

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Causa especial 20907/2017

Objeto del escrito: Recurso de reforma contra el Auto de procesamiento de fecha 21 de marzo de 2018 en nombre de Don Carles Puigdemont, Doña Clara Ponsatí y Don Lluís Puig.

Fecha del escrito: 28 de marzo de 2018.

AL MAGISTRADO INSTRUCTOR

CARLOS ESTÉVEZ SANZ, Procurador de los Tribunales y de **DON CARLES PUIGDEMONT i CASAMAJÓ, DOÑA CLARA PONSATÍ i OBIOLS**, y **DON LLUÍS PUIG i GORDI**, conforme consta acreditado en las actuaciones referenciadas *ut supra*, actuando bajo la dirección técnica del Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, **DIGO:**

Que en fecha 21 de marzo de 2018, se ha dictado Auto por el que se acuerda el procesamiento de mi defendido, y entendiendo que la citada resolución no se ajusta a derecho, interponemos el presente **RECURSO DE REFORMA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base de las siguientes,

ALEGACIONES

PREVIA.- OBJETO Y ÁMBITO DEL PRESENTE ESCRITO

Mediante Providencia de fecha 27 de marzo de 2018 (notificada en la misma fecha), se acordó tener por parte en esta causa a mis defendidos Sres. Carles Puigdemont i Casamajó, Clara Ponsatí i Obiols y Lluís Puig i Gordi.

En el plazo de los tres días hábiles siguientes a la notificación de dicha Providencia, y aún en el plazo de tres días hábiles desde que el Auto de procesamiento fuera notificado al resto de imputados, mediante el presente escrito se formula recurso de reforma contra el indicado Auto de procesamiento, debiendo empero efectuarse las siguientes precisiones:

- 1) En el caso del Sr. Puigdemont, ya se presentó recurso de reforma contra el Auto de procesamiento, mediante escrito de fecha 26 de marzo de 2018. La premura en presentar dicho recurso –anterior incluso a recibir la notificación de la Providencia que admitía nuestra personación– tenía por principal objeto evitar que pudiera acogerse una interpretación –a nuestro juicio, incorrecta– conforme a la cual dicho Auto pudiera tenerse por parcialmente firme respecto a los imputados que no lo hubieren recurrido.

Ante las noticias aparecidas en algunos medios de comunicación –que suelen avanzar con sorprendente precisión las futuras resoluciones judiciales– de que el Magistrado Instructor pretendía decretar, ya el pasado martes 27 de marzo, la firmeza del Auto de procesamiento respecto los Diputados Sres. Puigdemont y Comín a los efectos de poder aplicar –a nuestro juicio de forma doblemente improcedente, si bien no es éste ahora el debate– el artículo 384 bis LECrim y suspender con esa aparente cobertura legal la condición de Diputado de mi defendido Sr. Puigdemont, esta defensa se vio en la necesidad de recurrir el Auto de procesamiento sin agotar siquiera el –brevísimos– plazo legalmente previsto. Ello no obstante, en la medida en que nos hallamos todavía en plazo hábil para formular el recurso, el presente se interpone *ex novo* en nombre de los Sres. Puig y Ponsatí, sirviendo en el caso del Sr. Puigdemont como complemento al escrito ya presentado en fecha 27 de marzo. Si bien nuestra ley procesal no contiene ninguna previsión específica al respecto, entendemos que una interpretación de las normas procesales acorde con el derecho de defensa y su específica manifestación del *favor recursis*, única

interpretación posible a la luz de los derechos fundamentales de carácter procesal consagrados en diversos textos internacionales y en la propia Constitución Española, debe permitir complementar o *mejorar* cualquier recurso mientras aún se dispone de plazo para formularlo. Ello no obstante, si el Tribunal al que nos dirigimos mantuviere una interpretación contraria, es decir, de carácter restrictivo, sin perjuicio de dejar desde ahora ya formulada la denuncia de que tal eventual restrictiva interpretación supondría una vulneración de derechos procesales fundamentales –dejando al efecto formalmente invocado el artículo 24 CE y normas internacionales concordantes, a los efectos previstos en el artículo 44.1.c. LOTC–, debemos dejar asimismo expresa constancia de que los efectos prácticos serían idénticos por cuanto, como seguidamente veremos, las argumentaciones que se expondrán en el presente escrito tienen carácter objetivo y afectarán por igual a mis tres defendidos por mor del principio de extensión de los efectos favorables de los recursos en lo que resulte de aplicación, con independencia de que los argumentos hayan sido formalmente invocados –o tenidos por invocados– por uno(s) u otro(s) imputado(s).

