



Juzgado de Instrucción 1 de Berga
Diligencias Previas 288/2015

AUTO N° 37/2017

En Berga, a 1 de Marzo de 2017
Juez D. Albert Ejarque Pavia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto de fecha 27 de Septiembre de 2015 se incoaron Diligencias Previas 288/2015 por entenderse que los hechos que resultaban de las actuaciones podían revestir caracteres de infacción penal comprendida en el art. 757 LECrim.

SEGUNDO.- Practicadas todas las diligencias esenciales de instrucción, procede dictar alguna de las resoluciones previstas en el art. 779 LECrim.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos investigados se contraen, en esencia, a la no retirada hasta los días 27 de Septiembre de 2015 (jornada lectoral), y 20 de Diciembre de 2015 (jornada lectoral), por parte de D^a. Montserrat Venturós, Alcaldesa de Berga, de una bandera estelada ubicada en la fachada del Ayuntamiento de Berga, cuando previamente el Ayuntamiento de Berga había sido requerido para ello por la Junta Electoral, siendo retiradas las banderas en los indicados días por Mossos d'Esquadra.





Los hechos podrían ser constitutivos “prima facie” o bien de un delito electoral del art. 144.1 a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, o bien de un delito de desobediencia a la autoridad, según entendió el Ministerio Fiscal en los informes que constan en autos, de fecha 26 de Octubre de 2016.

Procede pues examinar si, efectivamente, tales hechos podrían ser constitutivos de alguno de los dos anteriores delitos.

SEGUNDO.- En efecto, el artículo 144 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General dispone en su párrafo primero apartado a) que serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses quienes realicen “actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral”.

Es claro que en el supuesto de autos los hechos sucedieron una vez finalizado el plazo de la campaña electoral, pues en ambos casos (día 27 de Septiembre de 2015 y día 20 de Diciembre de 2015) los hechos tuvieron lugar o se prolongaron hasta el mismo día de las elecciones, y el art. 51.3 del referido cuerpo legal dispone que la campaña electoral termina a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

En cambio, no puede entenderse que la exhibición en la fachada del Ayuntamiento de Berga de una bandera estelada sea realmente un “acto de propaganda” a efectos del art. 144.1 a) LOREG, por las razones que a continuación se exponen.

Es claro que la difusión de propaganda electoral se enmarca en la campaña electoral, de modo que la posibilidad de realizar actos de propaganda se circunscribe al período de campaña electoral, según se desprende del art. 53 LOREG.

Dentro de dicho período, pueden llevarse a cabo “(...) actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios” (art. 50.4 LOREG).

Cuando el anterior precepto se refiere a las actividades orientadas a la captación de sufragios, es claro que lo hace en relación a una concreta candidatura, y no en relación con determinados postulados u orientaciones políticas que pudieran ser compartidas por varias





candidaturas.

Es decir, la norma contempla como actos de propaganda únicamente aquellos que se realicen para captar sufragios para una candidatura concurrente en unos comicios determinados.

Debe tenerse en cuenta que la LOREG establece un sistema en el que concurren a unas elecciones distintas candidaturas, de modo que los sufragios los captan tales candidaturas, y en consecuencia resulta lógico y coherente que cuando la norma se refiere a “actos de propaganda”, considere como tales aquellos orientados a obtener sufragios en favor de una candidatura concreta, y no de una orientación política o tendencia política compartida por distintas candidaturas.

No puede olvidarse que en virtud del principio de taxatividad y certeza que rige en derecho penal (art. 4.1 CP), es contraria a Derecho una interpretación extensiva del tipo, y por ello, si la LOREG contempla como “actos de propaganda” aquellos que aparezcan orientados a la captación de sufragios en favor de una concreta candidatura, no pueden entenderse como tales a efectos penales aquellos otros actos que favorezcan determinados postulados u orientaciones que no sean propias de una sola candidatura sino que sean compartidas por varias.

El Tribunal Supremo, entendió en Sentencia de fecha 14 de Febrero de 1992 (Recurso 6571/1989) que “Lo cierto es que toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto **a favor de un candidato**, o, por el contrario, dirigida a disuadir de semejante opción, siempre con una proyección pública, puede identificarse, atendiendo a las circunstancias, con el acto propagandístico proscrito, por extemporáneo, por la ley electoral”.

