso electoral de que se trate, es decir, que no pueden vincular a quienes no concurren a las elecciones. Como se trataba de un proceso de elección de las Cortes Generales, el Presidente de la Generalitat no estaba concernido en ese proceso y, por lo tanto, nada debía exigírsele.

El argumento de la demanda parte de una concepción ajena a una recta interpretación de la legislación aplicable. Los acuerdos de la JEC estaban amparados en el deber de neutralidad que el art. 50.2 LOREG impone a los “poderes públicos”, y que solo tiene sentido si viene referido a cualquier poder público, con independencia del ámbito del proceso electoral de que se trate. De hecho, el art. 50.2 LOREG no se refiere a los poderes públicos que “hayan convocado” las elecciones, como sí ocurre en el apartado 1 de ese mismo precepto. Esta regulación es coherente con la finalidad de la norma. El principio de neutralidad no puede ser predicable de una parte de

los poderes públicos, sino de todos. Lo contrario supondría dejar espacios de posible influencia partidista para los votantes que, en definitiva, es lo que pretende evitar la normativa electoral.

b) La JEC emitió sus acuerdos en un expediente administrativo que formulaba una “consulta” de un partido político. Para el recurrente, la resolución de una consulta no puede implicar una obligación de hacer o no hacer para un tercero ajeno al proceso electoral. Una vez más, la demanda plantea una interpretación sesgada de la normativa aplicable. El art. 20 LOREG permite que los partidos políticos puedan “elevar consultas” a la JEC “cuando se trate de cuestiones de carácter general que puedan afectar a más de una Junta Electoral Provincial” que, como hemos visto, era el caso. Por su parte, el art. 19.1.h) LOREG le atribuye la competencia para resolver las “quejas, reclamaciones y recursos” que le sean planteados. Pero también le reconoce la competencia para “corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral” [art. 19.1.k) LOREG]. Parece razonable concluir que, si en el marco de una queja, reclamación, recurso o consulta, la JEC observa la posible concurrencia de una infracción electoral, no solo pueda sino que deba adoptar las medidas necesarias para impedir su continuidad y sancionarla, en su caso. Eso fue lo que ocurrió en este supuesto. Ante la consulta formulada por un partido político, la JEC apreció la vulneración del principio de neutralidad proclamado en el art. 50.2 LOREG, y actuó en consecuencia.

El recurrente cita, en apoyo de su pretensión, la STS (Sala Tercera) de 6 de mayo de 2013 y las SSTS (Sala Segunda) de 25 de septiembre de 1985 y de 25 de febrero de 1994. En relación con la STS de 6 de mayo de 2013, nos encontramos ante un supuesto de hecho completamente distinto al presente. Se trataba de unas declaraciones públicas del presidente de una comunidad autónoma, emitidas a la salida del colegio electoral, el mismo día de la votación, a las que se achacaba un carácter de propaganda electoral. En aquel asunto se declaró “inadmisible” el recurso por aplicación de la conocida doctrina de la falta de legitimación activa para solicitar la imposición de sanciones a un tercero [ver, entre otras muchas, las sentencias de 25 de marzo de 2003 (recurso 493/00) y las sentencias de 5 de diciembre de 2007 (recurso 220/04), 21 de enero de 2008 (recurso 285/04) 28 de enero de 2009 (recurso 249/07) y 25 de febrero de 2009 (recurso 6/06)]. En relación con la STS de 25 de septiembre de 1985, tampoco resulta aplicable al presente caso. En esa resolución se estimaba un recurso de casación interpuesto contra una previa sentencia por delito de desobediencia, en la que se había condenado a un Alcalde que se negó a dar posesión a un secretario municipal designado por el entonces Gobernador Civil de la provincia, cuando –además– la corporación local había nombrado a otro secretario en el ejercicio de su autonomía competencial. En ese supuesto, el nombramiento del Gobernador Civil aparecía como manifiestamente ilegal por falta de competencia para hacer esa designación, con grave

quebranto del principio de autonomía municipal. Finalmente, en cuanto a la STS de 25 de febrero de 1994, ocurre otro tanto. En esa resolución se estimó parcialmente un recurso de casación interpuesto contra una previa sentencia por delito de desobediencia, entre otros, en la que se había condenado a un Alcalde que se negó a convocar un pleno para debatir una moción de censura, tal y como le había sido requerido por un órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente. En ese caso, el requerimiento no podía entenderse como una orden, porque el órgano autonómico carecía de competencias para ordenar la celebración de un pleno municipal, con desconocimiento de su autonomía institucional. En el asunto que ahora nos ocupa, ya hemos señalado que no existe ningún otro órgano que no sea la JEC para dictar los acuerdos en materia electoral, por lo que su competencia no podía suscitar duda alguna para el recurrente como, de hecho, no la suscitó inicialmente.

En otro orden de cosas, el recurrente no podía desconocer, como máximo representante del Estado en una Comunidad Autónoma (art. 67 EAC), la vigencia de algunos principios básicos que rigen el funcionamiento general de las administraciones públicas. Entre esos principios se encuentran los de presunción de validez y de ejecutividad de los actos administrativos, expresamente recogidos en los arts. 38, 39 y 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Conforme a estos preceptos, la regla general es el cumplimiento de las resoluciones administrativas, sin perjuicio de su posible impugnación que, en este supuesto, no se planteó ante la vía jurisdiccional correspondiente.

En todo caso, desde la perspectiva que nos corresponde, las resoluciones impugnadas realizaron correctamente el juicio de subsunción de los hechos en la norma penal. No se puede amparar a quien incumple unas decisiones administrativas adoptadas por quien tiene competencia para ello, alegando una supuesta ilegalidad que ni siquiera se ha discutido a través de los instrumentos que ofrece el propio ordenamiento jurídico. De estimarse la postura del recurrente, las consecuencias serían fácilmente previsibles, al tiempo que socialmente inasumibles. La ciudadanía no estaría obligada a cumplir con las resoluciones dictadas por las administraciones públicas -tampoco las del Presidente de la Generalitat-, bajo el pretexto de la discusión sobre su legalidad o de una legítima discrepancia que, en realidad, encubriría una forma de insumisión, con la consiguiente quiebra de los principios elementales del Estado de Derecho que ordenan toda la convivencia social.

C) El carácter de la JEC como autoridad superior al Presidente de la Generalitat.

El segundo motivo de la alegada vulneración del principio de legalidad penal se basa en que, según el recurrente, la JEC no podía ser considerada como “autoridad superior” al Presidente de la Generalitat, a los efectos de lo dispuesto en el art. 410.1 CP. Una vez más, el enfoque de nuestro análisis debe partir de la valoración sobre la razonabilidad de las resoluciones impugnadas en su labor de subsunción de los hechos en el tipo penal correspondiente. Y, en esta línea, la respuesta ofrecida en las sentencias no puede considerarse irrazonable, arbitraria o incurra en error patente.

La superioridad no debe ser interpretada exclusivamente como orgánica, porque, de lo contrario, solo sería sancionable la desobediencia intraorganizativa, es decir, la producida en el seno de un mismo órgano, servicio o departamento, con grave quebranto del bien jurídico protegido, que no solo ampara la obediencia al superior, sino el buen funcionamiento de la administración pública, en general. Y, en este ámbito, el principio de competencia juega un papel esencial.

En efecto, el principio competencial deriva del propio diseño constitucional del Estado autonómico (ver SSTC 4/1981, de 2 de febrero, 76/1983, de 5 de agosto, y, más recientemente, 247/2007, de 12 de diciembre; 31/2010, de 28 de junio). Pero, además, también es consecuencia de los principios rectores de la administración pública, señalados en el art. 103.1 CE, es decir, los de “descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. El principio de competencia se configura así como un principio general del derecho administrativo, sin el que no es posible el funcionamiento de sociedades complejas. Se trata de un principio que estructura el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y el ejercicio de las potestades públicas, porque solo desde una distribución o reparto competencial pueden abordarse las múltiples facetas de la vida social que requieren de una intervención pública. Para ello, se establecen una serie de principios generales de actuación de las distintas administraciones, recogidos en el art. 140.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. A los efectos que nos ocupan, destacan, entre otros, los principios de “adecuación al orden de distribución de competencias”, la “lealtad institucional”, y los principios de “cooperación”, “colaboración”, “coordinación”, “eficiencia en la gestión” y “responsabilidad (...) en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos”. Por lo tanto, la superioridad administrativa no se regula exclusivamente por criterios de jerarquía orgánica, sino también por el principio competencial. A estos efectos, es órgano superior aquel que ostenta una competencia exclusiva en una determinada materia, frente a otros que no la tienen, y cuyos actos vinculan a otras administraciones, precisamente como garantía para la efectividad de esa competencia. En el ámbito electoral, la LOREG atribuye a la administración electoral el máximo rango

competencial en esta materia (art. 8.1), a la que deben estar sometidos todos los poderes públicos, porque solo de esta forma puede cumplir las funciones encomendadas.

El recurrente discute la superioridad de la JEC frente a la relevante posición que ostenta la presidencia de la Generalitat de Cataluña. Sin embargo, en este caso concreto, no puede entenderse que la indudable significación de su posición pueda situarle al margen del cumplimiento de las indicaciones del órgano que, a su vez, ostenta la máxima competencia en materia de garantías electorales. De hecho, la CE ha pretendido otorgar la misma relevancia a las fuentes normativas de las que dimanar las potestades otorgadas tanto al Presidente de la Generalitat como a la JEC, ya que tanto los Estatutos de Autonomía como el régimen electoral general comparten el mismo rango normativo como leyes orgánicas, por mandato del art. 81.1 CE. La Comunidad Autónoma de Cataluña no ha desarrollado una norma electoral propia, en cumplimiento de la previsión estatutaria contenida en la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña, que se mantiene vigente, conforme a lo indicado en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, actualmente en vigor. Por lo tanto, como la Comunidad Autónoma de Cataluña no dispone de esa legislación electoral propia que, en todo caso no sería aplicable a unas elecciones generales, ha de ajustarse a las previsiones contenidas en la LOREG y, más en concreto, a lo que esta disponga sobre la Administración Electoral. De todas formas, aunque una eventual ley electoral autonómica hubiera instituido una Junta electoral propia, esta quedaría sujeta también a la superioridad de la JEC [art. 19.1.c) LOREG].

Por otro lado, el recurrente se apoya también en unos supuestos precedentes jurisprudenciales que, sin embargo, no pueden ser aplicables a este caso. No puede serlo la STS de 19 de febrero de 1877, dictada en un contexto preconstitucional. Pero tampoco las SSTS (Sala Penal) de 24 de septiembre de 1990, de 25 de febrero de 1997 y 14 de julio de 2006. Estas resoluciones fueron dictadas en relación con un delito de denegación de auxilio (anteriormente regulado en el art. 371 CP, y ahora en el art. 412 CP), que presenta unos contornos sustancialmente distintos al de desobediencia. Las sentencias abordan estas diferencias, señalando que el delito de denegación de auxilio no requiere relación de superioridad alguna entre autoridades, como sí exige el delito de desobediencia. De ahí no puede extraerse que el TS establezca la jerarquía como requisito de la desobediencia. Esas resoluciones responden a los argumentos de las partes que, en esos procedimientos, pretendían descartar la existencia del delito de denegación de auxilio por ausencia de jerarquía entre los órganos concernidos. Las sentencias señalan que, en el caso de que existiera jerarquía podríamos encontrarnos ante un delito de

desobediencia, pero eso no implica la fijación del criterio de la jerarquía como requisito imprescindible para la concurrencia de ese delito. La superioridad puede venir también derivada, como ya se ha expuesto, del principio de competencia, y no solo de la jerarquía.

Tampoco puede ser acogido el argumento relativo a la no necesidad de la tipificación del delito previsto en el art. 502.1 CP. La falta de comparecencia ante una comisión de investigación parlamentaria es una infracción penal que presenta notables diferencias con el delito de desobediencia. Afecta a distintos bienes jurídicos, porque en el art. 502 CP se protege, entre otras cosas, la integridad de las funciones de las Cortes Generales como órganos de representación de la soberanía nacional. Y puede ser cometida por sujetos públicos o privados, lo que no ocurre en el delito del art. 410.1 CP. En cualquier caso, la posible existencia de un tipo penal más general -como la desobediencia- no excluye que el legislador, en el ejercicio de su potestad normativa, pueda entender procedente la tipificación de delitos especiales, como la incomparecencia injustificada ante una comisión parlamentaria de investigación, si considera que es necesario proteger bienes jurídicos adicionales a los ya amparados por la figura delictiva más genérica.

7.3.3.2. La ilegalidad de los acuerdos de la JEC.

El recurrente impugna la legalidad intrínseca de los acuerdos de la JEC sobre la base de dos argumentos. Por un lado, la falta de imparcialidad de dos de sus miembros; y, por otro, la afectación del derecho a la libertad de expresión de los funcionarios de la Generalitat que ejercen su labor en los edificios públicos correspondientes. Ambas alegaciones se analizarán por separado.

A) La imparcialidad de los miembros de la JEC

En relación con esta invocación, el partido político Vox considera que el recurrente no planteó la recusación de los miembros de la JEC en tiempo y forma, por lo que concurre un óbice de admisibilidad por falta de invocación de la supuesta vulneración, *ex* artículo 44.1, a) y c) LOTC, en relación con el art. 50.1.a) LOTC.

Tal y como ha sido planteada la demanda en este punto, no procede la estimación de esta pretensión. Como luego veremos, el recurrente pone en relación la falta de imparcialidad de los miembros de la JEC con el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Sin embargo, el recurrente no se presentaba al proceso electoral en el que

sucedieron los hechos ahora analizados, por lo que no estaba en juego su derecho de sufragio pasivo y, por lo tanto, es irrelevante que este motivo no se hubiera invocado con carácter previo.

En efecto, los acuerdos de la JEC no afectaban al derecho de sufragio pasivo del recurrente, porque él no concurría a esas elecciones, que tenían un alcance nacional. Por el mismo motivo, tampoco puede invocar una presunta vulneración de ese derecho respecto de quienes sí concurrían a esas elecciones.

