



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

INDETERMINADAS NÚM. 12/2020

A U T O num. 13/2020

Presidente:

Excmo. Sr. Jesús M^a Barrientos Pacho

Magistrados:

Ilma. Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués (*Ponente*)

Ilma. Sra. Mercedes Armas Galve

En Barcelona, 24 de febrero de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Las presentes actuaciones se iniciaron el 06/02/2020 tras recibirse en la Secretaría de esta Sala, en fecha 05/02/2020, escrito del Procurador Sr./a Antonio Cárdenas Olivares, en representación del PARTIDO POPULAR, formulando QUERELLA contra D. JOAQUIM TORRA I PLA por presunto delito de usurpación de funciones públicas del art. 402 y siguientes del Código Penal.

Por providencia de 6/02/2020 se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre la competencia de esta Sala así como sobre la admisión a trámite de la querella.

El Ministerio Fiscal realizó el informe correspondiente el 17/02/2020 (anticipado por fax el 14/02/2020) interesando la inadmisión de la querella.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la instrucción y el fallo de las causas penales seguidas contra





miembros del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en virtud de lo dispuesto en los artículos, 73.3.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 70.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, siempre que se trate de delitos cometidos en el territorio de esta Comunidad Autónoma y que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

El querellado es formalmente el Presidente de la Generalitat de Cataluña por lo que es competencia de esta Sala el conocimiento de la querella presentada en su contra aunque lo sea por el delito de usurpación de funciones públicas del art. 402 del Código Penal.

SEGUNDO.- En orden a decidir sobre la admisión de la querella presentada, conviene recordar de antemano que cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión ha dicho que quien ejercita la acción penal en forma de querella no tiene, en el marco del art. 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez o Tribunal en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que, en su caso, inadmite su tramitación, así como que, para que se entienda cumplida esa exigencia, basta que la motivación cumpla la finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo así explícita la interpretación y aplicación del Derecho que se efectúa y permitiendo el eventual control jurisdiccional de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, todo ello independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento si éste permite conocer el motivo decisorio, excluyente de arbitrariedad (STC 148/1987, de 28 de septiembre), sin que, por lo tanto, se exija una contestación pormenorizada de todos y cada uno de los argumentos utilizados en apoyo de la pretensión (ATS, Sala 2ª, de 9 de enero de 2007 -recurso núm. 20274/2006-).

Por otra parte, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, el artículo 313 LECr dispone que no procede la admisión a trámite de una querella cuando los hechos en que se funda no sean constitutivos de delito, teniendo declarado el Tribunal Supremo (Auto de la Sala 2ª de 26-5-2009 y los que en él se citan), que no existe un derecho a que se incoe un proceso penal con la simple presentación de una querella pues *para ello es precisa una inicial valoración jurídica de la misma que*





debe hacerse en función de los términos de la querella, de manera que si éstos, como vienen formulados o afirmados no son delictivos no procede la apertura de la causa penal.

Así, solo si los hechos alegados, en su concreta formulación colman las exigencias de algún tipo penal debe admitirse la querella, sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento.

Cabe concluir este fundamento, recordando que la vía penal es la última *ratio* a través de la cual realizar determinadas reclamaciones consecuencia del principio de intervención mínima que conforma la jurisdicción penal, pues sólo aquellos hechos que lesionan de manera significativa los intereses sociales más básicos merecen ser considerados constitutivos de ilícito penal.

TERCERO.- La presente querella se presenta por el procurador Sr. Antonio Cárdenas Olivares en nombre y representación del Partido Popular.

En lo concerniente a la observancia de las formalidades legales, se han cumplido con la interposición de querella los requisitos que exige el artículo 277 de la LECrim.

Los supuestos fácticos en los que la querella se funda son los siguientes:

1.-El día 3 de enero de 2020, la Junta Electoral Central (JEC) a la vista de la sentencia –todavía no firme- dictada por el TSJCat en fecha 19 de dic 2019 contra el MH Sr. Joaquim Torra i Pla, por delito de desobediencia, aplicó el art. 6.2 b) de la LOREG a cuyo tenor son inelegibles y, en criterio de la Junta, pierden el cargo electo sobrevenidamente :

“Los condenados por sentencia, aunque 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”.

En consecuencia, ordenó la retirada de la credencial como Diputado del Parlamento de Cataluña al MH Sr. Joaquim Torra i Pla.





2.-El querellado interpuso contra dicha resolución recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo (rec. ordinario 8/2020) solicitando la suspensión de la ejecución de la decisión de la JEC. Primero en forma de medidas cautelarísimas y luego como cautelares.

3.-En ambos casos el TS denegó la suspensión del acuerdo de la Junta Electoral.

4.-Este fue ejecutado por el Parlamento de Cataluña en fecha 27 de enero de 2020.

5.-Es un hecho notorio que el querellado no ha cesado en sus funciones de Presidente de la Generalitat, cargo que ejerce en forma ininterrumpida desde que fue elegido por el Parlamento de Cataluña.