- 2) Como quiera que mis tres defendidos han sido procesados por delitos no coincidentes (por rebelión y malversación los Sres. Puigdemont y Ponsatí, y por malversación y desobediencia el Sr. Puig), algunas de las alegaciones –las referidas a la falta de tipicidad de los respectivos delitos imputados– deberán tenerse por efectuadas, sí respecto a alguno(s) de los imputados y no respecto de otro(s).
- 3) De conformidad con lo previsto en el artículo 240 LOPJ, mediante el presente se interesa asimismo la nulidad de las actuaciones practicadas por un doble motivo:
 - a) Por manifiesta falta de competencia objetiva del tribunal que está conociendo, alegación que se articula al amparo de los dispuesto en el artículo 238.1º LOPJ.

- b) Por haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento, con manifiesta indefensión, al no haberse permitido a esta defensa intervenir en la instrucción, alegación ésta última que se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 238.3º LOPJ.
- Por último, en la medida en que la exclusión del derecho de defensa sufrida hasta la fecha es contraria a la interpretación de diversas normas de la Unión Europea –singularmente, los arts. 47 y 48 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y las disposiciones contenidas en la *Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*, la *Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penal*, *Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, y en la *Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*.

Mediante el presente escrito se interesará asimismo el planteamiento de las correspondientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al socaire aquí de lo dispuesto en el artículo 267 (de la versión consolidada) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En su virtud, el presente escrito se estructurará en las siguientes alegaciones:

- Primera.- Nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del tribunal que está conociendo.
- Segunda.- Nulidad de actuaciones por indefensión al no haberse permitido la actuación de la defensa letrada de los Sres. Puigdemont, Puig y Ponsatí.
- Tercera.- Falta de relevancia penal de los hechos objeto de enjuiciamiento.
- Cuarta.- Falta de tipicidad de los hechos supuestamente constitutivos de un delito de rebelión.
- Quinta.- Inexistencia del delito de malversación.
- Sexta.- Falta de tipicidad de los hechos supuestamente constitutivos de un delito de desobediencia.

Asimismo, mediante el primer otrosí del escrito se interesará el planteamiento de una doble cuestión prejudicial ante el TJUE.

Y, finalmente, mediante el segundo otrosí, se efectuará invocación formal de diversos derechos fundamentales vulnerados en la tramitación de la presente causa, al ser éste el primer momento en que se tiene ocasión para ello, y con el fin de poder denunciar dichas violaciones ante posteriores instancias constitucionales y/o internacionales, si dichas violaciones persistieren.

PRIMERA.- NULIDAD DE ACTUACIONES POR FALTA DE COMPETENCIA OBJETIVA DEL TRIBUNAL QUE ESTÁ CONOCIENDO. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ ORDINARIO Y PREDETERMINADO POR LA LEY (ARTÍCULO 24 DE LA CE, ARTÍCULO 47 Y 48 DE LA CDFUE, ARTÍCULO 6 DEL CEDH Y ARTÍCULO 14 DEL PIDCYP)

Mediante Auto de fecha 31 de octubre de 2017, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo admitió a trámite la Querrela presentada por la Fiscalía General del Estado, en fecha 30 del mismo mes y año contra algunos – entonces– miembros de la Mesa del Parlament de Catalunya. En dicha resolución, la Sala se declaró competente para conocer de los hechos relatados en la querrela, entendiéndose que:

“La existencia de una actuación ejecutada fuera de España, tendencialmente dirigida a hacer realidad el designio independentista, permite tener por colmada, insistimos, a los exclusivos efectos de determinar la competencia objetiva, la referencia geográfica a la que el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña asocia la competencia de esta Sala”.

Mediante Auto de fecha 24 de noviembre de 2017, se acordó la acumulación de las Diligencias Previas 82/2017 del Juzgado de Instrucción Central núm. 3, ampliándose el ámbito subjetivo de investigación de las actuaciones, entre otros, a mis defendidos.

A la vista del Auto recurrido, en el que se concretan los hechos objeto de imputación a mis defendidos –y al margen ahora de su evidente irrelevancia penal–, se pone de manifiesto que todos ellos han tenido lugar en el territorio de Catalunya. En consecuencia, ha quedado evidenciado el fraude de ley utilizado por el Ministerio Fiscal, para atraer el conocimiento de los hechos ante este Tribunal Supremo.

En este sentido, el Ministerio Fiscal aludía en la citada querrela que:

“Los hechos que fundamentan la presentación de la presente querrela se han desarrollado más allá del territorio de Cataluña y han producido efectos traspasando el territorio de dicha Comunidad Autónoma, irradiando al resto del territorio nacional”.