El recurrente se apoya en diversos pronunciamientos del TEDH, entre los que destaca, por su cita reiterada, la sentencia de 20 de julio de 2020 (asunto *Mugemangango c. Bélgica*). No obstante, una vez más, este precedente no puede invocarse con perspectiva de éxito en su pretensión. En ese asunto se abordaba un recurso interpuesto por un candidato al Parlamento de Valonia, por supuestas irregularidades en el cómputo de votos determinantes de su propia proclamación como electo. La sentencia consideró que se había vulnerado la garantía contemplada en el art. 3 del Protocolo 1 del CEDH que, como es conocido, compromete a los Estados miembros a “organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”. En ese caso, la reclamación había sido resuelta por el propio Parlamento Valón, es decir, por el resto de intervinientes en el proceso electoral que, por tanto, podían tener un determinado interés en el sentido de la resolución; a lo que se añadía la imposibilidad de una posterior revisión judicial de la decisión adoptada. En el presente caso, como se ha indicado, el Sr. Torra i Pla no se presentaba a las elecciones, es decir, no estaba en juego su derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE). En realidad, el recurrente formaba parte del conjunto de poderes públicos encargados, precisamente, de garantizar el derecho de sufragio pasivo de quienes sí concurrían a las elecciones. De ahí la necesidad de que mantuviera el principio de neutralidad que le fue exigido por el órgano competente para ello, es decir, por la JEC. Un órgano que, conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 LOREG, no está formado por parlamentarios, y cuyos integrantes son, en su mayoría, magistrados del TS designados por sorteo, y cuyas decisiones son impugnables ante la Sala Tercera del TS. Las diferencias entre el precedente citado y el asunto que nos ocupa son sustanciales.

Entrando en el fondo de la alegación planteada, conviene indicar desde este momento que la falta de imparcialidad que se atribuye a dos de los trece miembros de la JEC no alteraría el alcance del acuerdo que se adoptó. Y, en cualquier caso, la imparcialidad de los miembros de la JEC no afecta a la posible vulneración del derecho a la legalidad penal, en la vertiente invocada por el recurrente, es decir, sobre la razonabilidad de la subsunción de los hechos en el tipo penal.

En todo caso, afectaría a la legalidad intrínseca de los acuerdos de la JEC, pero esa legalidad debe ser examinada en la vía jurisdiccional contencioso administrativa, no en la vía penal.

En la jurisdicción penal ha de realizarse un examen externo de la legalidad de los actos administrativos, precisamente porque estos se presumen válidos y directamente ejecutivos. En palabras del propio texto penal, se trata de verificar que los acuerdos de la JEC aparecieran “revestidos de las formalidades legales” ya que, solo en el caso de que se mostraran como abiertamente ilegales sería posible activar lo dispuesto en el apartado 2 del art. 410 CP. Y esto fue lo que hicieron las resoluciones impugnadas: valorar la legalidad extrínseca de los acuerdos de la JEC, es decir, si los acuerdos habían sido dictados por el órgano competente para ello, y si lo acordado podía considerarse o no como manifiestamente ilegal. Y mal podía apreciarse esa ilegalidad si el propio recurrente no recusó a los miembros de la JEC que, recordemos, estaban nombrados mucho tiempo antes, por Real Decreto 947/2017, de 30 de octubre, y ni siquiera impugnó los acuerdos de ese órgano. Por eso no resulta tampoco procedente hacer un análisis sobre el contenido concreto de los documentos aportados por el recurrente (que se reseñan a los folios 272 a 286 de la demanda) que, además, en su inmensa mayoría, no se refieren al asunto que nos ocupa, como ya se expuso en otro apartado de esta resolución.

En todo caso, hay que diferenciar entre la falta de imparcialidad de algunos miembros de la JEC con la legalidad del requerimiento como presupuesto de la desobediencia. Insistimos en que, si se tienen dudas sobre la parcialidad de algún miembro de un órgano administrativo o sobre la legalidad de una decisión adoptada por ese órgano, se deben activar los instrumentos que el Estado de Derecho pone a disposición de la ciudadanía, más en concreto, la recusación o el recurso contencioso administrativo. Pero esas dudas o una disparidad de criterio no justifican un inaceptable quebranto del principio de ejecutividad de los actos administrativos, ya descrito.

El recurrente argumenta que, aunque es cierto que no formuló recusación contra estos dos miembros de la JEC, presentó una querrela contra todos sus integrantes, lo que, a su juicio, supone una “suerte de recusación de mayor entidad jurídica”. En este caso, la querrela se interpuso el 28 de marzo de 2019, de manera que, pudiendo haber impugnado los acuerdos en vía contencioso administrativa, o haber recusado a los integrantes de la JEC, se optó por acudir a la vía penal directamente. Sin embargo, la presentación de una querrela no puede considerarse sustitutiva de una recusación. Una presunta pérdida de imparcialidad no puede asimilarse a la comisión de un hecho delictivo. Como ya se expuso en el apartado sobre el derecho al juez imparcial, el planteamiento de una recusación supone no solo una garantía para la ciudadanía, sino también para la persona recusada. La omisión de esa recusación, prevista expresamente en el art. 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no puede suponer que se

extienda una sombra de sospecha sobre la imparcialidad de los integrantes de la JEC que, precisamente por la inacción del recurrente, no han podido ofrecer una explicación sobre la cuestión planteada.

Finalmente, la demanda argumenta que, en cualquier caso, lo que se pretendía con esta alegación es que estas circunstancias fueran tenidas en cuenta para valorar la credibilidad de la actuación de la JEC, en su condición de “denunciante” de los hechos objeto de condena.

Una vez más, la demanda altera el sentido de su argumentación, pasando de una falta de imparcialidad de dos miembros de un órgano administrativo, a la ilegalidad intrínseca de los acuerdos adoptados como vulneración del derecho a la legalidad penal, hasta llegar a una cuestión probatoria, que es una función que corresponde a la jurisdicción ordinaria, y que en este caso ha sido ejercida conforme a parámetros de constitucionalidad, como ya se ha declarado en otro apartado de esta misma resolución.

B) El respeto al derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica de los funcionarios públicos de la Generalitat.

Esta alegación del recurrente tampoco puede ser acogida, por falta de su propio presupuesto ya que, como hemos expuesto anteriormente, no puede hablarse de un ejercicio legítimo de los derechos invocados.

La actuación de los funcionarios públicos está sujeta a la ley y al Derecho, según dispone el art. 52 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Y, por lo tanto, también al deber de neutralidad impuesto a los poderes públicos en el art. 50.2 LOREG. El deber de neutralidad no supone merma alguna de la libertad de expresión o de la libertad ideológica de los funcionarios públicos, que permanecen intactos, porque no estaban en cuestión.

Como recordábamos en la STC 170/2021, de 7 de octubre (FJ 8), con cita de la STC 91/2021, de 22 de abril (FJ 11.5.2.3), “en el contexto propio de un recurso de amparo que trae causa de un procedimiento penal seguido contra el demandante (...), no cabe dilucidar sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales de terceros a quienes el procedimiento penal no les ha afectado. Y ello porque las resoluciones impugnadas en el presente recurso no han podido ocasionarles lesión alguna, al no haberse establecido ningún tipo de responsabilidad penal respecto de ellos”.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado. Esto conlleva, necesariamente, la correlativa desestimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE),

en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, que se formulaba de forma conjunta y que, como se ha expuesto, tampoco puede prosperar, conforme a una doctrina ya consolidada de este Tribunal, a la que expresamente nos remitimos [ver, por todas, STC 46/2020, de 15 de junio (FJ 3)].

7.4. *La vulneración de los principios de intervención mínima, última ratio, proporcionalidad, seguridad jurídica y non bis in ídem.*

7.4.1. *Pretensiones de las partes.*

El recurrente alega que la aplicación de la figura del art. 410 CP ha supuesto una contravención de los principios de última *ratio*, intervención mínima y proporcionalidad de las penas, ya que se ha sancionado penalmente una conducta que no reviste una gravedad intrínseca. Con cita de la STJUE de 19 de diciembre de 2019, de la STC de 27 de marzo de 2006, sobre el principio de legalidad penal, así como de la STEDH en el asunto Del Río Prada c. España, concluye que la necesaria previsibilidad de la ley penal, como garantía de seguridad jurídica, se extiende también a la jurisprudencia, y que, aunque esta puede adaptarse a la realidad social, el resultado ha de ser coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible. En el presente caso, el demandante considera que la jurisprudencia vigente hasta este asunto establecía con claridad que la JEC no era órgano competente ni superior a los efectos de la aplicación del art. 410 CP. En consecuencia, la condena era del todo imprevisible, con la consiguiente vulneración del principio de legalidad penal.

En cuanto a la vulneración del principio *non bis in ídem*, derivado del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) así como del art. 49.1 CDFUE y del art. 4 del Protocolo nº 7 CEDH, el recurrente argumenta que la JEC le impuso una sanción pecuniaria administrativa, en virtud del acuerdo adoptado en fecha 13 de junio de 2019, por unos hechos que son idénticos o sustancialmente idénticos a los que fueron objeto de sanción penal, es decir, por no actuar conforme a los requerimientos de la JEC en sus acuerdos de 11 y 18 de marzo de 2019. Considera que esta sanción, con independencia de su caracterización en el ordenamiento jurídico español, es una condena penal a los efectos del CEDH. Cita la STJUE de 9 de marzo de 2006 (asunto *Van Esbroeck*) y la STEDH de 10 de febrero de 2009 (asunto *Sergey Zolotukhin c. Rusia*).

Por su parte, el Ministerio Fiscal alega que la demanda incurre en un óbice procesal de admisibilidad, en relación con las quejas sobre la falta de previsibilidad de la condena y consiguiente vulneración del principio de seguridad jurídica. Como la lesión se atribuye

exclusivamente a la sentencia del TS, era obligado invocar la queja previamente a través del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ). Al no haberlo hecho así, el motivo incurre en causa de inadmisión [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC].

Y lo mismo plantea respecto de la alegada vulneración del principio *non bis in ídem*. La sentencia del TSJC no contiene pronunciamiento alguno sobre esta cuestión, mientras que la demanda pone de manifiesto que la queja consiste en “afirmar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha prescindido (...) de la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJUE sobre la materia”. Por lo tanto, la lesión se atribuye a la sentencia dictada por el TS. De esta forma, concurre el óbice procesal de admisibilidad ya reseñado [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC].

Finalmente, el partido político Vox recuerda que el principio de intervención mínima es aplicable en el ámbito legislativo, mediante la fijación de los tipos y las penas. Con reseña parcial de la STS 1484/2004, de 28 de febrero de 2005, se destaca que “no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador”. Por lo tanto, nada puede reprocharse al órgano judicial en su labor de interpretación y aplicación de un precepto penal, una vez que ha sido definido por el poder legislativo.

En cuanto a la vulneración del principio *non bis in ídem*, postula el mismo óbice procesal que el Ministerio Fiscal. No obstante, se pronuncia también sobre el fondo, señalando que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental. Además, existe una preferencia de la jurisdicción penal, de forma que procedería, en su caso, declarar nulo el acto administrativo sancionador o computar la sanción administrativa en la fase de ejecución penal, pero en ningún caso declarar la nulidad del procedimiento penal.

7.4.2. *La respuesta de los órganos judiciales.*

La sentencia dictada en casación por el TS aborda las cuestiones ahora planteadas en este motivo en varios pasajes de su fundamentación jurídica. Así, en el apartado 5.6, sobre la gravedad de los hechos, la sala considera que “la expresión ‘abiertamente’ que emplea el precepto (...) ha de interpretarse no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte ‘una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo para dar cumplimiento a la referida orden’ es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para

llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de ‘omisión’), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello, es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer 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 también es punible ‘la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde’ (vid. SSTs 1203/97, de 11-10; 203/2001, de 24-2; 485/2006, de 14-6; 54/2008, de 8-4; 177/2017, de 22-3)”.

Sobre la imprevisibilidad e inseguridad jurídica del tipo penal, los apartados 5.7 y 5.8 de la sentencia de la Sala Segunda del TS se remiten a la doctrina de este Tribunal, expuesta en las SSTC 91/2009 y 153/2011, para concluir que, en el presente caso, “el recurrente camufló su contumaz rechazo a los acuerdos de la Junta, suscitando una aparente controversia jurídica con la misma acerca de los límites generales de acatamiento de aquellos acuerdos. En definitiva, se negó abiertamente a dar el debido cumplimiento a unas resoluciones de la JEC dictadas en cumplimiento de sus funciones y revestidas de las formalidades legales. Y en eso consiste precisamente el delito de desobediencia del art. 410, sin que haya visto alguno de imprevisibilidad ni inseguridad”.

Sobre el principio *non bis in ídem* se pronuncia la sentencia en su fundamento jurídico cuarto. Tras exponer la doctrina del TS y de este Tribunal (entre otras, en SSTC 91/2008, 334/2005 y 77/2010), la Sala Segunda concluye que “el expediente sancionador no tiene el mismo fundamento que el delito por el que ha sido condenado. La sanción administrativa lo es por vulneración de la norma dirigida a los poderes públicos y que consagra un principio de neutralidad e imparcialidad político. El delito de desobediencia sanciona al que se negare absolutamente al cumplimiento, en este caso, de órdenes de la autoridad. No existe, por tanto, esa triple concurrencia (identidad de sujeto, hecho y fundamento) no es el mismo fundamento”.

7.4.3. Resolución de las quejas.

Para un adecuado enfoque de la invocación planteada por el recurrente se debe comenzar señalando que el principio de intervención mínima es un principio propio de la política criminal, que se configura como un mandato dirigido fundamentalmente al Poder Legislativo. Este principio consiste en que el derecho penal solo debe sancionar aquellas conductas que atenten de forma relevante a los bienes jurídicos que se consideren como más dignos de protección para la sociedad en cada momento de su historia. De este modo, se dice que el derecho penal se presenta

como la última *ratio*, es decir, como la respuesta más idónea y estrictamente necesaria para responder ante aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias del principio de legalidad. De estos principios se desprenden, a su vez, el carácter fragmentario del derecho penal, porque solo se introduce en los ámbitos de la vida social estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines; y el principio de subsidiariedad, porque solo interviene en defecto de otro tipo de respuestas jurídicas menos invasivas para los derechos de la ciudadanía.

El principio de intervención mínima, en el momento de la aplicación del derecho penal, se transforma en la exigencia de respetar la taxatividad de los tipos penales y de hacer una interpretación restrictiva de estos. De esta manera, la aplicación judicial del principio de intervención mínima se expresa en la imposibilidad de ampliar el tipo penal de forma analógica o extensiva, es decir, a conductas no expresamente previstas en la norma. El respeto a la decisión del Poder Legislativo exige la aplicación estricta de los tipos penales, aunque sean de menor gravedad, salvo que así lo prevea expresamente la propia norma penal. No estamos en presencia de ninguno de estos supuestos, como se analizará seguidamente.

7.4.3.1 La sanción penal de conductas que no revisten una gravedad intrínseca. Falta de proporcionalidad.

El recurrente se apoya en la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-752/18), para alegar la improcedencia de imponer una sanción penal por conductas que, como la suya, no revisten una gravedad intrínseca.

