

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**10020** *Pleno. Sentencia 107/2021, de 13 de mayo de 2021. Recurso de amparo 2670-2017. Promovido por don Francesc Homs i Molist respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de desobediencia. Alegada vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, legalidad penal, segunda instancia y tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la igualdad; supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la prueba: inadmisión parcial del recurso de amparo; denegación de prueba testifical y documental cuya relevancia en términos de defensa no se acredita.*

ECLI:ES:TC:2021:107

El Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por el magistrado por don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado:

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2670-2017, promovido por don Francesc Homs i Molist, representado por el procurador de los tribunales don Ignacio Argos Linares, bajo la dirección de la letrada doña Esther Palmés Bosch, contra el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2017, por el que se desestima el incidente de aclaración interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 177/2017, de 22 de marzo, pronunciada en la causa especial núm. 20249-2016, y se condena al demandante de amparo como autor de un delito de desobediencia del art. 410 del Código penal (CP). Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 25 de mayo de 2017, el procurador de los tribunales don Ignacio Argos Linares, en nombre y representación de don Francesc Homs i Molist, y bajo la dirección de la letrada doña Esther Palmés Bosch, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 177/2017, de 22 de marzo, pronunciada en el seno de la causa especial núm. 20249-2016, condenó al demandante de amparo, como autor de un delito de desobediencia grave cometida por autoridad administrativa (art. 410 CP), a la pena de multa de cinco meses, con una cuota

diaria de doscientos euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas para el caso de impago, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, durante un tiempo de un año y un mes.

Dicha sentencia declaraba como hechos probados los siguientes:

«Con fecha 27 de septiembre de 2014, el "Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña", en su núm. 6715, publicó la Ley 10/2014, 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. En el mismo diario oficial y con la misma fecha se publicó el decreto del presidente de la Generalitat de Cataluña 129-2014, 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña. En esta resolución se convocaba «la consulta sobre el futuro político de Cataluña que tendrá lugar el día 9 de noviembre de 2014» (art. 1). El objeto de la consulta era «[...] conocer la opinión de las personas llamadas a participar sobre el futuro político de Cataluña [...], con la finalidad de que la Generalidad pueda ejercer con pleno conocimiento de causa la iniciativa legal, política e institucional que le corresponde» (art. 2). En la consulta se formularía «[...] una primera pregunta y una segunda pregunta sucesiva, en los términos siguientes: a) ¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado? – Sí – No. En caso afirmativo: b) ¿Quiere que este Estado sea independiente? – Sí – No» (art. 2) y únicamente se podía responder a la pregunta de la letra b) en el caso de haber respondido «sí» a la pregunta de la letra a).

El art. 4 del decreto llamaba a participar en la consulta sobre el futuro político de Cataluña a «[...] las personas que sean mayores de dieciséis años el día de la votación presencial: a) que tengan la condición política de catalanes. Los catalanes residentes en el extranjero que hayan tenido como última vecindad administrativa la catalana y sus descendientes que mantengan la condición política de catalán deben estar previamente inscritos en el registro de catalanes y catalanas residentes en el exterior; b) que sean nacionales de estados miembros de la Unión Europea, inscritos en el registro de población de Cataluña, que acrediten un año de residencia continuada inmediatamente anterior a la convocatoria de la consulta; c) que sean nacionales de terceros estados, inscritos en el registro de población de Cataluña, que acrediten residencia legal durante un periodo continuado de tres años inmediatamente anterior a la convocatoria de la consulta».

Al amparo del art. 161.2 CE el Gobierno de la Nación interpuso recurso de inconstitucionalidad contra [...] la Ley 10/2014, 26 de septiembre. La admisión a trámite del recurso [...] produjo como efecto legal asociado a esa resolución [...] la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados desde el mismo día 29 de septiembre de 2014 para las partes del proceso y desde la publicación de la providencia en el BOE para los terceros. La orden de suspensión alcanzaba «a cuantos actos o resoluciones hayan podido dictarse en aplicación de los mismos [...]».

El Gobierno de la Nación estimó también oportuno impugnar, además de la ley que le servía de aparente cobertura, el acto formal de convocatoria, esto es, el Decreto 129/2014, 27 de septiembre. La impugnación fue admitida a trámite mediante providencia de 29 de septiembre de 2014 que [...] suspendió el decreto y sus anexos desde el 29 de septiembre para las partes del proceso [...].

El procedimiento de impugnación promovido por el Gobierno culminaría con la sentencia del Tribunal Constitucional 32/2015, 25 de febrero. En el fallo de esta sentencia se acordaba «[...] declarar que el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos son inconstitucionales y nulos». En el último párrafo del FJ 3 se afirmaba que «el Decreto 129/2014, al convocar una consulta al amparo de lo establecido en la Ley 10/2014 y, en desarrollo de esta ley, establecer la regulación específica por la que se rige la consulta convocada, vulnera las competencias del Estado en materia de referéndum, al haber convocado un referéndum sin la preceptiva autorización estatal, como exige el art. 149.1.32 CE, y sin seguir los procedimientos y garantías

constitucionalmente exigidos, que, como declara este tribunal en la sentencia 31/2015, de esta misma fecha, solo pueden ser aquellos establecidos por el legislador estatal, que es a quien la Constitución ha encomendado regular el proceso y las garantías electorales (art. 149.1.1 CE en relación con los arts. 23.1 CE, 81.1 CE y 92.3 CE y art. 149.1.32 CE)».

Con anterioridad a que esa sentencia llegara a dictarse y a raíz de la suspensión provisional de la vigencia de las normas cuestionadas [...] el Gobierno de la Generalitat desistió de la convocatoria de la llamada consulta popular no referendaria que autorizaba la Ley 10/2014 y que materializaba el Decreto 129/2014. Sin embargo, como quiera que persistía en la idea de celebrar la referida consulta el día 9 de noviembre de 2014, fecha que anunciaba el decreto suspendido, abandonó la cobertura inicialmente concebida para su celebración y anunció, en su lugar, un proceso de participación ciudadana para la misma fecha. Con tal objeto, el presidente de la Generalitat –no enjuiciado en la presente causa– realizó una comparecencia institucional en la que anunció ante los medios de comunicación la apertura de ese proceso y la fecha en el que este iba a tener lugar.

Al mismo tiempo, con el fin de dar amplia difusión al proceso abierto, el Departament de Governació de la Generalitat de Catalunya encargó la puesta en marcha de una página web denominada *www.participa2014.cat*. El mismo día del anuncio por el presidente de la Generalitat de la convocatoria del proceso, publicó que «el día 9 de noviembre de 2014, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana para que los catalanes y las catalanas y las personas residentes en Cataluña puedan manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña».