Ello no obstante, como se ha dicho, de todos los hechos investigados, y que han sido ahora recogidos en el Auto de procesamiento, ninguno de ellos ha sido desarrollado fuera del territorio de Catalunya.

En efecto, ha quedado patente que, el forzado relato de hechos llevado a cabo por el Ministerio Fiscal en la querrela, tuvo como única finalidad justificar la competencia del Tribunal Supremo, sustrayendo del conocimiento de los mismos al tribunal legalmente establecido –Tribunal Superior de Justicia de Catalunya–, y vulnerándose, en consecuencia, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española.

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, del Estatuto de Autonomía de Catalunya, y en la medida en la que la causa está siendo dirigida contra algunas personas que ostentan la condición de aforados, la competencia para instruir y, en su caso, enjuiciar la misma corresponde, únicamente, al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Por todo ello, procede la declaración de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo hasta la fecha, ex artículo 240.2 de la LOPJ, al haberse seguido las mismas ante un Tribunal con manifiesta falta de competencia objetiva.

Asimismo, y de forma subsidiaria, si el Tribunal entendiere que no se ha producido la referida causa de nulidad, procedería en su caso la inhibición a favor del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, a los efectos de garantizar el derecho de los procesados al juez ordinario predeterminado por

Ley y de evitar, asimismo, privar a los mismos del derecho a una segunda instancia.

SEGUNDA.- NULIDAD DE ACTUACIONES POR INDEFENSIÓN AL NO HABERSE PERMITIDO LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA LETRADA DE LOS SRES. PUIGDEMONT, PONSATÍ Y PUIG. VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 24 DE LA CE, 47 Y 48 DE LA CDFUE, ARTÍCULO 6 DEL CEDH, 14 PIDCYP Y 10 DE LA DUDH.

Como se ha dicho en la alegación previa, mediante Providencia de fecha 27 de marzo de 2018, se ha tenido a mis mandantes por parte y, en consecuencia, por (re)personados en la causa.

Hasta dicha fecha, no se ha permitido intervenir en las actuaciones a la defensa letrada que suscribe el presente escrito, generándose con ello una evidente indefensión.

Para centrar la petición anulatoria que se articula, conviene centrar previamente algunos de los principales hitos cronológicos sucedidos durante la tramitación de la causa.

A) Negación del derecho de defensa mediante Providencia de fecha 7 de noviembre de 2017.

Mis tres defendidos (Sres. Puigdemont, Puig y Ponsatí) se personaron en la causa (bajo la representación del Procurador de los Tribunales DON Carlos Estévez Sanz y del Letrado Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, ambos abajofirmantes), mediante escrito de fecha 3 de noviembre de 2017.

Mediante Providencia de fecha 7 de noviembre de 2017 (dictada entonces en las D.P. 82/2017 del JCI núm. 3 de la AN) se resolvió

“no ha lugar q autorizar la representación relativa a D. CARLES PUIGDEMONT CASAMAJÓ, DÑA. CLARA PONSATÍ OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI hasta que éstos se pongan a disposición de este juzgado mediante su comparecencia personal”.

El recurso de reforma contra dicha Providencia –que se interpuso convenientemente en nombre de mis defendidos mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2017– fue desestimado por Auto de fecha 21 de noviembre.

En fecha 28 de noviembre de 2017, se presentó el oportuno recurso de apelación, ya ante el Magistrado-Instructor, y para la Sala Segunda, del Tribunal Supremo que había asumido la competencia en el ínterin, al que no se ha dado curso hasta la fecha, pese a haber sido expresamente solicitado por escritos de apremio de fechas 18 de diciembre de 2017 y 23 de marzo de 2018 (que hasta la fecha del presente recurso no ha sido proveído).

B) Petición de suspensión de las declaraciones.

Paralelamente a lo anterior, mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2017, (presentado entonces en la citadas D.P. 82/2017 del JCI 3), se solicitó la suspensión de las declaraciones acordadas para aquel mismo día habida cuenta de la notoria indefensión que producía el hecho de que la citación, a la que se acompañaba una querrela de 118 páginas más documentos, hubiera sido efectuada en día festivo y con menos de 24 horas de antelación, sin tiempo material pues para preparar adecuadamente la defensa (con clara vulneración de lo dispuesto en los artículos 24 de la CE, 47 y 48 de la CDFUE, artículo 6 del CEDH, 14 PIDCYP y 10 de la DUDH).