De nuevo, este pronunciamiento europeo no encuentra acomodo en el presente caso. Esa sentencia respondía a una cuestión prejudicial elevada por un Tribunal de Baviera (Alemania). Los hechos consistían, sucintamente, en una serie de requerimientos dirigidos a una autoridad gubernativa para que adoptara medidas de protección medioambiental, por aplicación de la Directiva 2008/50. Frente a un incumplimiento parcial de estos requerimientos, el tribunal alemán preguntaba al TJUE sobre la posibilidad de imponer a la autoridad gubernativa un arresto como medida coercitiva para la ejecución forzosa de las decisiones judiciales. El TJUE señala que “incumbe al tribunal nacional competente imponer un arresto coercitivo a titulares de una función que implica el ejercicio del poder público cuando en las disposiciones del Derecho interno exista base legal para la imposición de tal arresto, que sea suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación (...)”. Como se puede observar, no estamos ante el mismo supuesto de hecho, ni ante el mismo tipo de medida. La STJUE se refiere a situaciones de privación de libertad como medidas coercitivas para la ejecución de resoluciones judiciales previas. En este caso, nos

encontramos ante una sentencia condenatoria por unos hechos delictivos, por los que se impusieron penas pecuniarias y privativas de derechos.

El recurrente alega que la conducta no reviste una gravedad intrínseca. Este argumento no puede interpretarse en el sentido de que la vulneración proceda del propio precepto penal, ya que, de hecho, la demanda no plantea su inconstitucionalidad. Lo que se alega es que se haya hecho un uso de este precepto para sancionar una conducta que, en realidad, no merece un reproche penal por su escasa gravedad. Esto plantea, a su vez, una doble cuestión. Por un lado, un posible error de los tribunales en la subsunción de los hechos, que ya ha sido descartada; y, por otro, una falta de proporcionalidad de la respuesta penal, como parece deducirse de la demanda.

Tal y como se plantea el recurso en este punto, no se aprecia la vulneración alegada. Las resoluciones impugnadas confirman la gravedad intrínseca de los hechos que, por otra parte, se deriva de su propia descripción. Como se expuso en nuestro ATC 4/2021, de 27 de enero, “[n]o parece que sea necesario insistir en la especial significación del cargo de presidente de una Comunidad Autónoma, ‘al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla’ (art. 152.1 CE). Tampoco puede dudarse de la importancia que tiene el cumplimiento de la normativa electoral como garantía democrática inherente a todo proceso que pretenda servir de vehículo para la expresión de la voluntad popular. A través de la LOREG se articula, ‘en palabras de su preámbulo, ‘el procedimiento de emanación de la voluntad mayoritaria del pueblo en las diversas instancias representativas en que se articula el Estado Español’, y en tal sentido (...) la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas (...) constituye[n] garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral’ (SSTC 21/1984, de 9 de marzo y 71/1989, de 20 de abril [FJ 3])”.

La STEDH de 20 de julio de 2020 (asunto *Mugemangango c. Bélgica*), ya citada, insiste en estas ideas, al señalar en su párrafo 67 que la “democracia constituye un elemento fundamental del ‘orden público europeo’”, y que “los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo núm. 1 son cruciales para establecer y mantener las bases de una democracia efectiva y significativa gobernada por el estado de derecho y, por lo tanto, son de primordial importancia en el sistema de la Convención”. Esto obliga a los Estados a adoptar “medidas positivas” para la celebración de “elecciones democráticas” (párrafo 68), en particular, la “existencia de un sistema nacional para el examen eficaz de las denuncias (...) en cuestiones relativas a los derechos electorales”, que se configura como “una de las garantías esenciales de elecciones libres y justas”, a través de un “órgano nacional competente” (párrafo 69) (la traducción es nuestra).

En este contexto, no puede entenderse como irrazonable sancionar penalmente las conductas de incumplimiento grave de los requerimientos emitidos por ese órgano nacional al que se le atribuye una competencia exclusiva en una materia absolutamente esencial para el funcionamiento democrático de un Estado, como es la que garantiza la limpieza de los procesos electorales. En este caso, además, la conducta no solo consistió en una mera inacción ante los requerimientos, sino que incluso alcanzó una actitud que puede calificarse como desafiante al pretender un supuesto cumplimiento mediante un mero cambio de la pancarta en la que, básicamente, se mantenía el mensaje dirigido a una parte de la ciudadanía, ignorando al resto. La gravedad de la conducta se muestra con toda nitidez con una mera lectura del relato de hechos probados.

7.4.3.2 Situación de imprevisibilidad. Inexistencia de seguridad jurídica.

En relación con este apartado de la demanda, el Ministerio Fiscal alega un óbice de admisibilidad por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1.a) LOTC en relación con el art. 44.1.a) LOTC y el art. 241 LOPJ] que, por razones de lógica sistemática, debe ser abordado en primer lugar.

Para este Tribunal, la vulneración invocada no se produjo en la sentencia del TS. De hecho, el TS se pronunció sobre esta cuestión, tal y como se ha reseñado, porque fue alegada como motivo quinto del recurso de casación. Por lo tanto, se entiende que la infracción se achaca a la sentencia del TSJC, que precisamente se impugnó ante el TS por este motivo, entre otros. Por lo tanto, no era necesario plantear el incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, que se culminó con la resolución del TS. El óbice debe ser desestimado.

Para el análisis de la cuestión de fondo, la demanda se apoya en la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto *Del Río Prada c. España*) que, como es conocido, aborda la aplicación retroactiva de la denominada “doctrina Parot”. En lo que ahora interesa, esa resolución considera que un cambio de la jurisprudencia sobre el “método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo”, dictado con posterioridad a la sentencia firme, infringe el derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 7.1 CEDH, en su vertiente de “previsibilidad” de la pena (parágrafo 130 y concordantes).

Este precedente no es de apreciación en el presente caso. Entre otros motivos, porque no concurre el presupuesto de esa resolución. Como ya se expuso anteriormente, en este caso no se ha producido cambio alguno de la jurisprudencia sobre el delito de desobediencia, por lo que no puede hablarse de falta de previsibilidad en la aplicación de esta figura delictiva.

La presencia del delito de desobediencia del art. 410.1 CP era perfectamente previsible. Cualquier autoridad o funcionario público está obligado a cumplir los requerimientos emitidos por una autoridad superior competente en una materia, y cuya ilegalidad no puede afirmarse de forma manifiesta. Como se ha reiterado anteriormente, la disconformidad habrá de hacerla valer a través de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico, pero una discrepancia no puede justificar el incumplimiento reiterado y pertinaz de ese tipo de requerimientos ya que, en caso contrario, se debe asumir una posible responsabilidad penal, como ha ocurrido en este caso.

7.4.3.3 Vulneración del principio *non bis in ídem*.

En relación con este motivo, el Ministerio Fiscal y el partido político Vox alegan el mismo óbice de admisibilidad que el descrito en el apartado anterior, y la decisión de este Tribunal no puede ser distinta.

La vulneración invocada no se produjo en la sentencia del TS. La Sala Segunda se pronunció sobre esta cuestión, tal y como se ha reseñado, porque fue alegada como motivo cuarto del recurso de casación. Por lo tanto, se entiende que la infracción se achaca a la sentencia del TSJC, que precisamente se impugnó ante el TS por este motivo, entre otros. En consecuencia, no era necesario plantear el incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, que se culminó con la resolución del TS, lo que conduce a la desestimación del óbice planteado.

La resolución de la queja debe partir, necesariamente, del análisis comparativo entre el acuerdo de la JEC de 13 de junio de 2019, cuyo texto completo puede consultarse en [Doctrina JEC. Acuerdos por sesiones. \(juntaelectoralcentral.es\)](https://www.juntaelectoralcentral.es), y la sentencia dictada por la sala de enjuiciamiento.

En lo que ahora interesa, el acuerdo de la JEC sanciona al recurrente porque, según su parte dispositiva, “en el ejercicio de sus responsabilidades como Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, incurrió en la infracción tipificada en el artículo 153 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 50.2 de dicha Ley, por la exhibición, pública y notoria, de lazos amarillos y otros símbolos de carácter partidista en las fachadas de diferentes edificios y espacios públicos dependientes del Gobierno que preside, favoreciendo a algunas de las formaciones políticas que se presentaban a las elecciones generales, con el consiguiente quebrantamiento del principio de neutralidad que todo poder público debe respetar durante el proceso electoral, por lo que procede imponerle una sanción de multa de 3.000 €”. Este acuerdo de la JEC fue considerado como ajustado a Derecho por la sentencia dictada por la Sala Tercera del TS núm. 360/2021, de 15 de

marzo (recurso núm. 346-2019). En lo relativo al principio *non bis in ídem*, esta resolución se remite, a su vez, a la sentencia del TS impugnada en este recurso, asumiendo los argumentos que ya han sido reseñados.

Una atenta lectura del acuerdo de la JEC pone de manifiesto que, efectivamente, no concurren los presupuestos para apreciar una vulneración del principio *non bis in ídem*. Más en concreto, falta la identidad del objeto y del fundamento de la sanción, en relación con la condena penal que ahora se somete a revisión.

El acuerdo de la JEC no sanciona por los mismos hechos que los recogidos en la sentencia del TSJC. La sanción administrativa se refiere al incumplimiento del deber de neutralidad correspondiente a los poderes públicos durante un proceso electoral, por la colocación de pancartas, lazos y banderas de inequívoca naturaleza partidista. La condena penal se refiere al incumplimiento de los requerimientos emitidos por la JEC, como autoridad competente, para la retirada de esas pancartas, lazos y banderas. Dicho de forma muy sencilla: la sanción administrativa se produjo por la colocación de esos objetos, mientras que la condena penal se produjo por no retirarlos.

Tampoco coincide el fundamento. La sanción administrativa se basa en lo dispuesto en el art. 50.2 LOREG, como infracción del deber de neutralidad impuesto directamente por el ordenamiento electoral, sin necesidad de mandato previo de una autoridad; mientras que el delito de desobediencia sanciona las consecuencias de quebrantar un mandato expreso dirigido al autor, en este caso, para la cesación de aquella conducta ilícita. La condena penal se fundamenta en la vulneración de principios elementales para el funcionamiento de las administraciones públicas, como son los de competencia y colaboración. Mediante el delito de desobediencia del art. 410.1 CP se sanciona la infracción del principio de competencia, al desconocer el ámbito de actuación propio de una administración, así como el principio de colaboración necesario para que cada administración pueda, a su vez, ejercer debidamente sus competencias. Por lo tanto, el fundamento de ambas infracciones es diferente, de forma que su sanción en las vías administrativa y judicial no vulnera la prohibición del *bis in ídem*.

La pretensión del recurrente no puede prosperar.

7.5. *La proporcionalidad de la pena, en relación con el ejercicio de otros derechos fundamentales de carácter sustantivo como la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho a la representación política.*

Bajo este motivo de amparo se alegan, en realidad, dos vulneraciones diferentes. Por un lado, la lesión directa de los derechos a la libertad de expresión, en relación con el derecho a la libertad ideológica y a la representación política del propio recurrente. Por otro, la infracción del derecho a la legalidad penal, en su vertiente de falta de proporcionalidad de la pena, por no haberse ponderado la respuesta punitiva ante conductas que pueden entenderse englobadas bajo el ejercicio legítimo de los citados derechos a la libertad de expresión, ideológica y de representación política. Un análisis lógico sistemático de estos dos motivos de amparo exige el examen inicial de la primera lesión invocada y, en función de las conclusiones alcanzadas, abordar la segunda alegación.

7.5.1. La vulneración de los derechos a la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho a la representación política.

7.5.1.1. Pretensiones de las partes.

La demanda considera que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión, por el solo hecho de que no se haya realizado un análisis previo o juicio de ponderación sobre si la conducta objeto de condena podría haber sido considerada como un ejercicio legítimo de esa libertad. Cita, en apoyo de su pretensión, la STC 35/2020 que se remite, a su vez, a las SSTC 116/2016 y 177/2015. A su juicio, la pancarta debe ser considerada como un ejercicio de la libertad de expresión que, en su caso particular, está íntimamente ligada a su condición de diputado del Parlamento de Cataluña y de Presidente de la Generalitat, por lo que goza de especial protección, con cita de la STEDH de 23 de abril de 1992 (asunto *Castells c. España*). En tal sentido, entiende que su conducta no puede valorarse como un mero acto administrativo, sino como el ejercicio de su derecho de representación política protegido por la inviolabilidad parlamentaria, al margen del lugar concreto en que se ejerza, con apoyo en la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (asunto *Patriciello*), el ATS de 29 de noviembre de 2019 y la STC 243/1988.

Por su parte, el Ministerio Fiscal explica que la ausencia de un apartado concreto dedicado a hacer el juicio previo de ponderación tiene su origen en la aplicación estricta de las normas procesales y de los motivos invocados por las partes, pero no significa que ese juicio no exista materialmente. Según su criterio, se encuentra expuesto en los fundamentos jurídicos 5.III.B y 6 de la sentencia del TSJC, y en los fundamentos 5 y 6 de la sentencia del TS. En cuanto a la cuestión de fondo, el fiscal considera que la condena no se produjo por el contenido del mensaje, sino por “aprovechar los recursos de la Administración regional para transmitir un mensaje

partidario en periodo electoral y, una vez denunciado tal comportamiento y resuelto que el mismo infringía [el] principio de neutralidad, (...) mantener a todo precio el estatus unilateralmente establecido, con desatención de los requerimientos efectuados por el órgano habilitado al efecto”.

En parecidos términos se expresa la representación del partido político Vox, para quien el recurrente no fue condenado por sus opiniones o su ideología, sino por desobedecer las órdenes reiteradas de un órgano constitucional, cuya función es garantizar la transparencia, limpieza y exigencia de neutralidad de los poderes y administraciones públicas en los procesos electorales (arts. 8.1 y 50.2 LOREG). Tras destacar que ningún derecho es ilimitado, la libertad de expresión del demandante no le permite eludir el cumplimiento de las resoluciones judiciales o administrativas, aunque no sean “de su agrado o conveniencia política”. Finalmente, sobre la incidencia de la inviolabilidad parlamentaria, entiende que, con cita y reseña parcial de la STC 243/1988, la conducta enjuiciada se produjo fuera del marco parlamentario, bastando para ello acudir al relato de hechos probados de la sentencia.