A raíz del anuncio, el Gobierno de la Generalitat asumió la iniciativa de distintas actuaciones y procedimientos administrativos dirigidos a hacer realidad la votación anunciada para el día 9 de noviembre. Los trabajos fueron principalmente encomendados a contratistas privados. Conforme a esta idea se desarrollaron las siguientes actividades:

a) Se activó la web institucional a la que ya se ha hecho referencia – *www.participa2014.cat* –, diseñada para hacer posible, entre otras funcionalidades, la inscripción del voluntariado.

b) Se acordó que los institutos públicos de enseñanza secundaria, titularidad de la Generalitat, pusieran a disposición de los responsables del proceso participativo los locales en que pudieran desarrollarse las votaciones.

c) Se encargaron el diseño y la fabricación del material que iba a ser empleado en la votación, organizándose su transporte, reparto y entrega en los distintos locales en los que iba a celebrarse la votación.

d) El Departament de la Presidencia dirigió la contratación de la publicidad institucional. Esta fue encargada, apenas dos días después de la incoación del expediente PR201471109, a la empresa Media Planning Group, S.A. La formalización del encargo está fechada el día 24 de octubre de 2014. El importe facturado por la realización de estos trabajos supuso un gasto de 806 403,52 €.

e) Se contrató la adquisición de 7000 ordenadores portátiles que, previa utilización de un software encargado por la Generalitat, iban a ser utilizados en el cómputo y control del proceso de consulta.

f) Con fecha 29 de octubre de 2014, el Departamento de Governació i Relacions Institucionals interesó los servicios del centro de telecomunicaciones i tecnologies de la informació para el «apoyo al proceso de participación», fijando un presupuesto de 1 201 000 €. La factura se expidió el 3 de noviembre, finalmente por un importe de 698 685,15 €.

Para la ejecución de la encomienda recibida, el centro de telecomunicaciones i tecnologies de la informació seleccionó distintas empresas privadas, con arreglo a acuerdos-marco previamente suscritos. Así, a la empresa T-Systems le fue encargado, con fecha 15 de octubre de 2014, el diseño de programas informáticos con un doble

objeto: a) registro de inscripción de acceso público: crear un registro web para que los voluntarios funcionarios y no funcionarios pudieran registrarse como tales y crear la propia web de consulta; b) registro de asistentes: desarrollar una aplicación para instalar en los ordenadores que serían utilizados el día de la votación. La aplicación tenía dos funcionalidades principales. La primera permitía registrar a quien votaba y comprobar que votaba en la mesa que le correspondía; la segunda hacía posible la extracción y consolidación de los datos obtenidos en los ordenadores que permitiese introducir el recuento de votos y extraer el resultado agregado de la mesa en un formato de presentación predeterminado.

Con fecha 17 de octubre de 2014, la misma empresa recibió como encargo diseñar un «registro de resultados y publicación». Se trataba de ir recibiendo telefónicamente los resultados de las votaciones en las distintas mesas de votación y proceder a su inmediato tratamiento informático mediante una web interna de la Generalitat que, con el desarrollo de distintos criterios de cribado, iba a permitir el recuento y sistematización de los resultados agregados, porcentajes, distribución geográfica, etc.

En la búsqueda del mismo objetivo, el Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació (CTTI) contrató con T-Systems para el fin de semana del 9 de noviembre, un servicio de apoyo veinticuatro horas al día, que también incluía adicionalmente un servicio de apoyo a los técnicos que habían participado en el desarrollo de los programas.

La recepción de los ordenadores portátiles que iban a ser adquiridos por el Departamento de Ensenyament fue encomendada a la empresa Fujitsu, a la que también fue encargada la instalación de los programas desarrollados por T-Systems, la distribución de las unidades en los distintos centros de votación, el acondicionamiento de un *call center* en el propio CTTI para el día de la votación, ciertas tareas de apoyo remoto y presencial y, finalmente, la recogida ulterior de los portátiles una vez finalizada la jornada. También asumió el borrado del contenido de los ordenadores superada la fecha prevista para su utilización.

Para hacer posible la votación, el 27 de octubre de 2014 el Departament de Presidència, encabezado por el acusado don Francesc Homs, y el Institut d'Estadística de Catalunya [...] firmaron un convenio de colaboración en el que se autorizaba al departamento de Presidència para que tuviera acceso al registro de población a los efectos de crear una base de datos temporal cuya cláusula de vigencia (pacto 6) se decía que permanecería en vigor «por el tiempo indispensable para transmitir la información básica y general del proceso de participación descrito que se abre el día 9 de noviembre de 2014 [...]». En el pacto tercero del convenio se especificaba que los datos se utilizarían «únicamente para transmitir una carta del Muy Honorable Presidente Artur Mas Gavarró a los destinatarios indicados, con información básica del proceso de participación referenciado que se abre el día 9 de noviembre de 2014». Como destinatarios de la información se señalaba a los «vecinos inscritos en los padrones municipales de habitantes de todos los ayuntamientos de Cataluña que sean mayores de dieciséis años el día 9 de noviembre de 2014». El fichero temporal fue efectivamente creado y luego cedido a la mercantil Unipost (empresa de mensajería a la que se encargó la distribución de la información), a través de un encargo de tratamiento de datos, previa autorización de subencargo por parte del departamento de Presidència.

Para el urgente envío de la información que hiciera posible la participación ciudadana, el 31 de octubre de 2014 la Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat remitió a la mercantil Unipost, especializada en servicios de mensajería, una invitación para participar en la licitación para la prestación de los servicios destinados a la ejecución de una «operativa institucional de transmisión de una información de interés ciudadano por imperiosa urgencia». La información a repartir consistía en una carta con el membrete oficial de la Generalitat en que se exhortaba a los ciudadanos a participar en la consulta del 9 de noviembre siguiente, citando la página web [www.participa2014.cat](http://www.participa2014.cat) como fuente de información.

El departamento de Presidencia cedió a Unipost el fichero temporal de datos que se había creado a efectos de contener los destinatarios de la información a distribuir. El reparto de la correspondencia se inició el día 3 de noviembre de 2014 y siguió en los posteriores hasta completar la efectiva distribución de la correspondencia.

El 27 de octubre de 2014 el Departament de Governació solicitó a la compañía aseguradora Axa un suplemento de la póliza de seguro de accidentes que el Departament d'Economia i Coneixement tiene contratada para el personal de la Generalitat de Catalunya. El suplemento se solicitó para los voluntarios del proceso participativo: 1317 personas voluntarias que trabajarían los días 9 y 10 de noviembre, y más de 25 000 voluntarios que trabajarían exclusivamente el día 9 de noviembre. El suplemento fue expedido el día 4 de noviembre.

El 31 de octubre de 2014, puestas en marcha las iniciativas que acaban de ser descritas en el marco del llamado proceso de participación ciudadana, el Gobierno de la Nación presentó ante el Tribunal Constitucional una «impugnación de disposiciones autonómicas y, subsidiariamente, un conflicto positivo de competencia» contra «[...] las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web [participa2014.cat/es/index.html](http://participa2014.cat/es/index.html), y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta».

El «Boletín Oficial del Estado» publicó con fecha 5 de noviembre de 2014 la providencia del Tribunal Constitucional dictada el día anterior, mediante la que resolvió admitir a trámite la impugnación, acordando al mismo tiempo la suspensión de los actos impugnados desde el 31 de octubre de 2014 para las partes del proceso y desde su publicación en el BOE para los terceros, así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

El tenor literal de la providencia de 4 de noviembre de 2014 era el siguiente: «El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda:

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

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

3. Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el tribunal

ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC). De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

4. Comunicar al presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia.
5. Publicar la incoación de la impugnación en el "Boletín Oficial del Estado" y en el "Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya".  
[...]».