Por Auto de fecha 6 de noviembre de 2017, se acordó desestimar, en cuanto al fondo, las pretensiones deducidas (entre otros) por mis defendidos Doña Clara Ponsatí y DON Lluís Puig, pese a que,

incongruentemente, en el siguiente párrafo se decretaba “*no ha lugar a autorizar a las representaciones de (entre otros) Doña Clara Ponsatí y DON Lluís Puig el acceso a las actuaciones hasta que éstos se pongan a disposición de este juzgado mediante su comparecencia personal*”.

Formulado el oportuno recurso de apelación, mediante Auto de fecha 7 de diciembre de 2017, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió desestimar el recurso “*en razón a la pérdida sobrevenida de competencia de esta Sala*”, dejando, por tanto, imprejuzada la cuestión.

Como resumen de los anteriores apartados A) y B), nótese pues que el recurso contra el Auto de 6 de noviembre –que acordaba no suspender las declaraciones y no haber lugar a autorizar a las representaciones de mis defendidos “*hasta que éstos se pongan a disposición de este juzgado mediante su comparecencia personal*”– quedó desestimado por pérdida sobrevenida de competencia (!!!), mientras que el recurso de apelación contra el Auto de fecha 21 de noviembre –confirmatorio de la Providencia de 7 de noviembre, por la que se declaraba no haber lugar a autorizar la representación de mis defendidos hasta que se pusieren a disposición mediante su comparecencia personal– no ha sido jamás resuelto al no haberle dado trámite el Magistrado-Instructor pese a haber sido expresamente apremiado dicho trámite. La indefensión producida ha sido expresamente invocada, con cita de preceptos constitucionales e internacionales vulnerados, en todos los escritos presentados.

C) Recursos contra las euroórdenes.

De forma paralela, esta defensa presentó recursos en nombre de mis tres defendidos contra los Autos de fecha 3 de noviembre de 2017, por los que se habían acordado la orden internacional de detención y entrega y la orden europea de detención y entrega con fines extradicionales de cada uno de mis defendidos.

Dichos recursos fueron desestimados mediante Autos de fecha 24 de noviembre de 2017, del Juzgado Central de Instrucción número 3, siendo de destacar que en ninguno de los tres Autos dictados se discutía la válida interposición de los recursos –desestimados por razones de fondo– por esta misma defensa.

En fecha 4 de diciembre de 2017, habiéndose declarado ya la competencia del Tribunal Supremo para conocer de las Diligencias Previas 82/2017, esta parte formuló, ante este Tribunal, respectivamente, tres recursos de apelación contra los referidos Autos de fecha 24 de noviembre de 2017, a los que no se ha dado curso alguno, sin haberse apremiado el trámite habida cuenta de que mediante Auto de fecha 5 de diciembre, el Magistrado-Instructor acordó retirar las órdenes europeas de detención, aclarándose por Providencia de la misma fecha que la retirada debía entenderse asimismo referida a las órdenes internacionales.

Formulada aclaración por esta defensa, mediante Providencia de fecha 12 de diciembre de 2017 se resolvió que:

“no ha lugar a autorizar la representación relativa a D. CARLES PUIGDEMONT CASAMAJO, DOÑA CLARA PONSATI OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI hasta que estos se pongan a disposición de este Juzgado mediante su comparecencia personal”. Y no obstante ello no procede aclarar lo que está suficientemente claro, que quedan sin efecto las órdenes acordadas en su día europeas e internacionales de detención”.

D) Comunicación al Tribunal del aforamiento de Don Carles Puigdemont i Casamajó.

Asimismo, mediante escrito de fecha 29 de enero de 2018, se puso en conocimiento de este Tribunal que DON Carles Puigdemont Casamajó había adquirido la condición de Diputado del Parlament de Catalunya conforme Acuerdo de la Mesa del Parlament Adoptado en fecha 18 de enero de 2018.

Nuevamente, el Juzgado dictó Providencia de fecha 31 de enero de 2018, en la que se estableció que *“como se acordó por Providencia de 7/11/2017 y sucesivas, no se le tiene por personado en tanto no sea hallado o se ponga a disposición de este Tribunal, por lo que procede la devolución a la citada representación procesal del escrito presentado”*.

E) Intervención de esta defensa ante el TSJC.

Paralelamente, esta defensa sí se hallaba personada e intervenía sin restricción de ninguna clase en las D.P. 3/2017 seguidas ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, contra buena parte de los mismos imputados por los delitos de desobediencia, prevaricación, malversación atribuidas por mor de la convocatoria del referéndum de autodeterminación de fecha 1 de octubre de 2017.