Los hechos anteriores vienen acreditados documentalmente en la querella y además son públicos y notorios.

El fundamento de la querella criminal se basa en que, a juicio del querellante, la pérdida de la condición de Diputado del Parlamento de Cataluña a obliga a entender que de forma “automática y ex lege” el querellado perdió también la Presidencia de la Generalitat, no obstante no existir acuerdo alguno de revocación del cargo.

La controversia no radica pues en la existencia de unos determinados hechos, sino en si los mismos pueden ser calificados jurídicamente, siquiera en forma indiciaria, como constitutivos de un delito previsto en el art. 402 del CP que, dentro del título XVIII del CP dedicado a las Falsedades, sanciona con la pena de prisión de uno a tres años *al que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial*.

La respuesta de la Sala ha de ser negativa.

CUARTO.- Mediante Real Decreto 291/2018, de 15 de mayo de 2018, el querellado fue nombrado Presidente de la Generalitat de Cataluña de conformidad con lo dispuesto en los art. 152.1 de la Constitución y 67 de Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). El mismo día fue publicado el nombramiento en el BOE.

El Sr.Torra había sido elegido por el Parlamento de Cataluña en la sesión celebrada los días 12 y 14 de mayo de 2018 conforme al artículo 67.2 del EAC y 4.1 de la ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno.

La norma citada establece que el Presidente o Presidenta de la Generalitat es elegido por el Parlamento de entre sus miembros, según lo establecido en el Estatuto, en el Reglamento del Parlamento y en la presente ley.





Según el art. 5.2. el nombramiento del Presidente o Presidenta de la Generalitat se publica en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya» y tiene efectos a partir de la toma de posesión.

Las causas de cese del Presidente se regulan en el art. 67.7 del EAC a cuyo tenor:

El Presidente o Presidenta de la Generalitat cesa por renovación del Parlamento a consecuencia de unas elecciones, por aprobación de una moción de censura o denegación de una cuestión de confianza, por defunción, por dimisión, por incapacidad permanente, física o mental, reconocida por el Parlamento, que lo inhabilite para el ejercicio del cargo, y por condena penal firme que comporte la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos

Por su parte el art. 7 de la ley 13/2008 establece que:

1. El presidente o presidenta de la Generalidad cesa por las siguientes causas:

- a) Por cambio de legislatura a consecuencia de unas elecciones.*
- b) Por la aprobación de una moción de censura o la denegación de una cuestión de confianza.*
- c) Por dimisión, que debe comunicar por escrito a la presidencia del Parlamento.*
- d) Por incapacidad permanente, física o mental, que lo inhabilite para el ejercicio del cargo, que debe ser solicitada por la mayoría absoluta de los diputados y reconocida por una mayoría de dos tercios.*
- e) Por defunción.*
- f) Por condena penal firme que comporte la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.*

2. En los supuestos a, b y c del apartado 1, el presidente o presidenta de la Generalidad se mantiene en el cargo en funciones hasta que toma posesión del mismo su sucesor o sucesora.

3. En los supuestos d, e y f del apartado 1, el presidente o presidenta de la Generalidad es sustituido interinamente, conforme al artículo 6.2, y la presidencia del Parlamento inicia procedimiento establecido en el artículo 4 para elegir a un nuevo presidente o presidenta de la Generalidad.

Pues bien, ello sentado, no existe el automatismo *ex lege* entre la pérdida sobrevenida de la condición de Diputado y el cese del Presidente de la Generalitat sino que tal cuestión debe ser analizada según afirma la Junta Electoral Central en la resolución de 3/1/2020 (FJ 5 punto sexto) por el propio Parlamento de Cataluña,





cuyas decisiones o inactividad al respecto pueden ser, en su caso, recurridas ante la Jurisdicción constitucional competente.

No existe pues ningún acto jurídico ni del Parlamento de Cataluña ni de ningún Tribunal por el que se haya dispuesto el cese del querellado del cargo de Presidente de la Generalitat.

QUINTO.- La Jurisprudencia del TS, Sala 2ª por todas S. 897/2012 de 14 de nov. exige como requisitos del delito descrito en el art. 402 del CP los siguientes:

a) Que el autor lleve a cabo "actos", en plural, es decir con una cierta persistencia, siquiera mínima, para que la calidad simulada pueda ser tenida por existente en realidad.

b) Los actos cuya ejecución consuma el delito se caracterizan porque cabe predicar de ellos que son "propios" de una autoridad o funcionario. Y propio significa según el Diccionario de la RAE Perteneiente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello.

c) Y además han de concurrir otras dos circunstancias. Una, negativa, de la que depende la antijuridicidad, cual es la de que ese actuar no sea legítimo, es decir que no concorra ningún elemento que autorice a aquella ejecución de tales actos aun cuando el sujeto activo no tenga la cualidad de autoridad o funcionario de la que tales actos son propios. Otra que delimita la condición del sujeto activo del delito y atañe a la forma o modo de ejecución de los actos. En cuanto a lo primero no ser autoridad o funcionario y, en cuanto a lo segundo, que la ejecución de los actos implique atribuirse el carácter oficial que no se ostenta.

d) Esa configuración del presupuesto objetivo del tipo penal implica, en lo subjetivo, que solamente cabe la actuación dolosa, no estando tipificada la modalidad culposa. El sujeto ha de realizar los actos consciente de que se "atribuye" una calidad y de que "no la ostenta", es decir que actúa con consciencia.