La providencia transcrita, en la que junto a la admisión a trámite del recurso promovido por el Gobierno de la Nación se acordaba la suspensión de las actuaciones impugnadas, fue publicada el día 5 de noviembre de 2014 y tuvo entrada en el registro oficial de la Generalitat el día 6 de noviembre. Además de la anotación formal en el registro, el mismo día 4 el presidente del Tribunal Constitucional remitió por correo electrónico comunicación en la que ponía en conocimiento del presidente de la Generalitat, adjuntando el archivo correspondiente, la existencia misma de esa resolución y una carta personal. El mensaje de correo electrónico fue remitido desde Presidencia del Tribunal Constitucional a las 13:19 horas del día 4 de noviembre a la Subdirección General de Cuestiones Constitucionales del Gabinete Jurídico de la Generalitat, del departamento de Presidencia. Desde dicha subdirección general se acusó expresamente la recepción del correo y la documentación adjunta mediante correo electrónico de su titular enviado a las 13:47 horas.

El proceso de notificación de la citada providencia fue coincidente con la celebración por el Ejecutivo de la Generalitat de una sesión formal de Gobierno el mismo día 4 de noviembre. En esa reunión se acordó formular recurso de súplica contra la providencia, con subsidiaria petición de aclaración. De acuerdo con esa decisión, el servicio jurídico de la Generalitat promovió el correspondiente recurso con la subsidiaria solicitud de aclaración. En el cuerpo argumental de ese recurso la Generalitat solicitaba del Tribunal Constitucional una decisión rápida, pues «[...] si el Tribunal Constitucional no resuelve inmediatamente, tal omisión causará indefensión al haberse dejado pasar la fecha del 9 de noviembre para la que se ha convocado el proceso participativo sin que este haya podido celebrarse» (encabezamiento del punto 6). De forma correlativa, en el *petitum* del recurso se solicitaba que se tuviera por formulado recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre y sea dejada sin efecto de modo que «[...] pueda celebrarse el día 9 de noviembre el proceso participativo convocado sobre el futuro político de Cataluña».

El recurso formalizado, carente de efectos suspensivos, fue resuelto y desestimado por el Tribunal Constitucional mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2014.

En aquellas fechas el acusado don Francesc Homs i Molist formaba parte del Gobierno de la Generalitat, en su condición de consejero de la Presidencia y portavoz. Era el máximo responsable de los servicios jurídicos, así como de la coordinación interdepartamental y encargado de la publicidad institucional. En esa condición, como parte integrante de una estrategia de desatención y rechazo al mandato del Tribunal Constitucional –que había acordado la suspensión de las actuaciones impugnadas por el Gobierno de la Nación–, omitió toda orden que habría permitido paralizar el proceso e impulsó actuaciones que contribuyeron de forma decisiva a su realización. La aportación del acusado fue solo una parte de una acción concertada en la que pudieron tener participación otros responsables gubernamentales no aforados a esta Sala y que, por tanto, no son objeto de enjuiciamiento. Lo cierto es que la orden de suspensión de las actividades asociadas al llamado proceso de participación, emanada del Tribunal Constitucional y activada como consecuencia del efecto legal asociado a la admisión a trámite del recurso promovido por el Gobierno de la Nación, fue contumazmente

desoída. Todo ello en el contexto de un acuerdo concertado entre el acusado y otros responsables políticos de la Generalitat dirigido a privar de toda eficacia vinculante a la orden de suspensión contenida en la tantas veces mencionada providencia de 4 de noviembre de 2014.

En el específico ámbito de su competencia, el acusado don Francesc Homs i Molist desarrolló actividades solo explicables por su inamovible voluntad de convertir la providencia de suspensión en un enunciado carente de toda fuerza ejecutiva. Era conocedor de la orden de paralización emanada del Tribunal Constitucional, orden que había sido oficialmente notificada en los términos ya expresados en el anterior apartado y que motivó que en una reunión del Consejo de Gobierno de la Generalitat se valorara políticamente su alcance y decidiera la formalización de un recurso de súplica y subsidiaria aclaración. Su condición de jurista le hacía conocedor de su deber de no activar aquello que había sido objeto de prohibición expresa por el Tribunal Constitucional. Pese a todo –a diferencia del acatamiento de la anterior orden de paralización que se contenía en la providencia de fecha 29 de septiembre de 2014, dictada por el mismo tribunal con ocasión de la impugnación por el Gobierno de la convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña–, el acusado puso el espacio competencial que le correspondía como Consejero de la Presidencia y portavoz del Gobierno al servicio del compartido propósito de llevar adelante lo que pasó a denominarse proceso de participación ciudadana.

La estrategia a la que se sumó el acusado don Francesc Homs, concertada con otros responsables políticos que no quedan afectados por esta resolución, incluía la adopción de decisiones dirigidas a enmascarar la realidad del proceso, haciendo descansar la iniciativa de esas decisiones en la supuesta espontaneidad de unos voluntarios que actuarían al margen de todo apoyo oficial. El acusado tuvo un papel decisivo en la aportación de los medios materiales y de la infraestructura indispensable para hacer realidad lo que había sido objeto de suspensión expresa por el Tribunal Constitucional.

En los días inmediatamente anteriores a la celebración de la consulta, concretamente durante los días 7 y 8 de noviembre, la empresa T-Systems, conforme a lo que le había sido encargado por el CTTI, entregó las aplicaciones informáticas que resultaban indispensables para el desarrollo de la votación. A su vez esas aplicaciones fueron puestas a disposición de otra entidad privada que procedió a su instalación en los ordenadores recién adquiridos para proporcionar cobertura al proceso.

Responsables ejecutivos de la empresa T-Systems, una vez conocida por los medios de comunicación la providencia del Tribunal Constitucional que ordenaba la suspensión de las actividades relacionadas con el llamado proceso de participación, se dirigieron formalmente al CTTI, haciendo llegar por carta a su director gerente las dudas suscitadas en la empresa acerca del efecto que esa suspensión podía acarrear en los trabajos contratados. En esa misiva se interesaba una rápida respuesta «[...] en tanto que este es un asunto sensible para nuestra organización, comprometida con el cumplimiento estricto de la legalidad al tiempo que con una excelente prestación de servicios». El acusado don Francesc Homs, conocidas las dudas de la empresa contratada para prestar apoyo informático, hizo llegar al consejero de Empresa y Empleo (conseller de Empresa i Ocupació) su respuesta, aclarando que «[...] los servicios o las actividades relacionadas por (T-Systems) en su carta de 4 de noviembre no están explícitamente afectados por la providencia dictada por el Tribunal Constitucional el día 4 de noviembre de 2014». Ese mensaje, del que se dio traslado a la dirección de T-Systems en carta fechada el día 6 de noviembre, se completaba con la puesta a disposición del CTTI de los servicios jurídicos de la Generalitat, con el fin de ejercer ante los tribunales las acciones que pudieran resultar procedentes para el caso en que algunos de los trabajos pactados llegara a ser incumplido. Ese mensaje fue determinante de que la empresa informática decidiera continuar con los trabajos.