Mediante Providencia de fecha 12 de febrero de 2018, se nos dio ahí traslado de la acumulación de aquella causa a esta Causa Especial 20907/2017 seguida ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Consecuentemente, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2018, solicitamos de nuevo se nos tuviera por comparecidos, ya que no permitir la personación equivaldría a “despersonarnos” de la defensa

que sí veníamos ejerciendo en la causa acumulada. Se invocaba asimismo, de nuevo, la vulneración de derechos fundamentales que supondría no aceptar la intervención de esta defensa.

Por Providencia de fecha 23 de marzo, se resolvió que “(...) como se tiene acordado por resolución de fecha 7/11/2017 y sucesivas, no se le tiene por personado en tanto en cuanto sus representados no sean hallados o se pongan a disposición de este Tribunal”.

F) Providencia de 27 de marzo de 2018 admitiendo la personación.

Y, finalmente, mediante Providencia de fecha 27 de marzo de 2018, el Magistrado- Instructor ha acordado:

“Dada cuenta. El escrito de 20 de marzo de 2018 de la representación procesal de CARLES PUIGDEMONT CASAMAJÓ, CLARA PONSATÍ OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI interesó que se le tuviera por personado en este procedimiento por la representación que ostentan y que se le diera traslado de todo lo actuado. El pedimento le fue denegado por Providencia de 23 de marzo de 2018 en atención a no haber sido hallados los investigados y no encontrarse a disposición de este Tribunal.

En fecha 25 de marzo fue detenido en Alemania Carles Puigdemont, como consecuencia de la orden de detención emitida por este Instructor, estando siendo tramitadas las relativas a los otros dos investigados. De conformidad con ello, se acuerda tener por parte en esta causa al Procurador Sr. Estévez Sanz, en nombre y representación de CARLES PUIGDEMONT CASAMAJÓ, CLARA PONSATÍ OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI, dándosele traslado de lo actuado”.

Como se desprende de los antecedentes recién consignados, los imputados Sres. Carles Puigdemont i Casamajó, Lluís Puig i Gordi y Clara Ponsatí i Obiols, han sido privados de su derecho de defensa técnica, desde

prácticamente el inicio de la Instrucción y hasta la reciente Providencia de fecha 27 de marzo de 2018, una vez dictado ya el Auto de procesamiento.

Como seguidamente razonaremos, dicha privación del derecho a intervenir en la instrucción ínterin no se pusieran a disposición judicial mediante su comparecencia personal:

1. Carece de cobertura legal y vulnera flagrantemente la normativa internacional y europea de aplicación.
2. Es contradictoria en sus premisas fácticas, pues el derecho que jamás debió ser restringido se concede en las exactas circunstancias fácticas – puesta a disposición ante los tribunales concedores de Órdenes Europeas de Detención y Entrega– en las que su ejercicio fue privado.
3. La privación del derecho de defensa ha supuesto prescindir de normas esenciales de procedimiento produciendo una evidente indefensión material.

Consecuentemente, procede declarar la nulidad de las actuaciones practicadas, retrotrayéndose las mismas al momento en que produjo la vulneración.

Para mayor claridad expositiva, abordaremos cada una de las cuestiones enunciadas en los subsiguientes subapartados.

1. La privación del derecho de defensa de mis mandantes, ínterin no se pusieran a disposición judicial mediante su comparecencia personal, carece de cobertura legal y vulnera flagrantemente la normativa internacional y europea de aplicación.

Como se ha explicado en los antecedentes cronológicos, mediante resoluciones de fechas 6 y 7 de noviembre de 2017 –esto es, en los albores de la instrucción– se acordó:

“no ha lugar a autorizar a las representaciones de [...] el acceso a las actuaciones hasta que éstos se pongan a disposición de este juzgado mediante su comparecencia personal” (Auto de fecha 6 de noviembre de 2017).

“No ha lugar a autorizar la representación relativa a D. CARLES PUIGDEMONT CASAMAJÓ, DÑA. CLARA PONSATÍ OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI hasta que éstos se pongan a disposición de este juzgado mediante su comparecencia personal” (Providencia de fecha 7 de noviembre de 2017).

Como hemos asimismo visto en los antecedentes cronológicos, en diferentes resoluciones posteriores, dictadas ya por el Magistrado-Instructor del Tribunal Supremo, se ha reiterado repetidamente el criterio de no dejar intervenir a esta defensa en la instrucción, con invocación siempre de la inicial providencia de fecha 7 de noviembre de 2017, devolviéndose incluso, también en repetidas ocasiones, diferentes escritos presentados por esta defensa.