7.5.1.2. La respuesta de los órganos judiciales.

7.5.1.2.1. La respuesta de la sala de enjuiciamiento del TSJC.

La sentencia condenatoria en la instancia hace referencia a estos motivos en su fundamento jurídico 5.III.B). La sala expone que esta cuestión ha sido invocada en reiteradas ocasiones por el recurrente. De hecho, los dos acuerdos de la JEC se pronuncian sobre ello, en respuesta a las alegaciones del demandante. El de 11 de marzo señala que “las libertades ideológicas y de expresión son derechos fundamentales de las personas, no de los gobernantes”, mientras que el de 18 de marzo abunda en la idea, afirmando que “el derecho fundamental a la libertad de expresión de los empleados públicos (...) no incluye la utilización de edificios y lugares públicos de forma partidista”. También se refieren a esta cuestión los informes de los Servicios Jurídicos de la Generalitat, así como del Síndic de Greuges. Tras reseñar parcialmente algunos párrafos de la sentencia núm. 459-2019, de 14 de octubre, de la Sala Segunda del TS (juicio del procés), el TSJC concluye en el fundamento jurídico sexto de su resolución que “[n]ada ampara (...) la desobediencia en que incurrió el MHP de la Generalitat; ninguna circunstancia que pudiera tener encaje en lo previsto en el inciso segundo del artículo 410 C.P. respalda su actuación. Y tampoco el constante recurso al derecho fundamental a la libertad de expresión como eje y pilar de sus decisiones. (...) [E]l único objeto de debate en estos autos ha sido, a la vista de

todo lo analizado, la contundente, reiterada, contumaz y obstinada resistencia del acusado a acatar un mandato investido de autoridad y dictado conforme a la legalidad”.

7.5.1.2.2. La respuesta de la Sala Segunda del TS

La sentencia dictada en casación aborda estos motivos en sus fundamentos jurídicos 5.3, 5.4 y 6. Para el TS, “el objeto del proceso no es analizar la condena del recurrente desde la perspectiva de la libertad de expresión, pues como ciudadano es libre de realizar manifestaciones o actos que reflejen su identidad política. El objeto es la desobediencia de las órdenes reiteradas de un órgano constitucional cuya función es garantizar la transparencia y limpieza de los procesos electorales que exige la neutralidad de los poderes y Administraciones públicas”. Cita y reseña parcialmente la argumentación recogida en la STS 459-2019, de 14 de octubre, así como en el auto de 22 de abril de 2019, por el que se acordó la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por el recurrente contra los miembros de la JEC. A continuación desarrolla en el apartado 5.4 la doctrina expuesta por la Sala Tercera del TS sobre los principios de actuación de la administración pública y, señaladamente, la objetividad y neutralidad que han de “vincularse necesariamente a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad”, para reiterar que esa “exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales”.

Por otro lado, sale al paso de la alegación del recurrente sobre la “vinculación entre democracia y Estado de Derecho”, que “no es accesoria, sino sustancial, de manera que solo es posible calificar de actos o decisiones democráticos los que se ajustan, en su procedimiento de adopción y en su contenido, a la ley. En este sentido, no cabe aceptar de ningún modo que la colocación de las banderas partidistas -o lazos amarillos, pancartas a favor de los ‘presos políticos’, o cualquier otro símbolo partidista en edificios y lugares públicos, constituya un acto de ‘obligado’ cumplimiento que se impone a los representantes públicos -entre ellos el MHP de la Generalitat- por cuanto obedece a la decisión ‘democrática’ de un órgano colegiado”. De acuerdo con lo anterior, el TS considera que “los acuerdos de la JEC no vulneran los derechos a la libertad ideológica y la libertad de expresión, garantizados por la CE, en sus arts. 16.1 y 20.1 respectivamente de aquellos terceros electores. El art. 20.4 afirma que ‘estas libertades tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia’, derechos fundamentales entre los que se cuenta el derecho de participación política consagrado en el art. 23.1, desarrollado en la LOREG en el

sentido del mantenimiento del deber de neutralidad que concierne a los Poderes Públicos en este contexto de la participación política mediante elecciones”.

Finalmente, tras recordar la doctrina de este Tribunal (con cita de las SSTC 254/93, 14/2003 y 244/2007) que sostiene que "las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión", la sentencia del TS aborda en su fundamento jurídico sexto la alegación sobre la vulneración de la inviolabilidad parlamentaria del recurrente. Una vez más, se remite a la doctrina ya expuesta en la STS núm. 459-2019, con cita de diversas SSTC como las núms. 71/1985, 243/1988, 30/1997 y 123/2001, para concluir que "la inviolabilidad es, sobre todo, una prerrogativa constitucional llamada a proteger las funciones de las asambleas legislativas y solo como consecuencia de esa naturaleza genera unos derechos-reflejo que no constituyen derechos subjetivos del parlamentario ni suponen vulneración del principio de igualdad". En esta línea, el TS "no ve en la inviolabilidad de los parlamentarios un privilegio, sino un presupuesto *sine qua non* para el adecuado ejercicio de la función parlamentaria". Desde esta perspectiva "el ámbito de esa prerrogativa [se circunscribe] a las opiniones y a los votos emitidos durante el ejercicio de las funciones parlamentarias". Abundando en esta idea, se afirma que la "necesidad de fijación de límites a la inviolabilidad se hace más que evidente cuando lo que se reclama no es la exclusión de responsabilidad penal por unas afirmaciones o por el sentido de un voto que ha podido ofender la honorabilidad de terceros, sino por unos hechos que las acusaciones califican como constitutivos de un delito de desobediencia". El TS resuelve la cuestión planteada afirmando que, "[e]n el caso presente, es evidente que lo reflejado en el relato de hechos probados no es ejercicio de una actividad parlamentaria". En todo caso, "el acto parlamentario que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en el vehículo para desobedecer lo resuelto por la Junta Electoral Central no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de inviolabilidad. Esta no protege frente a actos de consciente desatención a lo resuelto por la autoridad superior en el marco electoral". Por ello, el "rechazo de las resoluciones dictadas por ésta en el marco funcional que le es propio y debidamente notificadas al Presidente y parlamentario de la Generalitat que desoye el requerimiento es subsumible en el delito de desobediencia del art. 410.1 CP".

7.5.1.3. Resolución de las quejas.

Como señala el Ministerio Fiscal, las resoluciones impugnadas no contienen un apartado específico dedicado a realizar, con carácter previo a la aplicación del tipo penal, un análisis sobre

si los hechos enjuiciados pueden ser considerados como amparados por un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. A juicio del recurrente, este hecho –por si solo- debe conducir a la estimación del recurso de amparo, por aplicación de la doctrina de este Tribunal.

Sin embargo, esta doctrina no puede ser aplicada de una manera puramente formalista. La ausencia de un apartado específico destinado a realizar esa valoración, con carácter previo a la aplicación del tipo penal, no implica la inexistencia de esa ponderación. Las dos resoluciones impugnadas, especialmente la dictada por el TS, ofrecen una sólida argumentación sobre la aparente colisión entre los hechos enjuiciados y el derecho a la libertad de expresión del recurrente. Y el resultado de esa valoración es que no se estaba en presencia de un ejercicio legítimo de ese derecho, porque ni siquiera podía afirmarse su vigencia en este caso.

El recurrente alega que la exhibición de la pancarta y de otros símbolos forma parte del ejercicio de su libertad de expresión, íntimamente ligada a su condición de diputado del Parlamento de Cataluña y de Presidente de la Generalitat. Se trata, por tanto, del ejercicio de su derecho de representación política protegido por la inviolabilidad parlamentaria, al margen del lugar concreto en que se ejerza. Las resoluciones impugnadas, por el contrario, consideran que no se ha sancionado el ejercicio de la libertad de expresión, ni las ideas ni la ideología del recurrente, porque la conducta no está relacionada con su derecho a la representación política ni con la actividad parlamentaria, sino con la resistencia contumaz al cumplimiento de los requerimientos emanados del órgano competente para hacer cumplir la normativa electoral. Este Tribunal, como ya se ha expuesto, comparte el criterio expuesto en las sentencias dictadas por la sala de enjuiciamiento del TSJC y por la Sala Segunda del TS.

En el presente caso, los requerimientos de la JEC no fueron dirigidos al recurrente en su condición de persona física, ni siquiera en su condición de responsable político o de representante parlamentario, sino en su condición de Presidente de la Generalitat. El recurrente fue condenado por no dar el debido cumplimiento a los requerimientos que, en su condición de máximo responsable del uso y gestión de los edificios de dominio público de la Comunidad Autónoma de Cataluña, le fueron emitidos por el órgano encargado de hacer cumplir el principio de neutralidad impuesto a todos los poderes públicos durante un proceso electoral, evitando la utilización de símbolos partidistas en unos edificios públicos que deben estar al servicio de todos los ciudadanos, conforme a la normativa vigente, que todo responsable público debe observar.

En consecuencia, tal y como razonan las resoluciones impugnadas, la condena penal no pudo vulnerar sus derechos a la libertad de expresión, a la libertad ideológica y a la representación política, porque su conducta fue realizada al margen del ejercicio de estos derechos. Por lo tanto,

no se “ha de producir un efecto disuasorio de su legítimo ejercicio futuro a través de los cauces constitucional y legalmente establecidos” [STC 170/2021, de 7 de octubre (FJ 8)].

El motivo debe ser desestimado.

7.5.2. La vulneración del derecho a la legalidad penal, por desproporción de la pena impuesta, en relación con el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho a la representación política.

7.5.2.1. Pretensiones de las partes.

Con la invocación general de la doctrina expuesta por la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-752/18), la demanda aborda la falta de proporcionalidad de la condena impuesta, en relación con los otros derechos fundamentales que se dicen en juego. Para el recurrente, la pena impuesta supone un sacrificio inaceptable al derecho de representación política, así como al ejercicio del cargo público para el que se ha resultado elegido democráticamente; vulnera en sí misma el derecho a la libertad de expresión, e implica una reacción penal incompatible con una sociedad democrática. La demanda insiste en la existencia de una “evidente desproporción para un hecho consistente en mantener una pancarta reivindicativa de la libertad colgada en el balcón de la sede de la Presidencia de la Generalitat”. Y cita, en apoyo de su pretensión, un voto particular emitido en la STEDH dictada en el asunto *Zdanoka c. Letonia*, unas declaraciones públicas del Ministro del Gobierno de España, Sr. Castells, así como la doctrina del TEDH recogida en la sentencia de 23 de abril de 1994 (asunto *Castells c. España*), sobre la moderación del recurso a la respuesta penal ante conductas amparadas en el ejercicio de la libertad de crítica.

En relación con este concreto motivo de amparo, tanto el Ministerio Fiscal como el partido político Vox se oponen a su admisión, en cuanto niegan la concurrencia de un ejercicio legítimo de los derechos invocados.

7.5.2.2. La respuesta de los órganos judiciales.

En este punto procede remitirse a lo expuesto en el apartado 7.5.1.2 de esta resolución, ya que las sentencias impugnadas niegan toda virtualidad a la invocación del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho a la representación política.

7.5.2.3. Resolución de la queja

El núcleo de esta queja se centra en la falta de proporcionalidad de la condena penal impuesta, en relación con el ejercicio de los derechos citados.

Como se desprende de la doctrina expuesta en las SSTC 55/1996, de 28 de marzo (FJ 3), y 136/1999, de 20 de julio (FJ 23), en la ponderación sobre la adecuación de la respuesta penal ante conductas realizadas en el contexto o en la órbita del ejercicio de derechos fundamentales, es necesario realizar una doble tarea valorativa. Por un lado, un juicio abstracto de proporcionalidad, es decir, un análisis sobre la adecuación de la respuesta penal, en función de si nos encontramos en presencia de un ejercicio legítimo o no, o meramente excesivo o no, de un derecho fundamental; se trataría de un juicio previo sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción penal. Por otro, un juicio concreto de proporcionalidad, consistente en la adecuación de la respuesta penal individualizada, en función de la gravedad intrínseca de la conducta y de las circunstancias concurrentes, así como de las posibilidades normativas con las que cuenta el tribunal para adecuar esa respuesta en el caso concreto. Con ello se pretende evitar que el recurso a la sanción penal pueda actuar como un factor disuasorio (“efecto desaliento”) para el ejercicio de esos derechos fundamentales y, al mismo tiempo, ajustar la respuesta penal a lo estrictamente necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por esa normativa.

Como ya se expuso al abordar el anterior motivo, nos encontramos ante una conducta realizada al margen de cualquier amparo posible en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por el recurrente. Bajo ese paraguas argumental la demanda pretende excluir la antijuridicidad manifiesta de una conducta renuente al cumplimiento de una obligación elemental en un Estado de Derecho. Sin embargo, en palabras de la STC 62/2019, de 7 de mayo (FJ7), se trata de un “mero pretexto”, en el sentido de un “subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos”. No es posible, por tanto, realizar un ejercicio de ponderación en la aplicación de la norma, mediante la apreciación de una causa de justificación en forma de eximente de “ejercicio legítimo de un derecho” (art. 20.7º CP), ni siquiera en un modalidad incompleta (art. 21.1ª CP) o de análoga significación (art. 21.7ª CP). Con ello bastaría para rechazar la prosperabilidad de esta alegación, por falta del presupuesto necesario para aplicar la citada doctrina.

En el caso que nos ocupa, además, tampoco es posible aplicar otro tipo penal distinto ni menos grave. El legislador, en el ejercicio de su facultad de ponderación inherente el principio de intervención mínima, no ofrece en esta materia otra alternativa que la aplicación del delito del art. 410.1 CE.

No obstante, este Tribunal no puede dejar de insistir en unas ideas que conviene tener presentes al analizar un supuesto como el que nos ocupa.

En primer lugar, el respeto al relato de hechos probados, cuya fijación corresponde a la jurisdicción ordinaria, obliga a descartar la concurrencia de un ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, ideológica o de representación política. Como hemos reiterado, una misma conducta no puede ser constitutiva de delito y, al mismo tiempo, tener la consideración de un ejercicio legítimo de un derecho [ver, por todas, STC 89/2020, de 15 de noviembre (FJ 3)].