La tarea asumida por T-Systems –una vez recibida la respuesta oficial del acusado que recordaba las responsabilidades jurídicas contraídas por la empresa– resultó definitiva para el desarrollo de las actividades suspendidas por el Tribunal Constitucional.

De hecho, había recibido el encargo de elaborar los tres programas informáticos que harían posible la emisión y el recuento de votos. Dos de ellos fueron instalados en los ordenadores portátiles adquiridos por la Generalitat y que se distribuyeron por las distintas mesas de votación. Su puesta en funcionamiento permitió registrar a los participantes conforme depositaban su papeleta y consignar informáticamente los resultados de cada mesa. El tercer programa tenía como destinatario al CTTI, que se convirtió en el centro de recogida de datos para su posterior escrutinio y tratamiento.

En los días inmediatamente anteriores al desarrollo de la votación, se desplegó una intensa actividad administrativa, controlada y dirigida por el acusado. Este, con el apoyo de otros responsables políticos ahora no enjuiciados, hizo posible que se impartiera en la sede del CTTI un curso acelerado de formación a aquellos voluntarios que iban a encargarse del recuento de votos. Permitted también que la empresa Fujitsu –a través de otras entidades subcontratadas– instalara en los 7000 ordenadores los tres programas informáticos a los que antes hemos hechos referencia. Adoptó las prevenciones necesarias para que fueran instalados por Fujitsu en el CTTI todos los medios materiales precisos para el recuento y procesamiento de datos. Se habilitó un *call center* para comunicar todas las incidencias que fueran produciéndose a lo largo de la jornada. Además de la infraestructura que hizo posible la transferencia de información, la empresa Fujitsu se encargó de instalar –con el apoyo de otras empresas informáticas subcontratadas– las computadoras en los distintos centros en los que se habían habilitado mesas de votación, comprobando con carácter previo su plena operatividad.

También dentro del ámbito de decisión del acusado, el departamento de Presidencia contrató con la empresa Focus, S.A., –que a su vez subcontrató con Fira de Barcelona– la puesta en marcha del pabellón italiano de Montjuic, que fue habilitado como centro internacional de prensa, lugar desde el que el vicepresidente daría a conocer los resultados. Las obras de montaje se desarrollaron los días 7 y 8. Concluida su misión durante la jornada del día 9, fue desmontado al día siguiente.

En el desarrollo de las actividades de contratación indispensables para llevar a efecto las actividades que fueron objeto de suspensión por el Tribunal Constitucional, el acusado don Francesc Homs arbitró los medios necesarios para hacer posible el reparto masivo de la correspondencia oficial necesaria para la efectividad de la consulta. A tal fin la Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat, integrada en la estructura orgánica de la secretaría del Gobierno del departamento de la Presidencia, adjudicó el contrato a la entidad mercantil Unipost, empresa a la que fueron cedidos previamente los datos contenidos en un fichero temporal de titularidad pública. Ese reparto de publicidad e información institucional se prolongó en días posteriores al 4 de noviembre, con pleno conocimiento por parte del acusado de que estaba infringiendo la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.

El departamento de Presidencia adjudicó a la entidad Media Planning Group la campaña publicitaria necesaria para la difusión del proceso. Se trataba de insertar anuncios oficiales en medios de comunicación, internet, pantallas de cine, autobuses y marquesinas. La campaña dio sus primeros pasos en los últimos días del mes de octubre y se prolongó incluso después de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional. Ello fue posible por la pasividad del acusado que, siendo consciente del alcance de la prohibición, omitió toda actuación tendente a acatar la resolución de la que tenía pleno conocimiento.

En la misma línea de contumaz rechazo a la providencia del Tribunal Constitucional, el acusado don Francesc Homs remitió una carta al Consell de l'Audivisual de Catalunya en la que, ratificando comunicaciones previas en el mismo sentido cursadas por el secretari de comunicació del Govern, denunciaba la negativa de algunas emisoras nacionales –Onda Cero, Cadena Ser y Cope– a insertar gratuitamente anuncios referidos a la participación en el proceso.

La celebración de esa consulta el día 9 de noviembre es un hecho notorio. Su desarrollo fue posible, entre otras razones, por la pertinaz actuación del acusado, que impulsó todo aquello que resultaba necesario para su ejecución y, paralelamente, omitió



las actuaciones que le eran exigible y que, de haberlas adoptado, habrían permitido dar cumplimiento a lo proveído por el Tribunal Constitucional. Con fecha 11 de junio fue dictada por el Tribunal Constitucional la sentencia 138/2015. Esta resolución fue el desenlace del proceso de impugnación promovido por el Gobierno de la Nación, en cuyo ámbito se había dictado la tantas veces citada providencia de 4 de noviembre de 2014, cuya imperatividad fue despreciada por el acusado [...]».

b) La representación procesal del don Francesc Homs i Molist interpuso incidente de aclaración contra la sentencia condenatoria de 22 de marzo, basándose en los siguientes motivos: i) aclaración en orden a determinar si la pena de inhabilitación especial para el cargo electivo en el ámbito estatal era aplicable también al ejercicio de cargo público en el ámbito europeo; ii) aclaración del término «funciones de gobierno» al entender el recurrente que el concepto era genérico y poco conciso; iii) inclusión en el fallo de un pronunciamiento específico en el que se absolviera al señor Homs del delito de prevaricación administrativa del que había sido acusado, y por el que la sentencia de instancia no había condenado.

c) Por auto de 6 de abril de 2017, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la aclaración solicitada. Dicho auto explicitaba que: i) la pena de inhabilitación especial para cargo electivo impuesta al recurrente incluía la imposibilidad de ejercer las funciones de eurodiputado en el Parlamento Europeo; ii) no era, además, necesario especificar el contenido del concepto «funciones de gobierno» al ser el mismo suficientemente claro y preciso, y iii) tampoco procedía recoger un pronunciamiento absolutorio por el delito de prevaricación administrativa por el que había acusado el Ministerio Fiscal, toda vez que dicho delito se encontraba en un concurso de normas (art. 8.3 CP) con el delito de desobediencia por el que finalmente había sido condenado. En consecuencia, no se estaba ante una absolución del delito de prevaricación administrativa, sino ante un rechazo de la punición conjunta de ambas infracciones.

3. El demandante de amparo solicita la nulidad de las dos resoluciones judiciales objeto del recurso por haber vulnerado los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva reconocidos en el art. 24.1 CE; el derecho a la doble instancia penal reconocido en los arts. 24.2 CE, 6 Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), y 14.2 Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP); el derecho a la presunción de inocencia reconocido en los arts. 24.2 CE, 6.2 CEDH, y 14.2 PIDCP; el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en relación con el derecho a la igualdad reconocido en los arts. 14 CE, 13 y 14 CEDH, y 14 PIDCP; y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa reconocido en el art. 24 apartados 1 y 2 CE.