Procede pues analizar, en primer lugar, si nuestro ordenamiento jurídico-procesal ampara la acordada exclusión de la representación y defensa causídicas por la falta de puesta a disposición del imputado; o, en pasiva, si es lícito condicionar el efectivo ejercicio del derecho de defensa a la previa puesta a disposición del imputado mediante su comparecencia personal ante el Tribunal que conoce.

A nuestro juicio, como ya hemos argumentado en diferentes escritos y recursos presentados, privar del efectivo ejercicio del derecho de defensa bajo el pretexto de la falta de puesta a disposición del imputado es contrario no sólo a la normativa procesal legal interna, sino también a diferentes textos internacionales recepcionados en el ordenamiento jurídico español y, por ende, de plena aplicación en España ex artículo 96 CE.

Veámoslo. Como seguidamente desarrollaremos *in extenso* el derecho a la asistencia técnica de un Abogado de toda persona sujeta a un proceso penal goza de una sólida configuración, tanto constitucional como legal, en el

ámbito interno, como, especialmente, de un sólido reconocimiento en el ámbito internacional y, muy singularmente, en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea que ha cuidado de dotarle de especial protección en los últimos años.

La denegación de la personación de la representación y defensa de mis defendidos en la presente causa, condicionada a su comparecencia personal ante el Juzgado, fue fundamentada por las diferentes resoluciones dictadas en una pretendida primacía de la eficiencia del proceso. Y, ciertamente, la presencia de los investigados en la causa puede aportar su visión directa de los hechos acaecidos, pero, obviamente, no es la única manera que tienen éstos de colaborar en la instrucción de la causa, ni justifica, como veremos, que se vean privados de un derecho tan esencial como es el de ser asistidos por Abogado de su confianza.

La configuración legal, los límites y las excepciones al derecho a la asistencia técnica de un Abogado para todas las personas investigadas, detenidas o presas ha experimentado en efecto una trascendente evolución en el ordenamiento internacional, europeo y estatal en el sentido de garantizar su plenitud. Por ello, antes de entrar a discernir si tal derecho ha sido vulnerado en el caso que nos ocupa, conviene recordar cuál es la normativa internacional y estatal que le resulta de aplicación.

a) El reconocimiento constitucional e internacional del derecho a la asistencia letrada.

El derecho a la asistencia técnica de un Abogado, especialmente cuando afecta a personas detenidas o imputadas en una causa penal, viene recogido tanto en la Constitución Española de 1978, como en las más relevantes normas de carácter internacional protectoras de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Así, empezando por nuestro derecho interno, el **artículo 24 de la Constitución Española** dispone:

*“1. Todas las personas tienen **derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos**, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

*2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y **a la asistencia de letrado**, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y **con todas las garantías**, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

En el ámbito de las normas internacionales más relevantes, cabe hacer referencia de las siguientes:

- **El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 dice:

*“Toda persona tiene derecho, **en condiciones de plena igualdad**, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o **para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.**”*

- El artículo 14, en sus apartados 1º y 3º del **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 determina:

*“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. **Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...*

.../...

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

.../...

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

.../...;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

.../.....”

- El artículo 6 apartado 3º del **Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950 establece:

“3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan

.../...”.

- Finalmente, pero de singular trascendencia en este caso, el artículo 47 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, aprobada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, preceptúa:

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

b) La evolución de la normativa procesal penal española.

La concreción del derecho a la asistencia técnica letrada ha experimentado también una importante evolución en el derecho procesal interno español desde la primitiva redacción de la LECrim hasta la actualidad, y, especialmente, desde la transposición del derecho europeo derivado de la aprobación de la *Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho de información en los procesos penales* y, con mayor énfasis aún, la *Directiva 2013/48/EU sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.*

Esta evolución determina que las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC, recordemos, de 26 de noviembre de 1986 y de 10 de noviembre de 2003) invocadas en el Auto de 21 de noviembre que confirmó la inicial Providencia –inmotivada– de 7 de noviembre, luego repetidamente invocada por el actual Magistrado-Instructor de la causa para seguir denegando la posibilidad de intervención de esta defensa, hayan de ser contempladas a la luz de la referida Directiva y de la Ley Orgánica que la incorporó al ordenamiento jurídico español.