En segundo lugar, debemos recordar que la peculiaridad del supuesto que nos ocupa es que la conducta delictiva se realiza desde el poder público, es decir, se comete por quien ejerce un cargo público y ostenta unas potestades desde las que se promueve la quiebra de uno de los principios básicos del Estado de Derecho, como es el respeto al principio de neutralidad y al principio de competencia. En estas coordenadas, el juicio de ponderación no puede suponer, en ningún caso, la legitimación de una conducta que, enarbolando la bandera del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, solo pretende la quiebra del ordenamiento jurídico que, a la vez, es la fuente de legitimación de ese responsable público. No se puede colocar en el mismo plano axiológico a un cargo público que a un ciudadano. El recurrente asumía la máxima responsabilidad de una administración pública como la Generalitat y, como tal, estaba sometido al principio de legalidad, según dispone el art. 68.1 EAC. Precisamente por ello, le era aplicable la doctrina de este Tribunal, ya expuesta, que recuerda que las instituciones públicas o sus órganos “en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales”, puesto que su actuación se encuentra vinculada a los fines asignados por el ordenamiento jurídico, y en el marco de sus respectivas competencias (ver, en tal sentido, la STC 5/2021, de 25 de enero, FJ 5), entre las que no se encuentra, obviamente, una facultad de incumplimiento de la legalidad vigente, ni una potestad para excluir a una parte relevante de la ciudadanía.

El motivo se desestima.

7.6. La vulneración del derecho a la legalidad penal, por la inconstitucionalidad, ilegalidad, falta de individualización y motivación, así como de proporcionalidad de la concreta pena impuesta.

7.6.1. Pretensiones de las partes

El recurrente impugna la concreta pena impuesta, sobre la base de una serie de argumentos que, de forma resumida, se exponen a continuación.

a) El art. 42 CP es inconstitucional, por vulneración del principio de proporcionalidad. Cita en apoyo de su pretensión una reseña bibliográfica del jurista Sr. Manzanares Samaniego, en la que se objeta la imposición, en todo caso, de la pérdida definitiva del cargo público sobre el que recae la pena de inhabilitación, sin posibilidad de modulación o graduación.

b) La pena impuesta no está prevista en la ley. Considera que se le ha aplicado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, que no está prevista para el delito de desobediencia del art. 410.1 CP.

c) Falta de individualización e imposición arbitraria de la pena. A juicio del recurrente, las resoluciones impugnadas no motivan de forma suficiente la relación entre el hecho cometido y los cargos sobre los que recae la inhabilitación. Además, el TS ha realizado una interpretación extensiva de la expresión “cargos análogos”. Considera que no se pueden equiparar los cargos de gobierno con los de carácter parlamentario, lo que supone el apartamiento de los precedentes existentes (con cita de la STS de 8 de abril de 2008 y el posterior auto de aclaración de 23 de abril de 2008, así como la STS de 30 de julio de 1994), además de una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Por otro lado, considera que no existe analogía entre los distintos niveles territoriales institucionales (local, autonómico, nacional y europeo), citando en este punto las SSTS de 8 de febrero de 1994 y de 20 de abril de 1995. Y, finalmente, alega una flagrante vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en relación con la sentencia de 23 de enero de 2019, dictada en el recurso de casación núm. 1018-2017, en la que se redujo la pena de inhabilitación impuesta, descontando el tiempo que el penado había sido privado del cargo previamente, como consecuencia de la sentencia condenatoria de instancia, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6 LOREG. Según el recurrente, el TS ha ignorado la misma petición formulada en tal sentido en este caso, alegación que ya ha sido descartada en otro fundamento jurídico de esta resolución.

Para el Ministerio Fiscal, tras hacer un análisis comparativo de los arts. 41, 42 y 44 CP, considera que el marco punitivo general es claro, y que la pena impuesta se ajustó perfectamente a la previsión del art. 410.1 CP en relación con el art. 42 CP. Otra cosa es que “la parte demandante de amparo pueda discrepar en cuanto a la interpretación que la Sala diera a la expresión ‘u otros análogos’ del artículo 42 CP, pero eso no ha de convertir la pena establecida por el artículo 410.1 CP (en relación con la definición del artículo 42 CP) en una pena de distinto alcance, como sería la definida en el artículo 44 CP”. A continuación, con cita y reseña parcial de la STC 55/1996, de 28 de marzo, la Fiscalía analiza la queja del recurrente destacando que el bien jurídico protegido por la norma cuestionada (la integridad del funcionamiento de la Administración Pública) es lo suficientemente relevante como para motivar la intervención del

ius puniendi, y que la respuesta penal se configura como medida idónea y necesaria para sancionar los actos de desobediencia grave, sin que se aprecie un excesivo rigor punitivo en la concreta pena prevista (multa e inhabilitación especial). En consecuencia, no procede plantear la inconstitucionalidad del precepto.

Tras descartar la concurrencia de un ejercicio legítimo de derechos fundamentales sustantivos, el fiscal considera que el recurrente plantea, en realidad, su disconformidad con el contenido concreto asignado a la pena de inhabilitación, lo que traslada el debate desde la proporcionalidad a la razonabilidad de las resoluciones impugnadas. En este punto se remite a los argumentos ofrecidos en la sentencia del TS, de los que se deduce que, “en todo caso, el efecto del que se queja la parte recurrente resultaría igualmente de la aplicación de lo establecido en el artículo 6.2.b) LOREG”. Se trata de un criterio perfectamente razonable, “sobre todo si también se considera la íntima conexión que está establecida en el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña entre el cargo de Presidente de la Generalitat y el cargo de diputado en el Parlamento de Cataluña de acuerdo con lo establecido en su artículo 67.2 ([e]l Presidente o Presidenta de la Generalitat es elegido por el Parlamento de entre sus miembros)”.

Finalmente, el partido político Vox considera que el recurso de amparo no es la vía adecuada para impugnar la constitucionalidad de un precepto legal. Y en cuanto al juicio de proporcionalidad, entiende que se trata de una prerrogativa del legislador, con cita de la STC 65/1986. En relación con la concreta pena impuesta, se remite a los argumentos ofrecidos por la sentencia de la Sala Segunda del TS. Si la conducta delictiva del recurrente se comete en el ejercicio de un cargo público de naturaleza política, no tendría sentido que se le permitiese continuar en otro cargo análogo. También descarta la vulneración del principio de igualdad ya que, como el propio TS concluye, la no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues a estos efectos solo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

7.6.2. La respuesta de los órganos judiciales.

7.6.2.1. La respuesta de la sala de enjuiciamiento del TSJC.

La sentencia dictada por el TSJC aborda la individualización de la pena en el fundamento jurídico noveno de su resolución. En lo que ahora interesa, los argumentos ofrecidos por la sala para fijar el alcance de las penas impuestas son los siguientes: “En orden a la individualización de la pena que debe finalmente imponerse al acusado, entendemos que en el reproche que merece

su actuación ha de ponderarse junto a su condición de MHP de la Generalitat (al que corresponde estatutariamente la dirección y coordinación de gobierno autonómico), la recalcitrante y reiterada actitud desobediente, y su conducta persistente en el incumplimiento de lo ordenado sucesivamente en, al menos, dos acuerdos (de 11 y de 18 de marzo) firmes y ejecutivos ambos. Atendido además el alarde público del hecho desobediente, estimamos adecuada y proporcional a la intensidad del injusto (gravedad de la lesión para el interés protegido, habida cuenta del relieve del cargo que ostenta el autor) la pena de multa de 10 meses -que excede en dos meses y medio de su mitad legal- con una cuota diaria de 100 euros y la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53.1 del C.P. El valor económico de la cuota diaria se ha fijado en acogimiento de la pretensión de la acusación pública (no combatida), atendiendo a la cualificación profesional del MHP Sr. Torra, y también a la retribución pública (153.235,50 euros para la anualidad de 2019, según resulta del Decret Llei 3/2019, de 22 de gener -DOGC núm. 7795 de 24.01.2019-) que viene percibiendo por el cargo en cuyo desempeño ha cometido el delito. El importe económico así fijado para la multa impuesta no alcanza la mitad de su retribución mensual, una vez hecho el prorrateo mensual de su sueldo anual y descontados impuestos. En cuanto a la pena de inhabilitación especial, quedará fijada por 1 año y 6 meses, a partir de las mismas razones que ofrecemos para concretar la pena de multa como lo hemos hecho, esto es, dentro de la mitad superior de la pena legalmente prevista para el delito cometido. El alcance de esa inhabilitación especial lo será para cargo público electivo, ya sea de ámbito local, autonómico, estatal o europeo (STS 91/2019, de 23 de enero -FJ13-), así como para el ejercicio de funciones de gobierno tanto en el ámbito local como en el autonómico y también en el del Estado, pues del ejercicio de ese mismo tipo de responsabilidad públicas electivas y gubernativas se sirvió el acusado para la comisión del delito que aquí se le reprocha.

La defensa del acusado ha sostenido que los tribunales españoles, en aplicación de la ley penal nacional, no pueden privar al condenado del derecho a ser elegido parlamentario europeo. La alegación ni es original ni es viable. Idéntica limitación se suscitó en el recurso de casación contra nuestra STSJCat de 13 de marzo de 2017, encontrando respuesta negativa en el FJ13 de la citada STS 91/2019, de 23 de enero, a partir de un razonamiento que resulta oportuno reproducir aquí: ‘los diputados del Parlamento Europeo se eligen por sufragio directo en una elecciones de ámbito nacional, que se regulan por la legislación electoral nacional, concretamente por la Ley Orgánica Estatal del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio. Tales diputados ejercen sus funciones en un órgano central de la Unión Europea, y sin perjuicio de que deban defender los intereses de esta última, también ejercen funciones en representación del Estado español (...) es la Junta Electoral Central la competente para todas las cuestiones relacionadas con la

presentación y proclamación de candidatos a las elecciones al Parlamento Europeo, unos candidatos que lógicamente deberán cumplir los requisitos exigidos por la legislación española a estos efectos, entre ellas, y de acuerdo con el artículo 6.2, apartado b), del texto legal citado, no haber sido condenados, aunque la sentencia no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal; que es precisamente lo que ocurre en el caso de auto”.

7.6.2. La respuesta de la Sala Segunda del TS.

Los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de la sentencia de casación se ocupan de abordar los argumentos esenciales de las vulneraciones ahora invocadas por el recurrente. Tras reseñar los elementos más relevantes planteados en el recurso, la sala destaca, con carácter previo, “la necesidad de diferenciar cuando la pena de inhabilitación especial para derecho o cargo público reviste el carácter de pena principal (art. 42 CP) de aquellos casos en los que se impone como pena accesoria (art. 56 CP). (...) En el caso sometido a nuestra revisión casacional, el tipo penal del art. 410.1 CP establece como penas la de multa de tres a doce meses y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años, pena última, por tanto, principal y no accesoria. (...) A su vez, respecto del alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, la jurisprudencia de esta Sala tiene proclamado que la inhabilitación especial no tiene por fundamento la privación selectiva de concretas parcelas funcionariales, sino que su significado -como pena restrictiva de derechos- mira de modo preferente al empleo o cargo público como tal, esto es, al título jurídico que habilita, tanto para el ejercicio de las ocupaciones laborales básicas, como a cualquiera otras de carácter temporal que puedan estarle vinculadas; esto es, que a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz o la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales (SSTS 695/2012 de 19 de septiembre; 887/2008, de 10 de diciembre). Es cierto, como acertadamente razona el recurrente, que la Ley Orgánica 1/2015, de 30-3, tal como se señala en la Exposición de Motivos, refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la administración pública”, sin citar el delito de desobediencia del art. 410 CP. Sin embargo, “a pesar de esa omisión, sí ha mantenido en el delito de desobediencia del art. 410.1 la pena principal de inhabilitación especial para empleo o cargo público -al igual que en los delitos del

Capítulo IV, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413 a 417)-”.

Para el TS, la cuestión “controvertida [consiste] en esclarecer si concurre semejanza entre las funciones ejecutivas y de gobierno del recurrente como Presidente del Gobierno de la Generalitat y las encomendadas a un integrante del Poder Legislativo en el Parlamento de Cataluña, las Cortes Generales o el Parlamento Europeo”, y la “respuesta ha de ser afirmativa”. Para ello se apoya en lo dispuesto en el art. 6.2 b) LOREG, “al declarar inelegibles -y por tanto privados de *facto* del derecho de sufragio pasivo- a ‘los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal’. En ese supuesto se encuentra incurso el recurrente”. Aunque es cierto que ese precepto “no viene a delimitar el perímetro de la pena de inhabilitación especial, (...) proporciona un argumento para establecer analogías entre cargos y empleos”. Para ello, tiene en cuenta que los diputados al Parlamento Europeo no solo ejercen funciones ciudadanas representativas, sino también de cada estado “que, de hecho, de acuerdo con el apartado 5 del art. 4 del Reglamento de dicha Institución, puede encomendarle misiones a través de la autoridad correspondiente”. Conforme a este esquema, los requisitos para ser candidato se rigen por las normas nacionales y, de acuerdo con el art. 6.2, apartado 5, LOREG, uno de esos requisitos consiste en “no haber sido condenados, aunque la sentencia no se sea firme, por delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”, que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos.

Además de lo anterior, la Sala Segunda considera que el delito fue cometido por una autoridad pública, en el ejercicio de un cargo de naturaleza política, por lo que “debe entenderse que la pena de inhabilitación -que se prevé como pena principal para el delito citado- debe abarcar a cualquier ámbito en que se comete el delito”. En este sentido, con cita del ATS 24 de junio de 2015, reitera que “el alcance concreto de la pena de inhabilitación ha de ser entendido con claves exegéticas finalísticas para no vaciar de contenido la penalidad y traicionar tanto su componente retributivo como su contenido preventivo especial”. En esta línea también cita “la STS 259/2015, de 30-4, que insiste en que la pena de inhabilitación puede revestir el carácter de pena principal, como se establece en el art. 42 CP, o accesoria, art. 56 CP, y solo en este caso se exige para la

imposición de la pena una relación directa entre el delito sancionado y el derecho del que se priva al condenado con la imposición de la inhabilitación. Cuando se trata de pena principal, como sucede en el delito de desobediencia del art. 410.1, el art. 42 solo exige que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación y establece expresamente que esta pena alcanza no solo el empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo ‘u otros análogos’ durante el tiempo de la condena”. Para el TS, “es obvio que cuando el delito de desobediencia del art. 410.1 CP se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de Presidente de una Comunidad Autónoma ‘constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió el delito, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar en el propio Gobierno autonómico, o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal”.

A juicio de la sala, mantener en su puesto o permitir la elección en un órgano legislativo o de gobierno de cualquier otro ámbito, a quien ha sido condenado por un delito contra la administración pública, “contradice la propia naturaleza de la pena principal establecido por el legislador -junto con la de multa- para aquel delito y reduce excesivamente la tutela del bien jurídico protegido por el mismo, el exquisito respeto por la autonomía de los distintos poderes del Estado y un normal funcionamiento, como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho”. Además, supondría una “interpretación de la norma que podría conducir al absurdo, dejando al criterio de un partido o del propio cargo político condenado en firme por delito contra la Administración Pública, Título XIX, Libro II CP, a una pena de inhabilitación, decidir si puede o no continuar ostentando ese puesto en nombre de los ciudadanos, cuando el fin último de esa pena es precisamente evitar esa continuidad tanto en el cargo donde se cometió el delito como en otros análogos”.