El recurrente realiza un tratamiento unificado de los tres primeros motivos tras afirmar que la acusación formulada obedecía a criterios de oportunismo político. Explicita que, a pesar de manifestar su voluntad de renunciar al aforamiento, fue juzgado en única instancia por el Tribunal Supremo por su condición especial de aforado, privándosele, en consecuencia, de la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un órgano superior. En base a ello, y teniendo en cuenta la realidad política del momento, se habría lesionado su derecho a la doble instancia penal reconocido en el art. 24.2 CE, art. 6 CEDH, art. 2 del protocolo núm. 7 CEDH, y art. 14.5 PIDCP. El hecho de que la sentencia combatida solo sea susceptible de recurso de amparo provoca, por otra parte, que quien deba ser el segundo grado jurisdiccional es el presunto ofendido por el delito, ya que la resolución supuestamente desobedecida emana, precisamente, de este tribunal, situación que derivaría en una vulneración del principio *nemo iudex in causa sua* (con cita de las SSTC 51/1985, 166/1993).

El demandante de amparo consigna que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia ya que de la prueba practicada no puede inferirse la concurrencia del elemento subjetivo del injusto necesario para la apreciación de la correspondiente figura delictual. Así, el recurrente actuó con plena convicción de obrar conforme a derecho, y en obediencia al mando de su compromiso de gobierno, «no habiendo tomado el ejecutivo ninguna de las medidas a su alcance, ni habiendo acudido a un incidente de

ejecución, no recibido él requerimiento personal alguno y, por ende, no siendo destinatario concreto de la providencia, ni habiendo recibido tampoco orden concreta ni expresa» dirigida a suspender la convocatoria de 9 de noviembre de 2014. Señala el recurrente que la finalidad del amparo no es plantear al Tribunal Constitucional una nueva valoración de la prueba, sino determinar si «existió, o no, una clara falta de motivación, y/o razonamiento lógico-deductivo respecto de todas aquellas cuestiones de debate planteadas en el mismo acto del plenario, y si por tanto se lesionaron las garantías constitucionales». Entiende la demanda que solo la repercusión de lo acaecido el 9 de noviembre de 2014 justifica la acción de persecución de los hechos. Se insiste en que la consulta solo fue suspendida, en la modalidad en que se había convocado, tras el recurso interpuesto por el Gobierno el día 4 de noviembre de 2014 ante el Tribunal Constitucional, y la admisión a trámite por providencia frente a la que se interpuso recurso de súplica el 7 de noviembre, solicitándose aclaración de la providencia en cuestión puesto que no aludía a ninguna orden concreta de hacer u omitir como resultaba preceptivo. Sin haber recibido respuesta, y sin que se produjera ninguna comunicación, requerimiento o acto alguno judicial o administrativo tendente a la suspensión del acto, el Govern siguió cumpliendo con el mandato recibido de dar voz a la ciudadanía, como siguió haciéndolo el señor Francesc Homs i Molist, con la plena convicción de obrar conforme a derecho al no haber recibido orden expresa alguna, directamente dirigida a él, respecto de comportamiento alguno a evitar. Así la sentencia condenatoria habría hecho pivotar el conocimiento del deber de acatar, es decir, el elemento subjetivo del injusto en la existencia de la suspensión previa acordada sobre el Decreto 129/2014 de 27 de septiembre, que fue plenamente acatada y en el contenido del recurso de súplica interpuesto por los servicios jurídicos de la Generalitat en fecha 7 de noviembre de 2014 contra la providencia de este Alto Tribunal de fecha 4 de noviembre de 2014. A juicio del recurrente en amparo, esto sería insuficiente, ya que la utilización de un acatamiento previo de una resolución evidentemente concreta (suspensión de un articulado concreto, basado en preceptos legales distintos y dimanante de un recurso de inconstitucionalidad distinto) y de la utilización de unos medios retóricos por parte de los servicios jurídicos de la Generalitat en su recurso de súplica no pueden conducir solo y *per se* a la lógica convicción de un indudable actuar doloso por parte del recurrente. Considera, en definitiva, que no concurren los elementos del tipo finalmente aplicado dada la inexistencia de una orden expresa, concreta, y terminante, y la no realización de un apercibimiento de las consecuencias derivadas del incumplimiento.

También se afirma que ante iguales situaciones de incumplimiento verificadas por el Gobierno español no se ha procedido, ni siquiera, a incoar procedimiento penal. Por ello, la sentencia vulneraría, además, el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) toda vez que ante situaciones iguales de incumplimiento de resoluciones de este tribunal no se habrían activado los mecanismos penales que si han sido activados en este caso. En el desarrollo de este motivo, el demandante de amparo esgrime implícitamente –aunque no exista enunciación formal– la posible vulneración del principio de legalidad al sostener que la conducta enjuiciada no reúne los elementos del tipo del art. 410 CP tal y como tradicionalmente han sido acogidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Se remite, a estos efectos, al acuerdo alcanzado el 17 de noviembre de 2014 por la junta de fiscales del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde se consideró discutible la concurrencia de dichos elementos objetivos y subjetivos.

Concluye denunciando la inadmisión no motivada de una amplia actividad probatoria de descargo que era pertinente y que fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales. Así, el demandante de amparo propuso un abundante material probatorio –declaraciones testificales del Excmo. Sr. don Mariano Rajoy Brey, presidente del Gobierno, Excmo. Sr. don Rafael Catalá Polo, ministro de Justicia, Excmo. Sr. don Eduardo Torres Dulce Lifante, fiscal general del Estado, y del Excmo. Sr. don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, presidente del Tribunal Constitucional–, siendo este

inadmitido por el tribunal sentenciador de una manera insuficientemente motivada. Las testificales planteadas eran trascendentes para la resolución del objeto de litigio y fueron propuestas en el momento procesal oportuno.

El recurrente considera que la especial trascendencia constitucional de la demanda radicaría en la no existencia de doctrina constitucional consolidada sobre las cuestiones planteadas, así como la constatación de un conflicto de trascendencia excepcional por la discusión jurídica debatida y la repercusión del pronunciamiento sobre aspectos de relevancia social evidentes. Ello porque «viene relacionado con el interés constatado por el pueblo de Catalunya de poder ejercer su fundamental derecho a la libertad de expresión y de participación política y, en concreto, respecto a su futuro como Comunidad Autónoma, lo que se ha venido plasmado en las diferentes decisiones tomadas por el Parlament de Catalunya [...] constituido a través de la votación democrática de los catalanes y las catalanas, alguna de las cuales han sido declaradas inconstitucionales por este Alto Tribunal al que nos dirigimos». De una manera implícita, el recurrente también se refiere a las particulares circunstancias de la invocación del derecho a la doble instancia penal, que genera una situación inédita: si bien, en teoría, el Tribunal Constitucional podría valorar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, asumiendo la competencia de segundo grado procesal, ello resulta imposible en este caso, puesto que es el propio Tribunal Constitucional el ofendido por la supuesta desobediencia a una providencia dictada por él mismo. También alega como causa de especial trascendencia constitucional el incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional, al dictarse resoluciones judiciales que vulneraron las garantías constitucionales y los derechos fundamentales del demandante de amparo.