Por su parte, la STS, Sala 2ª 590/2016 de 5 de julio dice que:

"El artículo 402 del Código Penal sanciona al que ilegítimamente ejerza actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial. El comportamiento delictivo exige no sólo que el autor realice los actos adecuados a una autoridad o funcionario público con una cierta persistencia como para poder ser tenida como real la calidad que se atribuye, sino que los actos que ejecuten sean los





atribuidos a una autoridad o funcionario por una disposición legal o reglamentaria o que, aún sin estar definidos normativamente como propios, sean de los comúnmente ejecutados por la Autoridad o funcionario público cuya condición se atribuye y que no se tiene, de manera tal que el engaño que sufre el que se relaciona con el falso funcionario está sustentado sobre la actividad "funcionarial" que efectivamente realiza el sujeto activo del delito. Se precisa además que el sujeto efectúe los actos consciente de que se "atribuye" una calidad y de que no la ostenta, es decir, que actúa con conciencia y causando engaño a los demás (SSTS 897/12, de 14 de noviembre y 898/12, de 15 de noviembre); habiéndose declarado que es un delito de mera actividad que no requiere para su consumación un resultado concreto, ni exige siquiera que la persona o personas sobre las que se proyecta la acción típica tome a los autores como auténticos funcionarios públicos, causando engaño a los demás."

Entendemos que en el presente caso, al menos hasta el momento, falta el elemento nuclear del hecho típico que le priva de antijuridicidad, cual es la pérdida de la condición de Presidente de la Generalitat del querellado cuando, según hemos dicho, ni existe una automática previsión legal ni tampoco ningún acto jurídico emitido por órganos competentes que le haya privado de esa condición.

Baste indicar aquí que la interpretación que sostiene la parte querellante en las páginas 11 y 12 de la querella respecto del art 152.1 de la CE o art. 67.2 del EAC con ser plausible no es, evidentemente, la única posible y tampoco hemos hallado doctrina legal al respecto, toda vez que las dos únicas sentencias que se citan en la querella del Tribunal Constitucional, la 10/1983 de 21 de febrero y la STC 289/2006 de 9 de octubre, no se refieren a casos análogos.

En la STC 10/1983 el TC otorgó amparo a quienes se habían visto privados por las autoridades electorales de sus actas de concejales por la decisión del partido político en el que militaban y por el cual se habían presentado a las elecciones, de darles de baja. Dicha sentencia declaró que:

"En su segundo apartado, el art. 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En lo que aquí importa este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicos de cualquier género y no sólo, como el antes considerado, a los titulares de funciones representativas) implica





*también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió **si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos.***”

Por su parte la STC 289/2006 de 9 de octubre trataba de una queja de amparo en la que se denunciaba el quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en una doble dimensión. En primer lugar, por vulneración del principio de intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, al haberse excedido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus facultades de aclaración y en segundo lugar, por resultar la resolución recurrida manifiestamente arbitraria, al carecer de los mínimos fundamentos legales exigibles. En todo caso, la interpretación jurídica que deba darse a los preceptos legales y constitucionales antes citados no corresponde realizarla a la jurisdicción penal que tampoco puede suplir los trámites exigidos por las normas para la destitución del Presidente, por lo que a los efectos pretendidos –admisión a trámite de la querella- resulta indiferente y no procede que entremos en un análisis más profundo de la cuestión.

La ilegitimidad de la actuación para que sea constitutiva de delito, requiere de la evidencia que la persona denunciada carece de toda habilitación para acometer los actos propios de la autoridad cuya condición personal se atribuye, para lo cual habrá que atender a criterios seguros y razonablemente restrictivos.

Es por todo ello que procede acordar, conforme al criterio del Ministerio Fiscal, como se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Civil y Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido:

1/ Declararse competente para el conocimiento de la querella presentada por el Procurador Sr. **Antonio Cárdenas Olivares**, en representación del **PARTIDO POPULAR** contra el **M.H. Sr. JOAQUIM TORRA I PLA**.

2/ INADMITIR A TRÁMITE LA QUERELLA por no ser los hechos constitutivos de delito.

Notifíquese al mencionado Procurador y al Ministerio Fiscal.





Contra esta resolución cabe recurso de súplica en el término de 3 días.

Así lo acuerda la Sala, en prueba de lo cual firman los magistrados que la integran.
Doy fe.