Y la Ilma. A.P de Barcelona (sección 10ª), en Sentencia 638/2011 de fecha 4 de Julio de 2011, entendió en referencia a un supuesto en el que se habían producido llamadas a la abstención durante la jornada de reflexión que “Si se atiende a cuanto disciplina la LOREG, en especial sus arts. 53 y ss., **esa propaganda es la directamente encaminada a la obtención del voto para determinada candidatura con exclusión de las demás**, así lo será tanto la loa, elogio y panegírico de aquella que se pretende sea votada como la censura, reprobación o crítica de la que se procura que no lo sea. En suma, late siempre en la propaganda la idea de persuadir, de convencer, de mover al ciudadano para que





emita su **voto a favor de un concreto candidato** o, por el contrario, de disuadirle de que lo haga a ese concreto candidato. No parece, en fin, que la llamada a la abstención (por las razones, decididamente ideológicas, que sean) tenga ningún componente de captación o de orientación de voto hacia una candidatura determinada que, como queda señalado, es la esencia del acto de propaganda; de contrario, debería entenderse que también lo sería la llamada aséptica, neutra y objetiva a la mera participación, sin ninguna clase ni atisbo de sugerencia añadida, conducta que, como es sabido, prolifera en todo momento, incluso en la misma jornada electoral mientras todavía permanecen abiertos los colegios electorales”.

Si la llamada a la abstención o bien a la participación en unos comicios no se encuentra comprendida en el tipo del art. 144.1 a) LOREG porque no supone un acto de captación de sufragios en favor de una candidatura concreta, es claro que por la misma razón tampoco puede considerarse comprendida en el tipo la exhibición de una bandera estelada, ya que como es sabido, el independentismo en Catalunya no es una opción política atribuible a una sola candidatura, sino a varias, como en los comicios del día 27 de Septiembre de 2015 lo fueron “JUNTS PEL SI” y “CUP”, y en los comicios del día 20 de Diciembre de 2015 lo fueron ERC-CATSI o DL (Democràcia i Llibertat).

Las anteriores razones son ya suficientes para excluir que los hechos pudieran ser constitutivos del tipo penal del art. 144.1 a) LOREG. Pero además, debe añadirse que la formación política en la que milita la investigada (CUP) es notoriamente sabido que no solamente no concurrió los comicios del día 20 de Diciembre de 2015, sino que además propugnó la abstención, de modo que difícilmente podría entenderse que pretendía favorecer a una o varias candidaturas.

TERCERO.- Procede ahora examinar si los hechos pudieran ser o no constitutivos de un delito de desobediencia a la autoridad.

El art. 556.1 del Código Penal dispone que “Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.





Y el artículo 410.1 del Código Penal dispone que “Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

Habida cuenta de que los hechos pudieran ser “a priori” sancionados por dos preceptos, debe aplicarse el art. 8.1ª del Código Penal, del cual resulta que el precepto especial se aplicará con preferencia al general.

En este concreto supuesto, el art. 556.1 CP es un precepto general, y en cambio el art. 410.1 CP es un precepto especial, pues se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que el posible acto de desobediencia se haya llevado a cabo por quien ostenta la condición de autoridad (o funcionario público).

La investigada Sra. Venturós es Alcaldesa de Berga (y lo era cuando sucedieron los hechos enjuiciados), y por ello conforme al art. 24.1 CP tiene la condición de autoridad, por lo que debe aplicarse en consecuencia el art. 410.1 del Código Penal.

Procede pues examinar si concurre o no el tipo del art. 410.1 CP.

La sentencia del Tribunal Supremo 9-4-1999, nº 415/1999, de 9 de abril, establece que el delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario se integra por los siguientes elementos:

“a) La emisión, pronunciamiento o dictado de una sentencia o resolución procesal por un órgano judicial, o de una orden por Autoridad o funcionario administrativo, y que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por Órgano Judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas Autoridades y funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la sentencia, resolución u orden. Este es el presupuesto jurídico extrapenal del delito de desobediencia.

b) Que la Autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obliga la sentencia u orden o despliegue la actividad que le prohiban





tales resoluciones. El Código actual en el art. 410, como el anterior en el 369, exige que la Autoridad o el funcionario se nieguen abiertamente a dar cumplimiento al mandato obligatorio, y la jurisprudencia de esta Sala, (SS. de 16.3.93 (que cita la de 9.12.64) y 516/97 de 18.4), ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y la actuación insistentemente obstaculizadora; y

c) El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal o del superior administrativo, y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden; sin que admita la jurisprudencia (SS. 5.12.90 y 16.3.93 y 2813/93 de 13.12) la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia".