4. A propuesta de la Sala Primera, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó, en reunión celebrada el 18 de septiembre de 2018, y conforme establece el art. 10.1 n) LOTC, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

5. El Pleno de este tribunal, por providencia de 2 de octubre de 2018, acordó admitir a trámite la demanda de amparo tras apreciar que ofrece especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal (STC 155/2009, FJ 2 a)]. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a fin de que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones, y se emplazó a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

6. La secretaría de justicia del Pleno de este tribunal, por diligencia de 29 de octubre de 2018, acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas, y al Ministerio Fiscal, para que pudiesen presentar las alegaciones que a su derecho convenga, por un plazo de veinte días, de conformidad con el art. 52 LOTC.

7. El recurrente, mediante escrito registrado el 7 de diciembre de 2018, se ratificó en todas las alegaciones contenidas en su demanda.

8. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 10 de diciembre de 2018, interesó que se inadmitiera el recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa respecto de algunas de las pretensiones y, que se desestimasen las demás o, en caso de no apreciarse el óbice procesal, que se desestimaran la totalidad de las pretensiones de fondo.

a) Por lo que hace al defecto procesal de la falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a), en relación con el art 50.1 a) LOTC], sostiene el fiscal, sería imputable a las quejas relativas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, vulneración del derecho a la segunda instancia penal (a la que sería también aplicable una falta de invocación temprana), y vulneración del derecho a la tutela judicial

efectiva, al no haber procedido el recurrente a interponer incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Supremo. Por el contrario, sí considera correctamente agotada la vía judicial en la queja referente a la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. El trato diferenciado respecto a esta última queja obedece a que, en este caso, la lesión ya había sido objeto de denuncia durante la tramitación del procedimiento, habiendo sido inadmitida la prueba en el auto de 6 de febrero de 2017 –que resolvía sobre la admisión de pruebas propuestas por las partes– y confirmada esta decisión en la sentencia de 22 de marzo de 2017 (FJ 1). Por lo tanto, se habría respetado la subsidiariedad del recurso de amparo.

b) En lo relativo a la alegada lesión del derecho a la doble instancia penal (art. 24.2 CE), el Ministerio Fiscal puntualiza que el recurrente tenía la condición de aforado para su enjuiciamiento por disposición de los arts. 71.3 CE y 57.2 LOPJ. Siendo aforado, la inexistencia de un recurso contra la sentencia dictada en primera instancia se justificaría en que la misma habría sido emitida por el órgano jurisdiccional superior en todo el territorio nacional, lo que resulta acorde, no solo con la jurisprudencia de este tribunal, sino también por la previsión del art. 2 del protocolo núm. 7 CEDH.

c) Respecto de la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.1 y 24.2 CE), el fiscal considera que la respuesta dada por el Tribunal Supremo a las peticiones de prueba –testificales y documental– de la representación procesal del señor Homs se encontraban plenamente motivadas, lo que permitía encuadrar la denegación dentro de los márgenes valorativos que corresponden al órgano enjuiciador.

d) En lo concerniente a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la igualdad, y a la presunción de inocencia, el fiscal se opone a los argumentos dados por el demandante de amparo en base a las siguientes consideraciones: i) el recurrente no ha cumplido la carga de aportar un término de comparación válido que permita al Tribunal Constitucional valorar si se ha producido una vulneración del principio de igualdad. Las sentencias referenciadas en la demanda se refieren a supuestos que presentan importantes diferencias con el sometido a este tribunal; ii) la sentencia combatida establece de una manera explícita los elementos a partir de los cuales se obtiene la convicción de la participación y culpabilidad del recurrente; iii) la resolución impugnada razona detalladamente la concurrencia de los elementos objetivos del tipo de desobediencia (art. 410.1 CP), y iv) la sentencia desgrana las circunstancias anteriores, coetáneas, y posteriores a los hechos que justifican la concurrencia del elemento subjetivo del injusto en la persona del recurrente, es decir, su negativa contumaz y abierta a acatar el contenido de la resolución del Tribunal Constitucional.

9. Por providencia de 11 de mayo de 2021, se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 13 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

El objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si las resoluciones impugnadas, que han condenado al demandante de amparo como autor responsable de un delito de desobediencia (art. 410 CP) a la pena de cinco meses de multa, con una cuota diaria de doscientos euros, e inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, así como para el ejercicio de funciones de gobierno en el ámbito estatal, autonómico, y local, por un año y un mes, han vulnerado su derecho a la segunda instancia penal (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE), y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (arts. 24.1 y 24.2 CE).

El recurrente considera: i) que, a pesar de manifestar su voluntad de renunciar al aforamiento, fue juzgado en única instancia por el Tribunal Supremo por su condición especial de aforado, por lo que se habría lesionado su derecho a la doble instancia penal reconocido en los arts. 24.2 CE, 6 CEDH, 2 del protocolo núm. 7 CEDH, y 14.5 PIDCP; ii) que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, ya que de la prueba practicada no puede inferirse la concurrencia del elemento subjetivo del injusto necesario para la apreciación de la correspondiente figura delictual; iii) que la sentencia vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), toda vez que, ante situaciones iguales de incumplimiento de resoluciones de este tribunal, no se habrían activado los mecanismos penales que si han sido activados en este caso. En el desarrollo de este motivo, el demandante de amparo esgrime implícitamente –aunque no exista enunciación formal– la posible vulneración del principio de legalidad al sostener que la conducta enjuiciada no reúne los elementos del tipo del art. 410 CP tal y como tradicionalmente han sido acogidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y iv) que se habría vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, al denegarse inmotivadamente pruebas testificales propuestas y determinantes para desarrollar la estrategia de defensa.

El Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del recurso por concurrir el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) en relación con el art. 50.1 a) LOTC] respecto a tres de los motivos alegados. Subsidiariamente solicita la desestimación de todos los motivos de la demanda de amparo.

## 2. Requisitos para la admisibilidad.

a) Con carácter previo al examen de fondo de las pretensiones de la demanda de amparo debemos pronunciarnos sobre la concurrencia de los requisitos para su admisibilidad establecidos en la Ley Orgánica de este tribunal, pues, como hemos declarado en otras ocasiones (STC 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2) los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitido a trámite (por todas, también, SSTC 18/2002, de 28 de enero, FJ 3, y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2), de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden volverse a abordar o reconsiderar en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (por todas, STC 69/2004, de 19 de abril, FJ 3; o SSTC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2, y 174/2011 de 7 de noviembre, FJ 2).