En lo relativo al alcance del principio de proporcionalidad, la sala se remite a la STS 407/2010, de 12 de mayo, y 716/2016, de 29 de octubre, así como a las SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999. Conforme a esta doctrina, el TS considera que “no puede hablarse de una reacción penal desproporcionada e innecesaria que se aparte del principio de intervención mínima y de última ratio que en toda sociedad democrática tiene que tener el recurso al derecho penal. En efecto, el delito del art. 410.1 prevé unas penas de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. La sentencia recurrida

impone las penas de diez meses de multa con cuota diaria de cien euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de un año y seis meses”.

7.6.3. Resolución de las quejas.

El análisis de las vulneraciones invocadas por el recurrente se realizará conforme al orden propuesto en la demanda.

7.6.3.1. La inconstitucionalidad del art. 42 CP.

El recurrente no solicita de este Tribunal el planteamiento de una cuestión (interna) de inconstitucionalidad, sino que alega genéricamente la contradicción del art. 42 CP con la CE, sobre la base de una reseña bibliográfica de un destacado jurista.

La notoria ausencia de fundamentación de este motivo de amparo, así como su falta de planteamiento formal, sería suficiente para su desestimación. No obstante, en una primera aproximación al problema defectuosamente planteado, se coincide con el Ministerio Fiscal en la falta de una base sólida para cuestionar la constitucionalidad del art. 42 CP.

Conforme a la doctrina de este Tribunal, ya expuesta [ver, por todas, STC 136/1999, de 20 de julio (FJ 23)], se puede señalar que el legislador ostenta un amplio margen para decidir los bienes objeto de protección penal, las conductas reprochables y el tipo, cuantía y duración de la respuesta punitiva. No obstante, el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) permite un control de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de las penas, que debe ponderarse desde un triple análisis: a) la relevancia de los bienes que se pretenden proteger; b) la gravedad de la conducta que se pretende sancionar; y c) la entidad de la respuesta penal prevista en la norma, puesta en relación con los dos parámetros anteriores. Dentro de este último elemento ponderativo habrá que atender, a su vez, a la adecuación y necesidad de la pena para cumplir con la finalidad pretendida, y a su proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que el sacrificio para los bienes e intereses afectados por la sanción no aparezca como notoriamente desequilibrado respecto de los bienes que se pretenden proteger y la gravedad de la conducta enjuiciada.

Para el fiscal, estamos “en presencia de una conducta de grave rebeldía desarrollada desde la Presidencia de una Comunidad Autónoma frente a la Administración que ha de velar por la

neutralidad y pureza del proceso electoral”. Se trata de una conducta que no está amparada por la “libertad de expresión, ni por el ejercicio del derecho fundamental a la participación política, ni por ninguno otro, por lo que no es posible hablar de una respuesta penal desproporcionada frente a eventuales extralimitaciones en el ejercicio de estas libertades, ni de que tal reacción desproporcionada pueda disuadir de su ejercicio legítimo al resto de los ciudadanos”. La sanción impuesta, además, se coloca en “el grado medio de una escala en la que el límite inferior está constituido por la pena de privación del derecho de sufragio pasivo (artículo 44 CP) y el límite superior por la pena de inhabilitación absoluta (artículo 41 CP)”. Además, una vez cumplida la pena, “el interesado podrá volver a su actividad política, si lo estima conveniente”.

Abundando en estas ideas, debemos destacar que la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público aparece recogida, como pena principal –única o conjunta con otras- en numerosos preceptos del Código Penal, que protegen bienes jurídicos heterogéneos. Por citar algunos ejemplos, está prevista como pena en los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159, 160 y 161); en el delito contra la integridad moral (art. 175); en varios delitos contra las relaciones familiares (arts. 219, 221.3, 222, 233.2); en delitos de receptación y blanqueo de capitales (art. 303); en los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, y la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (arts. 320, 322, 329, 326); en diversos delitos contra la salud pública (art. 362 bis y 372); en los delitos de falsedad cometidos por autoridad o funcionario público (art. 390.1, 394), en la gran mayoría de los delitos contra la Administración Pública [prevaricación (art. 404), abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407 y 408), desobediencia (arts. 410 y ss), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413 y ss), cohecho (arts. 419 y ss), tráfico de influencias (arts. 428 y ss), malversación (arts. 432 y ss), fraudes y exacciones ilegales (arts. 326 y ss), negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función (arts. 439 y ss)], en los delitos contra la Administración de Justicia [prevaricación judicial (arts. 446 y ss), encubrimiento (art. 451), falso testimonio (arts. 459 y 461), obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional (arts. 463 y ss), quebrantamiento de condena (art. 471)], así como en diversos delitos contra la Constitución [rebelión (arts. 473 y ss), contra las instituciones del Estado (arts. 499 y ss), usurpación de atribuciones (arts. 506 y ss), denegación discriminatoria de prestaciones (art. 511), asociación ilícita (art. 517), delitos cometido por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (arts. 529 y ss, 534 y ss, 537 y 33)]; en el delito de sedición (art. 545.2); y en los delitos contra la defensa nacional (art. 603) y contra la Comunidad Internacional (art. 615 bis).

Como se expondrá más detenidamente en el siguiente apartado de esta resolución, la pena de inhabilitación prevista en el art. 42 CP contiene una doble consecuencia: i) por un lado, la pérdida del cargo o empleo que se ostenta en el momento de cometer el hecho; y ii) la imposibilidad de obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. En todos los casos que se han reseñado, la imposición de esta pena no está sometida a modulación alguna, es decir, es de aplicación automática e incondicionada, sin posibilidad de adecuación a las circunstancias del caso concreto. Eso supone que, siempre que se imponga la pena se producirá, *ope legis*, la pérdida del cargo o empleo, mientras que la imposibilidad de obtener el mismo u otro análogo se podrá modular por el órgano sentenciador, mediante la fijación del periodo de tiempo concreto, dentro del marco previsto en el precepto penal correspondiente.

El análisis de los artículos reseñados, y su comparativa con otras disposiciones del Código Penal, conduce a la conclusión de que es el propio legislador el que ha realizado la ponderación sobre la proporcionalidad de esta respuesta penológica en el momento de atribuirle a determinadas conductas, y no a otras. Y que este ejercicio de ponderación ha conducido igualmente a que, en los casos indicados se haga de forma incondicional, mientras que en otros supuestos se habrán tener en cuenta determinadas circunstancias concurrentes. Así sucede, por ejemplo, con las previsiones contenidas en el art. 177 bis.1 CP para el delito de trata de seres humanos; en el art. 192.3 CP, para los delitos sexuales; o en el art. 510.5 CP, para los denominados delitos de odio. En estos casos, habrá que atender al carácter público o no de la profesión u oficio que permita mantener contacto con menores de edad, además de las otras circunstancias del caso concreto.

En el supuesto que nos ocupa, y desde la perspectiva que corresponde a este Tribunal, debemos señalar que no resulta ajeno a las pautas axiológicas comúnmente aceptadas que la gravedad intrínseca de las conductas descritas y la cualidad del sujeto activo determine que se considere socialmente adecuado, necesario y proporcionado que una persona no siga ostentando el cargo, empleo u oficio desde el que se cometió el hecho delictivo. En el supuesto del art. 410 CP nos encontramos con un bien jurídico de relevante interés general como es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y con una conducta cuya gravedad ha sido ya expuesta en otro apartado de esta resolución, al que nos remitimos. No obstante, eso no excluye una posible ponderación aplicativa de ese precepto, que se concreta de dos formas. Por un lado, en la necesaria especificación, de forma motivada, de los empleos o cargos sobre los que ha de recaer la pena y que, lógicamente, han de guardar una razonable conexión con la conducta enjuiciada; y, por otro, en la necesaria determinación del concreto periodo de tiempo en que no se podrá obtener el mismo cargo o empleo u otro análogo.

En todo caso, no se considera desproporcionado que una norma penal prevea la pérdida de un cargo público como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo en el ejercicio de ese cargo público. Elementales principios de prevención general y especial abonan la idea de la adecuación de la respuesta penal en estos supuestos. No parece necesario insistir en la quiebra que, para la confianza de la ciudadanía sobre el funcionamiento de la administración pública, se derivaría del mantenimiento en el cargo de quien ha cometido un delito en el ámbito de su ejercicio. Quienes integran las administraciones públicas deben ejercer sus funciones de manera ejemplarmente ajustada a la legalidad.

7.6.3.2. La imposición de una pena no prevista en la ley.

El recurrente considera que se le ha aplicado la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, descrita en el art. 44 CP, y no prevista como pena para el delito de desobediencia del art. 410.1 CP.

La determinación de la concreta pena aplicable a un delito es una cuestión de mera legalidad y, por lo tanto, no corresponde a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria. En su caso, nuestra labor se circunscribe a un control externo sobre la razonabilidad de la decisión judicial de instancia. Bajo esos parámetros, una lectura completa y sistemática del Código Penal permite afirmar la inconsistencia de esta invocación.

En efecto, como argumenta el Ministerio Fiscal, la regulación sobre las penas privativas de derechos, en lo que ahora interesa, contempla tres supuestos. En primer lugar, la inhabilitación absoluta (art. 41 CP), que produce la pérdida definitiva del cargo público y la imposibilidad de obtener cualquier otro cargo público durante el tiempo de la condena. En segundo lugar, la inhabilitación especial para cargo público (art. 42 CP), que también produce la pérdida definitiva del cargo público, así como la imposibilidad de obtener el mismo cargo u otros análogos durante el tiempo de la condena. Y, en tercer lugar, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (art. 44 CP), que produce la imposibilidad de optar a un cargo público electivo durante el tiempo de la condena.

Como se deduce de esta regulación, el contenido material de estas penas puede solaparse parcialmente, pero las diferencias entre ellas son evidentes. Las dos primeras producen la pérdida definitiva del cargo que se ostenta en el momento de cometer el delito, lo que no ocurre en el tercer supuesto. A su vez, las dos primeras producen la imposibilidad de optar a cargos públicos electivos, como la tercera, pero mientras la inhabilitación absoluta se aplica respecto de cualquier cargo público, electivo o no, la inhabilitación especial para cargo público solo se predica respecto

del concreto cargo público que se determine u otro análogo, sean o no electivos. Sin embargo, la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo no requiere una determinación concreta del cargo público sobre el que recae.

Por otro lado, las penas privativas de derechos pueden imponerse como principales, es decir, cuando el Código Penal establece expresamente esas penas para un delito concreto, o como accesorias, en los supuestos previstos en los arts. 54 a 56 CP. De hecho, la práctica judicial impone la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo como pena accesoria, en el supuesto previsto en el art. 56.1.2º CP, en función de la concreta privación de libertad impuesta como principal.

En el caso del delito del art. 410.1 CP, las penas previstas en el texto, es decir, las penas principales, son dos: multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público. Por lo tanto, la pena impuesta fue la prevista legalmente, cuyo contenido viene delimitado en el art. 42 CP. Según este precepto, la pena tiene un contenido dual, consistente en la pérdida del cargo que se ostenta en el momento de cometer el hecho y la imposibilidad de obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. Esta segunda vertiente es la que puede solaparse con la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, pero eso no permite hablar de la imposición de una pena distinta a la prevista en el Código Penal. En consecuencia, no puede hablarse de una vulneración del principio de legalidad penal, por la imposición de una pena no prevista legalmente.

Cuestión distinta es que el recurrente no esté conforme con el alcance y la motivación de los efectos de la pena impuesta, lo que se abordará en el apartado siguiente.

7.6.3.3. La individualización de la pena impuesta.

La demanda discute la concreta individualización de la pena impuesta, por diversos motivos, en los que se entremezcla la alegada vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE). Al margen del concreto nexo con uno u otro precepto constitucional, las invocaciones planteadas por el recurrente se centran, básicamente, en dos quejas: en primer lugar, la falta de una relación entre el cargo sobre el que recae la pena de inhabilitación y los hechos objeto de condena; en segundo lugar, la ausencia de analogía entre los diversos cargos que integran la condena impuesta.

El análisis de estas alegaciones debe partir de la base de la suficiencia y razonabilidad de la motivación expuesta en las resoluciones impugnadas. La reseña de su contenido pone de manifiesto que la sala de enjuiciamiento y la de casación han expresado las razones por las que

se ha considerado procedente imponer las penas correspondientes, tanto en su tipología como en su duración y/o cuantía. Pero, también, en cuanto al alcance de la pena de inhabilitación especial, como seguidamente veremos.

Lo primero que conviene resaltar es que el art. 42 CP solo exige que, en la sentencia condenatoria, “habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”. Esta exigencia es coherente con las diferencias existentes entre esta pena y las de inhabilitación absoluta o inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo que, como ya se expuso, se refieren a cualquier cargo público. Sin embargo, una cosa es que la sentencia deba indicar los cargos sobre los que recae y otra distinta es que estos cargos hayan de guardar “relación directa” con el delito cometido. Esto solo se exige en el caso de que la pena de inhabilitación se imponga como accesoria, según se establece en el art. 56.1.3º CP, precepto que impone una determinación “expresa” de esa “vinculación” en la sentencia condenatoria.

Aclarado este extremo, la sala de enjuiciamiento, como se ha descrito, considera que la pena de inhabilitación especial debe abarcar los cargos públicos “de gobierno” y “electivo”, porque de ese tipo de responsabilidades públicas “se sirvió el acusado para la comisión del delito”. Por su parte, la sala de casación abunda en esta idea, con remisión a la STS 722/2018, de 23 de enero (FJ 13) que, a su vez, acude a la STS 259/2015, de 30 de abril, para entender que la condena a la pena de inhabilitación puede hacerse extensible a los cargos de gobierno local, autonómico y nacional, así como a los cargos electivos de ámbito local, autonómico, estatal y europeo. Damos aquí por reproducidos esos argumentos, ya reseñados.

El recurrente, por el contrario, considera que no se puede establecer esa similitud, citando unos precedentes que, tras su análisis, no pueden entenderse como necesariamente aplicables a este supuesto. Así, el auto del TS (Sala Penal) de 23 de abril de 2008, dictado como aclaración a la STS 687/2008, de 8 de abril, venía referido a un delito de desobediencia contra una resolución judicial, cometido en el ámbito del ejercicio de una función gubernativa de un órgano parlamentario, en concreto, de la mesa de un parlamento autonómico. Por su parte, la STS 597/2014, de 30 de julio se refería a un delito de prevaricación administrativa cometido en el ejercicio de las funciones de alcalde por quien, a su vez, ostentaba también la condición de senador. Como se puede ver, se trata de supuestos sustancialmente distintos.