En su primitiva redacción aprobada por el *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882*, el artículo 118 de la LECrim establecía:

“Los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por Letrado, que pueden nombrar desde que se les notifique el auto de procesamiento. Si no los nombraren por sí mismos o no tuvieren aptitud legal para verificarlo, se les designará de oficio cuando lo solicitaren. Si el procesado no hubiese designado Procurador o Letrado, se le requerirá para

que lo verifique, o se le nombrarán de oficio, si requerido no los nombrase, cuando la causa llegue a estado en que necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su intervención.”

La redacción era evidentemente restrictiva puesto que literalmente dejaba fuera de la protección del derecho de asistencia letrada a toda la fase de instrucción, al referirse a la posibilidad de designar letrado “*desde que se les notifique el auto de procesamiento*”.

Esta regulación tan restrictiva para el derecho de defensa, que posibilitaba la ausencia de asistencia letrada durante la instrucción, fue inmediatamente corregida tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Así, el artículo 2.1 de la *Ley 53/1978, de 4 de diciembre* dio nueva redacción al artículo 118 de la LECrim, redacción que estuvo vigente hasta el 27 de octubre de 2015, cuando se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva referida. Es con esta redacción cuando el Tribunal Constitucional estableció la doctrina a que se refería el calendarado Auto de 21 de noviembre. Decía esta segunda versión del artículo 118:

“Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su actuación.”

Es evidente el avance que esta nueva redacción comporta, ya que la posibilidad de todo investigado de ser asistido por un letrado ya no se sitúa en el estadio procesal del procesamiento, sino “*desde que se le comuniquen su existencia*” (de la imputación).

Sin embargo, la regulación seguía resultando insuficiente ya que, entre otras cuestiones relevantes, **no establecía las posibles excepciones a este derecho**, lo cual posibilitaba interpretaciones como las que mantiene el Auto de 21 de noviembre, en el sentido de condicionar la efectividad de este derecho a la comparecencia personal ante el Tribunal.

La *Directiva 2013/48/EU* supuso el salto cualitativo más relevante en la materia que nos ocupa y un reforzamiento integral del derecho a la asistencia letrada que ahora pasa a tener unas mínimas limitaciones y excepciones que, como veremos, **en ningún caso afectan a la situación procesal de rebeldía**.

Así, en los considerandos 31, 32 y 38 de la Directiva se prevé, en relación con las excepciones, siempre temporales, al derecho de asistencia letrada:

*“(31) Los Estados miembros pueden establecer una **excepción temporal al derecho a la asistencia de letrado en la fase de instrucción**, cuando exista una **necesidad urgente**, con el fin de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona...*

.../...

*“(32) Debe permitirse también a los Estados miembros establecer una **excepción temporal al derecho a ser asistido por un letrado en la fase de instrucción**, cuando **resulte indispensable una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal, en particular con el fin de impedir la destrucción o la alteración de pruebas esenciales o de impedir la manipulación de los testigos...***

.../...

*“(38) Los Estados miembros **deben estipular claramente en su normativa nacional los motivos y criterios por los que se aplique cualquier excepción***

temporal a los derechos reconocidos en la presente Directiva, y deben hacer un uso restringido de la excepción...”

Desarrollando estos principios, el artículo 3 de la Directiva establece:

“Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales.

1. Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.

*2. El sospechoso o acusado **tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada.** En cualquier caso, el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado **a partir del momento** que antes se produzca de entre los que se indican a continuación:*

a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

*b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una **actuación de investigación o de obtención de pruebas** con arreglo al apartado 3, letra c);*

c) sin demora injustificada tras la privación de libertad;

d) con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

3. El derecho a la asistencia de letrado implicará lo siguiente:

a) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

b) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional;

c) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto.

.../...

*5. En **circunstancias excepcionales** y **únicamente en la fase de instrucción**, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente lo dispuesto en*

el apartado 2, letra c), en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad.

6. En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:

a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;

b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.”

A mayor abundamiento, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, establece la obligación de información a las personas acusadas de haber cometido una infracción penal de toda la información necesaria para preparar su defensa.

En concreto, el considerando núm. 27 de dicha Directiva establece:

“(27) Las personas acusadas de haber cometido una infracción penal deben recibir toda la información necesaria sobre la acusación para poder preparar su defensa y salvaguardar la equidad del procedimiento”.

Además, el considerando núm. 28 de la referida Directiva establece:

“(28) Debe facilitarse con prontitud a la persona sospechosa o acusada la información acerca de la infracción penal que se sospecha ha cometido o de cuya comisión se le acusa, a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente, y sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso. Debe facilitarse una descripción de los hechos constitutivos de infracción penal incluyendo, si se conocen, el lugar y la hora así como la posible tipificación jurídica, de forma suficientemente detallada, teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa descripción, a fin de salvaguardar la equidad del procedimiento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa”.