Entre los requisitos de admisibilidad de toda demanda se encuentra, como expresión del carácter subsidiario del recurso de amparo, que se hayan agotado las posibilidades que el ordenamiento proporciona para lograr tal protección ante los órganos de la jurisdicción ordinaria [art. 44.1 a) LOTC], antes de acudir ante este tribunal solicitando la protección de los derechos fundamentales pretendidamente vulnerados. Asimismo, se exige que se haya puesto de manifiesto «denunciado formalmente» la lesión del derecho fundamental en el proceso, si hubo oportunidad, tan pronto como esta hubiera sido conocida por la parte [art. 44.1 c) LOTC], contribuyendo también con ello a la efectividad del carácter subsidiario del amparo constitucional.

b) En relación a ello, y como ha quedado reseñado, el Ministerio Fiscal aduce que el recurso incurre, respecto a las quejas relativas a la vulneración del derecho a la segunda instancia penal (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), y a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC] al no haber acudido la parte recurrente al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ frente a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 22 de marzo de 2017. Aduce además el Ministerio Fiscal, con

cita de jurisprudencia de este tribunal, que la utilización del instrumento procesal de la aclaración de sentencia (art. 267 LOPJ) no constituye un auténtico mecanismo de impugnación que pueda servir como medio para agotar la vía judicial cuando, como es el caso, se denuncia la irrazonabilidad de los argumentos de la sentencia.

c) Hemos declarado reiteradamente que el incidente de nulidad de actuaciones constituye un instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ). De modo que, en el ámbito de aplicación reseñado, su función en materia de tutela de derechos es la misma que puede desempeñar un recurso ordinario, cuando es posible interponerlo (STC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3).

De acuerdo con la jurisprudencia del tribunal, en estos supuestos, para agotar la vía judicial, es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales. En definitiva, y como ya hemos consignado en diferentes ocasiones, el incidente de nulidad de actuaciones, a partir de la reforma introducida en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es el instrumento idóneo para obtener ante la jurisdicción ordinaria la reparación de aquellas vulneraciones de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE, que se entiendan cometidas en resolución judicial frente a la que la ley procesal no permita ningún recurso (ATC 73/2015, de 21 de abril, FJ 2). Así, este precepto exige para la admisibilidad del incidente que la vulneración de que se trate no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. En consecuencia, no será necesario que el recurrente reitere una queja a través de un incidente de nulidad que, por referirse a una vulneración ya denunciada con anterioridad, deviene manifiestamente improcedente a tenor del indicado precepto.

De lo expuesto resulta que la determinación en cada caso del remedio legalmente posible y, por tanto, exigible a los efectos del debido agotamiento de la vía judicial previa dependerá de la concreta vulneración que el recurrente denuncie en amparo y a que resolución atribuya su causación. A estos efectos debe recordarse que corresponde estrictamente a la demanda la fijación del objeto procesal del recurso de amparo, tanto en cuanto a la individualización del acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, como respecto de la razón para pedirla o causa petendi (SSTC 235/1994, de 20 de julio, FJ 1; 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1; 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 224/2007, de 22 de octubre, FJ 2) sin que sean viables las alteraciones introducidas con ulteriores alegaciones (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 1, y 39/1999, de 22 de marzo, FJ 2), dirigidas a completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no a ampliarlo o variarlo sustancialmente (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 2).

d) En relación con el incidente de aclaración, también hemos afirmado que no puede utilizarse como remedio de la fundamentación jurídica, para corregir errores judiciales de calificación jurídica o para subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas, SSTC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 305/2006, de 23 de octubre, FJ 5, y 19/2008, de 31 de enero, FJ 2). Esto es, el cauce excepcional de la aclaración que arbitra el art. 267 LOPJ debe limitarse a la función específica reparadora para la que se encuentra establecido, toda vez que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras o adicionar lo que faltase, o al rectificar un error material, debe moverse en el marco interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado, sin realizar una nueva apreciación de valoración

o interpretación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se produciría un desbordamiento de los límites de ese mecanismo que no permite un juicio valorativo, ni operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables (por todas, STC 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6).

e) Aplicando esta doctrina al caso presente, procede, respecto de las quejas relativas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), legalidad penal (art. 25 CE), segunda instancia (art. 24.2 CE), y tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE) apreciar el óbice procesal de falta de agotamiento propuesto por el Ministerio Fiscal.

Como ya hemos consignado anteriormente, «el requisito de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria que establece el art. 44.1 a) LOTC deriva de la necesidad de respetar la subsidiariedad del recurso de amparo, dado que, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.2 CE, la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del poder judicial. Consecuencia de lo anterior es que, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este tribunal; es preciso, por tanto, que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibile (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 103/2004, de 2 de junio, FJ 2; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 60/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 1; 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 2)» (STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2).

Pues bien, en el caso presente el demandante, considerando que la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017 adolecía de conceptos indeterminados, promovió una «solicitud de aclaración» en donde ponía de manifiesto la necesidad de: i) especificar si la pena de inhabilitación especial para el cargo electivo en el ámbito estatal era aplicable también al ejercicio de cargo público en el ámbito europeo, ii) aclarar el término «funciones de gobierno» al entender el recurrente que el concepto era genérico y poco conciso, iii) incluir en el fallo de un pronunciamiento específico en el que se absolviera al señor Homs del delito de prevaricación administrativa del que había sido acusado, y por el que la sentencia de instancia no había condenado. Tal solicitud fue rechazada por auto de fecha 6 de abril de 2017 donde se daba una adecuada respuesta a las pretensiones formuladas por el recurrente. Consecuentemente, del propio contenido del escrito de aclaración, y de la respuesta dada por el Tribunal Supremo, podemos concluir que la procedencia del incidente era clara ya que no se pretendía, en modo alguno, rebatir los argumentos dados por la sentencia de instancia sino, al contrario, se denunciaba la existencia de conceptos oscuros, errores materiales, u omisiones.

Por lo tanto, el incidente de aclaración interpuesto no constituía un medio de impugnación apto para agotar la vía judicial. A esta conclusión se llega no solamente porque los argumentos enarbolados en el mismo distaban mucho de las lesiones posteriormente alegadas ante este tribunal, sino porque, además, y como ya hemos señalado, el incidente de aclaración no puede ser conceptualizado como una vía apta para denunciar el desacuerdo con la fundamentación jurídica y fáctica contenida en la sentencia. En definitiva, el demandante de amparo debería haber acudido al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ para agotar en debida forma la vía judicial previa, puesto que era el remedio procesal adecuado para reparar la lesión del derecho fundamental invocado en la demanda de amparo. Al no haberlo hecho así, el demandante de amparo no ha dado debido cumplimiento al requisito del agotamiento de los recursos utilizables establecido en el art. 44.1 a) LOTC, ni, por consiguiente, brindó a la Sala la posibilidad de reparar el vicio denunciado, salvaguardando, de este modo, el

carácter subsidiario del recurso de amparo al que, como hemos señalado, responde dicho requisito.

En base a todo ello cabe concluir que, denunciándose ante este tribunal la vulneración de una serie de derechos que, en caso de haberse producido, serían directamente imputables a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el demandante de amparo debería haber acudido previamente al incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 LOPJ por lo que, no habiéndolo hecho así, su queja no puede ser analizada en este momento por la jurisdicción de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC (por todas, SSTC 108/1999, y 105/2001). Debemos reiterar, en este sentido, que el referido requisito procesal no es caprichoso, sino que responde a la finalidad de dar a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de reparar las vulneraciones de derechos fundamentales que puedan cometerse en vía judicial y de reservar al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le atribuye la Constitución (por todas, SSTC 72/2002, y 39/2003).