En este caso, se puede apreciar la relación existente entre el hecho delictivo cometido y los cargos objeto de condena, así como de estos entre sí. Nos encontramos ante un presidente de una Comunidad Autónoma que, según dispone el art. 67.2 EAC, solo puede ser elegido “de entre” los miembros del Parlamento de Cataluña. Se trata, por tanto, de cargos que guardan una íntima relación entre sí, hasta el punto de que el cargo gubernativo no puede existir sin el previo cargo

representativo en el órgano legislativo. Además, el delito fue cometido en su condición de autoridad gubernativa autonómica, pero en el marco de un proceso electoral de ámbito estatal. Con ello confluyen, tanto las funciones ejecutivas y legislativas, como diversos niveles territoriales.

La analogía entre todos ellos, a los efectos de determinar el alcance de la pena de inhabilitación, se concreta en su común naturaleza derivada de su fuente democrática de legitimación. Una vez más, debemos recordar que el hecho delictivo fue cometido en el marco de un proceso electoral, por incumplimiento de los acuerdos tendentes a garantizar la efectividad del principio de neutralidad que todos los poderes públicos deben respetar en todo momento, y especialmente en los periodos de tiempo en que la sociedad elige a sus representantes. Con ello se trata de mantener los elementos esenciales del Estado democrático. El principio de confianza en el sistema institucional, que es la base de la legitimación social de la democracia, se vería seriamente comprometido si se permitiera el mantenimiento o la obtención de un cargo gubernativo o electivo a quien no respeta las reglas más básicas de un proceso electoral, de cualquier ámbito o naturaleza. Como se indicaba en la STC 151/1999, de 14 de septiembre (FJ 3), en relación con un supuesto de invocación del art. 23.2 CE, quien “no ha sabido cumplir con las reglas (...) de la neutralidad (...) en la gestión (...), difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza para otro [cargo, en el que] participaría en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político al más alto nivel”.

Por lo tanto, las circunstancias concurrentes abonan la razonabilidad de los fundamentos por los que se ha fijado ese alcance a la pena de inhabilitación impuesta al recurrente, lo que conduce a la desestimación de este motivo.

8. El planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este apartado se abordarán, finalmente, las alegaciones del recurrente sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. El examen de las pretensiones requiere una previa delimitación sistemática, derivada del esquema argumental expuesto en la demanda. Así, en primer lugar, se analizarán las alegaciones del recurrente sobre la falta de planteamiento de las cuestiones prejudiciales por parte de los órganos judiciales de instancia. Y, en segundo lugar, se examinarían, en caso necesario, las cuestiones prejudiciales interesadas ante este Tribunal.

8.1. Pretensiones de las partes.

8.1.1. La negativa de los órganos judiciales al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En la demanda se denuncia el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 267.3 TFUE, al considerar que se daban las circunstancias para plantear una cuestión prejudicial ante el tribunal europeo. En el proceso de origen solo se ha dado respuesta a las solicitudes relacionadas con la imparcialidad judicial, pero no a las relativas al derecho sustantivo. Más en concreto, y a la vista de la STJUE de 6 de octubre de 2015 (caso *Delvigne*), no se ha respondido a la posible compatibilidad de la condena de inhabilitación finalmente impuesta con los arts. 39.2 y 49 CDFUE, lo que ha vulnerado, según el recurrente, su derecho a una resolución motivada, a un proceso con todas las garantías, así como al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Del mismo modo, solicita de este Tribunal que eleve una cuestión prejudicial sobre si la doctrina expuesta en la STC 37/2019, de 26 de marzo, es compatible con los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la UE, al otorgar mayor intensidad al control de la motivación de una resolución judicial cuando inaplica una norma interna que cuando lo hace con otra del ordenamiento jurídico de la UE.

El Ministerio Fiscal comienza sus alegaciones en este punto resaltando el cambio de planteamiento mantenido por el recurrente en la tramitación del procedimiento judicial de origen, en relación con la demanda de amparo.

Así, ante la sala de enjuiciamiento del TSJC se plantearon cinco cuestiones prejudiciales. Tres de ellas relativas a la imparcialidad judicial, otra sobre los arts. 402 y 412 CP y la quinta sobre la posible contradicción de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos de ámbito europeo con el Derecho de la UE.

Sin embargo, en el segundo motivo del recurso de casación se denunció, conforme a lo dispuesto en el art. 24 CE, en relación con los arts. 4.bis.2 y 5.4 LOPJ, la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad del derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, por la falta de tramitación (y resolución) por parte del TSJC de su petición de planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Se trataba, por tanto, de un problema de naturaleza procesal.

En el motivo de amparo que ahora se está analizando se hace un enfoque diferente. Se omite toda referencia a los arts. 402 y 412 CP; se admite que la sentencia del TS dio respuesta a las cuestiones relativas a la imparcialidad judicial; y se añade la referencia a la pena de inhabilitación

especial para el ejercicio de cargos electorales locales. Es decir, el motivo de amparo va más allá de lo que pretendía el correlativo motivo de casación.

Todo ello determina, para el fiscal, que la demanda deba ser desestimada en este extremo. Además de la extensa contestación ofrecida por el TS a la problemática de la imparcialidad judicial, el rechazo de los motivos séptimo y octavo del recurso de casación ha de entenderse como la desestimación de la cuestión relativa a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos de ámbito local y europeo. Por lo tanto, con cita y reseña parcial de la STC 135/2017, de 22 de noviembre (FJ 3), el fiscal considera que la sentencia del TS contiene una argumentación verdaderamente completa sobre las cuestiones planteadas, dando adecuado cumplimiento a la doctrina constitucional de motivar debidamente la decisión de no plantear las cuestiones prejudiciales.

Por su parte, el partido político Vox considera que el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE era innecesario, toda vez que no existía ninguna duda sobre la interpretación del Derecho de la UE que pudiera condicionar la aplicación de una disposición interna que resultara esencial para resolver el recurso de casación. En consecuencia, no se puede invocar una vulneración de un derecho fundamental por la inadmisión procedente de una cuestión prejudicial. Cita, en apoyo de su pretensión, la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto C-136/2012), y las SSTC 58/2004, de 19 de abril y 212/2014, de 18 de diciembre.

8.1.2. Las cuestiones prejudiciales planteadas ante este Tribunal.

La demanda considera que este Tribunal, “en caso de que decida no estimar directamente la demanda por albergar dudas sobre la validez, vigencia, alcance o interpretación del Derecho de la Unión Europea aplicable al presente recurso de amparo, en su condición de última instancia en materia de garantías constitucionales, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, viene obligado a plantear la cuestión prejudicial” al TJUE, “por hallarnos en un ámbito material en que resulta de aplicación el Derecho de la Unión”, conforme a la doctrina expuesta en la STJUE de 6 de octubre de 1982 en el asunto *Cilfit*.

Como se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, el recurrente plantea hasta cinco cuestiones prejudiciales, a cuyo tenor literal nos remitimos. Cada una de ellas contiene una justificación que, en lo esencial, se puede resumir de la siguiente manera.

Las tres primeras cuestiones versan sobre la compatibilidad con el art. 47 CDFUE, en relación con el art. 19.1 TUE, de las circunstancias que rodearon al sistema de designación y a la actuación del magistrado instructor, así como a las manifestaciones públicas del Presidente de la sala

de enjuiciamiento y de uno de sus integrantes. La demanda considera aplicable lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/343 y, en consecuencia, la sujeción de este procedimiento al Derecho de la UE y la consiguiente obligación de plantear la cuestión prejudicial. Para ello, reitera los argumentos ya expuestos al abordar las alegaciones sobre la vulneración del derecho a un juez imparcial, en sus respectivos casos, con cita y apoyo de la STJUE de 5 de noviembre de 2019 (asunto *Comisión Europea c. Polonia*).

La cuestión cuarta se refiere a la compatibilidad con el art. 49.1 CDFUE, en relación con el art. 39.2 CDFUE, de lo que considera como un cambio jurisprudencial imprevisible sobre la competencia de la JEC y su carácter de órgano superior. La demanda considera que la pena impuesta afecta al derecho de sufragio pasivo para las elecciones europeas (art. 39.2 CDFUE), tal y como ha sido declarado por la STJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto *Delvigne*). Por lo tanto, resulta aplicable el Derecho de la UE y la consiguiente exigencia de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE. Como fundamento de su pretensión reitera los argumentos ya expuestos al analizar las invocaciones sobre la vulneración del principio de legalidad penal, y más en concreto, las STS (Sala Tercera) de 6 de mayo de 2013, y las SSTS (Sala Segunda) de 24 de septiembre de 1990, 25 de febrero de 1997 y 14 de julio de 2006.

Finalmente, la quinta cuestión está relacionada con la posible compatibilidad con el art. 49.3 CDFUE, en relación con los arts. 39.2, 20, 21 y 52.1 CDFUE, de la proporcionalidad de la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargo público europeo, impuesta por unos hechos que no constituyen delito grave. En su fundamentación se remite a las alegaciones formuladas sobre la vulneración de los principios de legalidad penal y de igualdad.

El Ministerio Fiscal se opone al planteamiento de las cinco cuestiones prejudiciales ya reseñadas porque, a su juicio, se trata de cuestiones meramente valorativas que habrían de recaer -sobre todo- sobre circunstancias fácticas, y que ya han sido rechazadas por los órganos judiciales en términos constitucionalmente correctos.

8.2 *La respuesta de los órganos judiciales*

La sentencia de casación aborda las alegaciones del recurrente sobre el planteamiento de las cuestiones prejudiciales desde una doble perspectiva, de forma y de fondo.

En cuanto a la cuestión de forma, el TS considera razonable la respuesta ofrecida por la sala de enjuiciamiento, que inadmitió *in voce* la pretensión por extemporánea, al haberse planteado una vez finalizados los informes orales finales, con la consiguiente posible indefensión para el resto de las partes. A ello contribuye el hecho de que las normas procesales no establezcan un momento

concreto para formular este tipo de pretensiones, lo que permite interpretar que sean “más adecuadas aquellas fases procesales en que ello sea posible sin afectación de aquellos derechos, como serían el trámite de cuestiones previas -máxime en el presente caso en el que se articularon algunas de ellas denunciando la pérdida de imparcialidad del instructor y del tribunal-, o al elevar las conclusiones a definitivas”.

No obstante, el TS admite que, precisamente por la falta de previsión legal, caben otras interpretaciones, por lo que aborda la cuestión de fondo. De esta forma, se supera la posible vulneración alegada por el recurrente, sobre la falta de respuesta a las cuestiones planteadas.

En efecto, el fundamento jurídico segundo de la sentencia de casación analiza exhaustivamente si “en el caso concreto resultaba necesario para la estricta resolución del caso la disipación de alguna duda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la correspondiente cuestión prejudicial”. Para ello, expone los principios generales que regulan las relaciones entre el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, es decir, la “integración”, el “efecto directo” y la “primacía”. A continuación, con cita y reseña parcial de las SSTJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, caso *Melloni*) y de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-112/13), el TS aborda el estudio del art. 267 TFUE, que regula la cuestión prejudicial ante el TJUE. Para la Sala Segunda, “el fundamento de la cuestión prejudicial y, por tanto, de la obligación de plantearla no es que el órgano jurisdiccional deba aplicar una norma del Derecho de la Unión, sino que el órgano jurisdiccional tenga una duda sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión que deba aplicar en el litigio concreto”. Por lo tanto, con cita de la STJUE de 18 de julio de 2013 (asunto C-136/12) y de las SSTC 58/2004 y 212/2014, “ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita. En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial, al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento”. En este punto, con cita de la STEDH de 8 de abril de 2014 (asunto *Dhahbi c. Italia*) y de la STJUE de 6 de octubre de 1982 (asunto *Cilfit*), el TS entiende que “antes de acudir en vía prejudicial al Tribunal de Justicia las jurisdicciones de los países de la UE tienen que examinar si la cuestión es necesaria para dirimir el proceso interno (artículos 267 del TFUE y 94 del RPTJ) o, lo que es lo mismo, han de llevar a cabo lo que se ha convenido en llamar el juicio de relevancia, esto es, el examen referido a si la

respuesta a la cuestión prejudicial pueda condicionar el resultado del litigio nacional. En este sentido, no es relevante si la cuestión no es pertinente, lo que sucede cuando el Derecho de la UE es manifiestamente inaplicable a la causa porque debe resolverse sobre la base del derecho nacional o internacional, o cuando el objeto de la cuestión prejudicial no sea realmente la determinación del significado o la apreciación de validez de una norma comunitaria sino, más bien, de una norma nacional o internacional”. Por otro lado, la Sala Segunda considera necesario que “existan dudas razonables acerca de la interpretación o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada al caso de autos, lo que no ocurre cuando la respuesta a la pregunta planteada se desprende con claridad de las normas comunitarias en sí mismas consideradas (acto claro) o cuando existe una jurisprudencia comunitaria diáfana sobre ellas, dictada en vía prejudicial o en el marco de otros procedimientos (acto aclarado)”.

Una vez expuesta la doctrina anterior, el TS concluye que “la imparcialidad de los Magistrados resulta evidente y clara de forma -acto claro- en que debe interpretarse tal concepto. No concurre uno de los presupuestos: que el órgano judicial albergue dudas sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión por no ser clara. La interpretación de una norma comunitaria no impone al tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Solo si al aplicarla surge la duda se activa la necesidad de elevar la cuestión prejudicial, en particular si se trata del órgano jurisdiccional de última instancia, en el sentido que lo describe el art. 267 TFUE. Lo que no es el caso, tal como se ha razonado en el motivo primero”.

8.3 La doctrina constitucional sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la relevancia de la decisión judicial de plantear o no una cuestión prejudicial ante el TJUE, desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

Desde las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 194/2006, de 19 de junio, pasando por la STC 212/2014, de 18 de diciembre, este Tribunal ha ido conformando una doctrina que, con alguna excepción (STC 78/2010, de 20 de octubre), se ha consolidado en la STC 232/2015, de 5 de noviembre (FJ 4), en la que se sistematizó un criterio de “doble canon de enjuiciamiento”. Así, por un lado, el “general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende (...) el derecho a obtener (...) una resolución motivada y fundada en Derecho”, y por otro, el “canon más específico del derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan ‘conforme al sistema de fuentes establecido’”.