En el supuesto que nos ocupa, no concurre el requisito al que se refiere el apartado "b)", esto es, "Que la Autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obliga la sentencia u orden".

En efecto, el referido precepto exige una negativa abierta a llevar a cabo la orden en cuestión (...se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento...).

Al respecto, el Tribunal Supremo entendió que la palabra " abiertamente" ha de ser identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (SSTS 54/2008, 8 de abril y 263/2001, 24 de febrero).

En cambio, en el supuesto examinado, no consta que hubiera existido una "negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca" de la investigada para retirar la bandera estelada cuando el Ayuntamiento de Berga fue requerido para ello, ya que, de una parte, el requerimiento no se dirigió personalmente a la Alcaldesa D^a. Montserrat Venturós, y de otra parte, existió únicamente pasividad de la investigada.

En efecto, uno de los requisitos que deben entenderse cumplidos para que se entienda cometido el delito que nos ocupa, es el de que la orden, en este caso lo acordado por la Junta Electoral, haya sido notificado al obligado a cumplirla de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido. El Tribunal Supremo al respecto de tal circunstancia en su sentencia de fecha 6/11/2009 dice que: "el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de la decisión, e





incluso de un requerimiento para ser acatada, aunque sin llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del delito, tiene como único fundamento y razón de ser el pleno aseguramiento del conocimiento por parte del desobediente del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir deliberadamente este".

En este supuesto, como se adelantaba anteriormente, el requerimiento no fue dirigido a la Alcaldesa de Berga D^a. Montserrat Venturós sino al Ayuntamiento de Berga, por lo que no siendo la investigada la destinataria directa de dicho requerimiento (que además tampoco le fue notificado personalmente), de ningún modo es posible inferir que la investigada hubiera podido incurrir en una negativa contumaz y rebelde al cumplimiento de lo acordado por la Junta Electoral.

No consta en autos que la investigada hubiera realizado ningún acto del cual pueda razonablemente inferirse una actitud tenaz, contumaz y rebelde al cumplimiento de la orden de retirar la bandera estelada de la fachada del Ayuntamiento que se dirigió a dicho Ayuntamiento, por lo que, constando únicamente que la investigada no la retiró, solo puede apreciarse pasividad.

Tampoco puede obviarse que el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 16 de Marzo de 1993 ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y la actuación insistentemente obstaculizadora. Pero no es menos cierto que en el supuesto de autos no puede apreciarse pasividad "reiterada" puesto que la investigada, tanto en los comicios del día 27 de Septiembre de 2015 como en los comicios del día 20 de Diciembre de 2015, únicamente fue requerida en una ocasión para que retirara la bandera estelada de la fachada del Ayuntamiento y por otra parte no existió ninguna actuación obstaculizadora puesto que de los oficios remitidos por Mossos d'Esquadra a este Juzgado de fecha 27 de Septiembre de 2015 y de fecha 20 de Diciembre de 2015 se desprende que después de haberse ordenado judicialmente la retirada de la bandera estelada por Mossos d'Esquadra, la retirada de las dos esteladas se produjo en el primer caso "sense cap incidència", y en el segundo caso "La retirada de les banderes s'ha fet sense cap incidència i en presència de l'alcalde de Berga a qui se li ha lliurat una còpia de l'esmentada interlocutòria".

CUARTO.- Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, los hechos a los que se refiere este procedimiento no son constitutivos de delito, por





lo que procede acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones conforme a lo dispuesto en el art. 779.1.1º en relación con el art. 637.2 LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo el **SOBRESEIMIENTO LIBRE** de este procedimiento por no ser los hechos constitutivos de delito.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas haciéndoles saber los recursos que cabe interponer contra la misma.

Así lo acuerdo, mando y firmo, D. Albert Ejarque Pavia, Juez del Juzgado de Instrucción 1 de Berga y su partido judicial. Doy fe.

El Juez

La Letrada de la Admon. de Justicia