Se declara, por tanto, la inadmisión del recurso, ex art. 50.1 a) LOTC, con relación a estos motivos de la demanda: lesión de los derechos a la segunda instancia penal (art. 24.2 CE), derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derecho a la igualdad (art. 14 CE), derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Este óbice, sin embargo, no sería aplicable a la queja relativa a la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, toda vez que, respecto a este motivo, se habría recibido adecuada respuesta no solamente en el fundamento jurídico primero de la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017, sino también, y con carácter previo, en el auto dictado por ese mismo órgano el 6 de febrero de 2017 (auto que resolvía sobre la admisión e inadmisión de todas las pruebas propuestas para el acto del juicio oral).

3. Derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Para la resolución de esta cuestión conviene recordar la consolidada doctrina de este tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), derecho inseparable del derecho mismo de defensa (SSTC 169/1996, de 15 de enero, FJ 3, y 73/2000, de 26 de marzo, FJ 2). Las líneas principales de esta doctrina pueden sintetizarse 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 (por todas, SSTC 168/1991, de 19 de julio; 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; 205/1998, de 26 de octubre, o 96/2000, de 10 de abril), 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; 94/1992, de 11 de junio, o 52/1998, de 3 de marzo), siendo solo 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; 164/1996, de 28 de octubre; 89/1997, de 10 de noviembre).

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 sí 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 (en este sentido, 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; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2, y 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, y 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5). 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, y 218/1997, de 4 de diciembre).

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, y 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, y 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que solo 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, y 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28).

4. Aplicación de la jurisprudencia sobre el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, al supuesto de hecho del actual recurso de amparo.

En el caso sometido a nuestro enjuiciamiento el demandante de amparo propuso la práctica de determinadas pruebas de descargo en su escrito de conclusiones provisionales siendo las mismas rechazadas por auto de fecha 6 de febrero de 2017. Tras reiterar dicha petición en el trámite de cuestiones previas al juicio, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se pronunció definitivamente, y en contra de su admisión, en la sentencia de 22 de marzo de 2017 (FJ 1). La prueba propuesta consistía en la práctica de una serie de testificales correspondientes a autoridades que ocupaban cargos de responsabilidad a fecha de los hechos, así como la incorporación al plenario de testimonio del documento en que se recogían las conclusiones de la junta de fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que se proclamaba la falta de viabilidad de la acción penal por los hechos sucedidos con ocasión del proceso que culminó el día 9 de noviembre de 2014. El recurrente reitera la necesidad de la práctica de dicha prueba en la medida que las citadas testificales tenían como objeto acreditar la evolución de la posición política mantenida por el ejecutivo, que pasó de una «pacífica aceptación de la iniciativa» a la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y a la petición de suspensión del «proceso de participación ciudadana» convocado para el 9 de noviembre de 2014.

En el presente caso, la denegación de la prueba va ligada en el razonamiento judicial a otra decisión de mayor trascendencia que es, precisamente, el dictado de una

sentencia condenatoria. Para el recurrente el examen de la razonabilidad de la prueba estaría íntimamente conectado con el razonamiento judicial, que determina el dictado de un pronunciamiento condenatorio por el delito de desobediencia (art. 410 CP). Consecuentemente, el juicio sobre la motivación de la resolución judicial en orden a la denegación de la prueba solo adquiere sentido si se pone el mismo en relación con los hechos que dieron lugar a la incoación del procedimiento y, posteriormente, al pronunciamiento condenatorio de 22 de marzo de 2017. Estos hechos constituían, según lo consignado en la sentencia combatida, en la realización de una serie de actos tendentes a celebrar «el proceso de participación ciudadana» –convocado para el 9 de noviembre de 2014– a pesar de existir una suspensión provisional de los mismos acordada por providencia de 4 de noviembre de 2014.

Con fundamento en este relato fáctico, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo concluyó (FJ 1) que «nada de lo interesado mediante la declaración de esos testigos puede afectar al tratamiento jurídico de los hechos imputados. Ni el carácter especial del proceso –cuya singularidad no es discutible–, ni el criterio político –de haber llegado a existir–, ni las razones que puedan explicar la sobrevenida sustitución al frente de la Fiscalía General del Estado, pueden resultar determinantes a la hora de subsumir penalmente los hechos declarados probados. Lo mismo puede decirse de la reivindicada presencia del presidente del Tribunal Constitucional para que explique por qué no se ajustó en la resolución dictada al *petitum* hecho valer en su recurso por la abogacía del Estado. Carece de sentido, y es manifiestamente improcedente, exigir una explicación sobre las razones por las que el Tribunal Constitucional no asumió en su estricta literalidad la pretensión del abogado del Estado. Y lo que es más importante, aun cuando esas razones llegarán a conocerse, en nada afectarían a la prueba de los hechos sobre los que se formula la acusación ni, por supuesto, a su calificación jurídica».

Y, en relación con la no incorporación del documento donde se recogían las conclusiones de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia, señalaba la Sala Segunda que, además de que el referido documento obraba ya en las actuaciones, la decisión del Ministerio Fiscal de ejercitar las acciones penales derivadas de los hechos debía «de obtenerse de la interposición de la querrela que está en el origen de esta causa, sin que la realidad de esa decisión pueda verse devaluada mediante la artificiosa propuesta de valoración de los trabajos preparatorios que ilustraron la decisión del máximo responsable de la Fiscalía General del Estado».

Por lo anteriormente expuesto, cabe concluir que no se acredita una indefensión derivada de la no admisión de la prueba interesada, no solamente porque la respuesta dada por el Tribunal Supremo resulta suficientemente motivada, y ajustada a derecho, en cuanto a las causas de la denegación, sino porque, a mayor abundamiento, la prueba no era relevante en términos de defensa. Tal y como señala la sentencia impugnada, los hechos por los que ha resultado finalmente condenado el demandante de amparo se fundamentan en la omisión de dar el debido cumplimiento a un mandato de suspensión dictado por el Tribunal Constitucional. Las razones que llevaron al Gobierno a impugnar la convocatoria del «proceso de participación ciudadana», los avatares procesales que concluyeron con la providencia de 4 de noviembre de 2014, o las posibles discrepancias jurídico-sustantivas que pudiesen existir en el seno del Ministerio Fiscal sobre la tipificación penal de los hechos, son cuestiones meramente accesorias que en nada afectan a la acción por la que el demandante ha sido finalmente condenado, ni a su calificación jurídica.

En definitiva, los elementos probatorios propuestos por el recurrente son intrascendentes e irrelevantes para la causa, pues nada aportaban para excluir la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta por la que ha sido finalmente condenado. De ello se deriva la desestimación de este motivo de amparo.

## FALLO

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Inadmitir el presente recurso de amparo promovido por don Francesc Homs i Molist en cuanto a las quejas relativas a la lesión de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la legalidad penal (art. 25 CE), a la segunda instancia penal (art. 24.2 CE), y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

2.º Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de mayo de dos mil veintiuno.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.