Esta evolución jurisprudencial se fue desarrollando en la STC 135/2017, de 22 de noviembre, que, en relación con la posible afectación de los derechos a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley, declara lo siguiente:

“La decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea corresponde de forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial que resuelve el litigio (SSTC 180/1993, de 31 de mayo FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre FJ 2, y 203/1996, de 9 de diciembre FJ 2). No existe vulneración alguna de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima en una resolución razonada y fundada en Derecho, no incurso en manifiesta irrazonabilidad o en arbitrariedad, que no cabe plantear dicha cuestión.

En este sentido, la presencia de normas de Derecho de la Unión no altera el canon de constitucionalidad establecido con carácter general para las decisiones judiciales que efectúan una interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto. Cuando se trate de dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de derecho de la Unión europea o su aplicación en relación con los hechos enjuiciados en el litigio y el órgano judicial decida no plantear consulta, es constitucionalmente determinante que ello se haga mediante una exégesis racional del ordenamiento y, por tanto, no sea fruto de un error patente o de la arbitrariedad (SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 6; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).

El Tribunal Constitucional ha excluido en todo caso que la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial lesione el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) en cuanto exigencia de que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial. El hecho de no plantear una cuestión prejudicial queda extramuros del contenido del mencionado derecho fundamental (SSTC 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 5, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 5), pues el juez nacional es también juez del Derecho europeo.

Como el no planteamiento de cuestión prejudicial no vulnera *per se* el derecho a la tutela judicial efectiva debe concluirse que el control constitucional debe limitarse a la expresión de la motivación que da un Tribunal ante la pretensión de la parte a la presentación de la cuestión prejudicial (art. 24.1 CE). Es decir, no hay un derecho de la parte en un proceso al planteamiento de la cuestión prejudicial pero el Tribunal, ante la puesta de manifiesto de la necesidad u oportunidad de la misma, debe motivar suficientemente su opción. Y ello sería, en principio, englobable dentro del canon general de control externo de la motivación de las resoluciones judiciales (STC 27/2013, de 11 de febrero). No se exige, pues, un canon constitucional reforzado para fundamentar en Derecho la negativa de un órgano jurisdiccional a presentar una cuestión prejudicial de interpretación (en este sentido, STC 27/2013)” [STC 135/2017, de 22 de noviembre, (FJ 3)].

El traslado de ese doble canon de enjuiciamiento al planteamiento de una cuestión prejudicial se plasmó de forma decisiva en la STC 37/2019, de 26 de marzo (FJ 4), que se pronunció en los siguientes términos:

“a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una ‘duda objetiva, clara y terminante’ sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14); b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del ‘acto aclarado’, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que ‘la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo’ (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, ‘dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE’ [STC 232/2015, FJ 5 b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del ‘acto aclarado’, también hemos dicho que ‘corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva’ [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de la anterior STC145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2]”.

8.4 *La aplicación de la doctrina de este Tribunal al caso enjuiciado.*

8.4.1 Las vulneraciones alegadas por el recurrente sobre el no planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos de instancia.

La demanda considera que las resoluciones impugnadas han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada, así como al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En relación con el primero de ellos, y de conformidad con nuestra doctrina, puede descartarse que se haya producido lesión alguna de este derecho. La sentencia de casación ofreció una respuesta suficiente y razonable a las alegaciones del recurrente. Para la Sala Segunda, no existía duda alguna que justificase el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. La decisión de no plantear la cuestión no puede considerarse como ilógica, arbitraria o incurra en error patente.

Es cierto, como señala el recurrente, que el TS no responde expresamente a la solicitud de planteamiento de una cuestión prejudicial en relación con el principio de legalidad penal. Pero, como acertadamente expone el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un supuesto de “desestimación tácita cuya motivación pued[e] inducirse del conjunto de los razonamientos de la resolución” (STC 7/2021, de 25 de enero, FJ3). El rechazo de las vulneraciones alegadas sobre el derecho al juez imparcial (FJ 1) y el principio de legalidad penal (FFJJ 7 y 8), implicaba la inexistencia de riesgo alguno de una posible colisión con los arts. 47 y 49 CDFUE, que fuera necesario aclarar mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial. Por lo tanto, los motivos por los que no se promovió la cuestión fluyen de manera evidente.

En lo relativo al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, tampoco puede afirmarse que se haya provocado su vulneración. El hecho de que no se haya planteado la cuestión prejudicial no supone que se haya obviado la competencia del TJUE, ya que su intervención solo es preceptiva cuando concurra el supuesto contemplado en el art. 267 TFUE, lo que se consideró improcedente por la sala de casación. En cualquier caso, conforme a nuestra doctrina, el juez nacional es también juez del Derecho europeo. Como recuerda la STJUE de 5 de noviembre de 2019 (asunto C-192/18), “el artículo 19 TUE (...) confía a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión” (párrafo 98). Los órganos judiciales nacionales que han intervenido en este proceso están

investidos de los presupuestos de legalidad, jurisdicción y competencia, por lo que colman el contenido esencial de ese derecho, tal y como fue declarado tempranamente por este Tribunal en su STC 47/1983, de 31 de mayo (FJ 2).

Finalmente, por lo que se refiere al derecho a un proceso con todas las garantías, no se observa una alteración del sistema de fuentes establecido.

En efecto, los órganos de instancia han aplicado la norma penal vigente en el Derecho interno, sin que existiera duda alguna sobre una posible incompatibilidad con el Derecho de la UE y, más en concreto, con los preceptos de la CDFUE. Como se ha expuesto, descartada la vulneración de los derechos al juez imparcial y al principio de legalidad penal, ninguna controversia podía suscitarse sobre la correlativa vulneración de esos mismos derechos reconocidos en los arts. 47 y 49 CDFUE. La resolución del TS, como órgano de última instancia, resultó suficientemente motivada, en cumplimiento de la exigencia contenida, entre otras, en las SSTEDH de 20 de septiembre de 2011 (asunto *Ullens de Schooten and Rezabek c. Bélgica*), 8 de abril de 2014 (asunto *Dhabi c. Italia*) y 13 de febrero de 2020 (asunto *Sanofi Pasteur c. Francia*).

El recurrente invoca la STJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto *Delvigne c. Francia*), para señalar la necesidad de plantear la cuestión prejudicial a fin de resolver la duda sobre la compatibilidad entre la pena de inhabilitación especial que le ha sido impuesta y el Derecho de la UE, por afectar a su derecho de sufragio pasivo a las elecciones al parlamento europeo.

Lo primero que conviene señalar es que esa sentencia se refiere a una pena de privación del derecho de sufragio activo que, como es conocido, no encuentra reflejo en nuestro derecho penal. Esa sentencia afirma que “la privación del derecho de sufragio activo (...) constituye una limitación del ejercicio del derecho garantizado en el artículo 39, apartado 2, de la Carta” (párrafo 45). No obstante, se recuerda que “el artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos (...) siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten [su] contenido esencial (...) y, observando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. En el caso concreto, la sentencia consideró que concurrían los requisitos necesarios para limitar ese derecho. La pena estaba prevista en la legislación vigente del Estado miembro. Además, se entendió que la limitación respetaba el contenido esencial del derecho, en el sentido de que “no pone en entredicho el referido derecho como tal, puesto que supone excluir a algunas personas, en determinadas circunstancias y debido a su comportamiento, de entre los titulares del derecho (...)” (párrafo 48). Finalmente, la medida resultaba “proporcionada, dado que toma en consideración la naturaleza y gravedad del delito cometido y la duración de la pena” (párrafo

49). En aquel caso, se trataba de una pena de prisión, y la privación del derecho de sufragio activo tenía carácter indefinido.

En el supuesto que nos ocupa, la condena del recurrente no afecta a su derecho de sufragio activo, sino al derecho de sufragio pasivo. La diferencia no resulta en modo alguno irrelevante. A pesar de que ambos derechos aparecen reconocidos en el art. 39.1 CDFUE, su regulación en el Derecho de la UE presenta alguna diferencia sustancial, hasta el punto de que no puede considerarse “materialmente idéntica”, en la terminología empleada por la STJUE de 6 de octubre de 1982 (asunto *Cilfit*). Conforme a los criterios expuestos en esta resolución y asumidos por este Tribunal en la citada STC 37/2019, el derecho de sufragio pasivo ha sido objeto de varias resoluciones del TJUE, de forma que, en realidad, nos encontramos ante uno de los supuestos de “acto aclarado” recogido en la STJUE *Cilfit*, es decir, cuando existe “jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas” (parágrafo 14).

En efecto, un enfoque adecuado de la controversia planteada debe partir de la base de que, como recuerda la STJUE de 10 de julio de 2014 (asunto C-198/13), “las disposiciones [de la CDFUE], en virtud de su artículo 51, apartado 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión” (parágrafo 32), y que “el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias no puede integrarla en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión y originar por ello la aplicabilidad de la Carta” (parágrafo 36). Esta doctrina fue reiterada en la STJUE de 19 de noviembre de 2019 (asuntos acumulados C-609/17 y C-610/17, en su parágrafo 46). En el mismo sentido, la aplicación del art. 51.1 CDFUE “presupone la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra’, a cuyo efecto se habría de tener en cuenta ‘si la finalidad de la norma nacional controvertida es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa norma, si esta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar’ (STJUE de 22 de enero de 2020, asunto *Baldonado Martín c. Ayuntamiento de Madrid*, C-177/18, § 58 y 59, con cita de otros pronunciamientos en el mismo sentido)” de manera que “no procede plantear [una cuestión prejudicial cuando la interpretación del Derecho de la UE no tenga] relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal (SSTJUE, entre otras, de 4 de diciembre de 2018, asunto *Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda*

Síochána c. Workplace Relations Commission, C-378/17, § 27, y de 17 de octubre de 2019; asunto *Caseificio Cirigliana Srl. y otros c. Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali y otros*, C-569/18, § 24) [STC 97/2020, de 21 de julio, FJ 5].

Sentado lo anterior, la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-502/19) recordó que los arts. 8.1 y 12 del Acta electoral aprobada en fecha 20 de septiembre de 1976, establecen que “el procedimiento electoral [europeo] se regirá, en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales” (parágrafo 68), limitándose el Parlamento europeo a “tomar nota” de los resultados oficialmente proclamados por los Estados miembros (parágrafo 69). Esto implica, por un lado, que las competencias “para regular el procedimiento electoral y para proceder, al término de este (...), a la proclamación oficial de los resultados” corresponden a cada Estado (parágrafo 69). Y lo mismo ocurre con la competencia “para la anulación del mandato electoral” de un diputado europeo, según se expuso en el parágrafo 60 del Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2020 (asunto T-24/20), por aplicación de lo dispuesto en el art. 13 del Acta electoral. Es decir, los presupuestos y requisitos para ser candidato así como el procedimiento y el sistema de proclamación de electos son competencia de cada Estado.

En el ejercicio de esta competencia estatal, el art. 6.2.b LOREG establece como causa de inelegibilidad la condena “por sentencia, aunque no sea firme, por delitos (...) contra la Administración Pública (...) cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”. Como es conocido, la legislación penal es competencia de los Estados miembros, al no haber sido asumida por la UE, según se deduce de los arts. 4.1 TUE y 67.3 TFUE, *sensu contrario*. Se trata de una competencia que se extiende a la delimitación de las conductas punibles y a la fijación y ejecución de las penas correspondientes. De esta forma, la legislación penal se configura como criterio de delimitación negativa de los requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que, como se ha señalado, son competencia de cada Estado.

En definitiva, la propia doctrina del TJUE es la que determina que los presupuestos y los requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo son competencia de cada Estado, y lo mismo puede decirse respecto de la legislación penal. Por lo tanto, ninguna duda cabía albergar sobre el Derecho aplicable, que era el Derecho español, por lo que el planteamiento de la cuestión prejudicial no era procedente, *ex art. 267 TFUE* [STJUE de 6 de octubre de 1982 (parágrafo 10)].

8.4.2. Sobre el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por este Tribunal Constitucional.

La pretensión del recurrente no puede ser asumida. Tal y como señala el Ministerio Fiscal, las cuestiones planteadas en la demanda no versan sobre dudas de interpretación o validez de las disposiciones de la UE (art. 267 TFUE), sino sobre aspectos fácticos cuya relevancia de constitucionalidad ya ha sido desestimada en los fundamentos jurídicos correspondientes de esta resolución. De hecho, la argumentación en apoyo de su pretensión es idéntica a la ya planteada en los motivos sobre el derecho al juez imparcial y el principio de legalidad penal. Como hemos destacado en el ATC 89/2020, de 9 de septiembre (FJ 2), la pretensión del recurrente no puede prosperar cuando, como aquí ocurre, “no pone en relación (...) una norma de la Unión Europea con una norma nacional, sino con un eventual criterio aplicativo de esta; y, además, se trata de una petición condicionada, pues queda sometida en su enunciado al contenido de los criterios que este Tribunal pueda hipotéticamente tomar en consideración para pronunciarse”. En realidad, de aceptarse el planteamiento de estas cuestiones prejudiciales, se estarían dando por acreditados los supuestos de hecho en los que se basan las alegaciones del recurrente. De esta forma, la cuestión prejudicial se adentraría en lo que, en definitiva, es el propio objeto del recurso, con la consiguiente pérdida de su verdadera naturaleza y finalidad. La cuestión prejudicial dejaría de ser necesaria para resolver este recurso de amparo, porque el recurso ya se habría dado por resuelto con su mera formulación.

El derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) y el principio de legalidad (art. 25.1 CE), han sido interpretados y aplicados en las resoluciones impugnadas conforme a la doctrina de este Tribunal que, a su vez, es perfectamente compatible con los pronunciamientos del TEDH y del TJUE, como integrados en una cultura jurídica común a nivel europeo. Nos remitimos, a estos efectos, a lo expuesto en el apartado anterior así como en los fundamentos jurídicos 2 y 7 de esta resolución. No se ha producido vulneración alguna de estos derechos. Tampoco existe duda alguna sobre el derecho aplicable para resolver este recurso. En consecuencia, nos encontramos ante la ausencia de un presupuesto esencial para la aplicación del art. 267 TFUE, por lo que no procede plantear las cuestiones prejudiciales interesadas en la demanda.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido:

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Joaquim Torra i Pla contra las sentencias núms. 149-2019, de 19 de diciembre, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior

de Justicia de Cataluña, que le condenó como autor responsable de un delito de desobediencia; y, contra la sentencia núm. 477-2020, de 28 de septiembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra aquella.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintitrés de febrero de dos mil veintidós.