Desarrollando estos principios, el artículo 6 de la Directiva establece:

“Derecho a recibir información sobre la acusación.

1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. Esta información se facilitará con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa.

2. Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa.

3. Los Estados miembros garantizarán que, a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, se facilite información detallada sobre la acusación, incluidas la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada.

4. Los Estados miembros garantizarán que se informe con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con el presente artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento”.

Asimismo, la *Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016*, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, garantiza el derecho a formar parte durante el procedimiento.

En concreto, el artículo 8 de la referida Directiva establece:

“1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a estar presentes en el juicio.

2. Los Estados miembros pueden disponer que, aun en ausencia del sospechoso o acusado, pueda celebrarse un juicio que pueda dar lugar a una resolución de condena o absolución del sospechoso o acusado, siempre que:

- a) el sospechoso o acusado haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia, o*
- b) el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado.*

3. *Cualquier resolución adoptada de conformidad con el apartado 2 podrá ejecutarse contra el sospechoso o acusado en cuestión.*

4. *Si los Estados miembros establecen la posibilidad de celebrar juicio en ausencia del sospechoso o acusado, pero no es posible cumplir las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, porque el sospechoso o acusado no ha podido ser localizado pese a haberse invertido en ello esfuerzos razonables, los Estados miembros podrán prever que, no obstante, se pueda adoptar y ejecutar una resolución. En tal caso, los Estados miembros garantizarán que, cuando los sospechosos o acusados sean informados de la resolución, en particular cuando se les detenga, se les informe además de la posibilidad de impugnarla y del derecho a un nuevo juicio o a interponer otro tipo de recurso con arreglo al artículo 9.*

5. *El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales que dispongan que el juez o el tribunal competente puede excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado cuando sea necesario para asegurar el curso adecuado del proceso penal, siempre que se respete el derecho de defensa.*

6. *El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales con arreglo a las cuales el procedimiento, o ciertas fases del mismo, se desarrolla por escrito, siempre que se respete el derecho a un juicio justo”.*

Ante la falta de trasposición en plazo por el Estado español, dicha Directiva, resultará directamente aplicable a partir del próximo día 1 de abril de 2018.

Por último, la *Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, establece, en su artículo 11.2, lo siguiente:

“Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”.

Conocemos que una vez incorporado la normativa de una Directiva al derecho interno, ésta ya no se puede invocar como derecho aplicable, sino que debe acudir a la normativa interna, **pero sí que puede y debe ser utilizada a efectos interpretativos, de manera que la normativa estatal siempre debe ser interpretada de acuerdo con el sentido y la filosofía de las normas comunitarias.**

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, introduce un nuevo redactado del precepto que nos ocupa, lo que supone una redacción más completa del derecho al que nos referimos. Esta redacción estuvo vigente escasos días (28 de octubre de 2015 a 31 de octubre de 2015), por lo que la omitimos.

Finalmente, Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, proporciona el vigente redactado al artículo 118. Dice su exposición de motivos:

*“Por esta razón, se modifica el actual artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se regula el derecho de defensa, reconociéndose de forma clara y precisa que toda persona a la que se atribuya la comisión de un acto punible, podrá ejercitar su derecho de defensa, sin más limitaciones que las previstas en la ley, fijándose como marco temporal para el ejercicio de este derecho desde la atribución del hecho punible investigado hasta la misma extinción de la pena. Es contenido esencial del derecho de defensa la asistencia de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente **en cualquier momento desde que se le atribuya la realización de un hecho punible** y que estará presente en todas sus declaraciones y en cuantas diligencias de reconocimiento, careo o reconstrucción de hecho se practiquen”.*

Dice la vigente versión del artículo 118 LECrim:

*“1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, **desde que se le comuniquen su existencia**, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:*

.../...

*b) **Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.***

.../...

d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.

.../....

2. El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena...”

Por lo tanto, el derecho a la libre designación y a la asistencia de Abogado, en el marco de la legislación procesal vigente en España, **se limita “ex lege”**, única y exclusivamente a los supuestos previstos en el artículo 527 LECrim, por expresa disposición del artículo 118.1.d). y, recordemos, el artículo 527.2 LECrim dispone:

“Derechos de los detenidos o presos incomunicados.

1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

a) Designar un abogado de su confianza.

.../...

d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.”

No existe por tanto en la vigente legislación procesal penal española, norma alguna que habilite la privación del derecho de defensa en los supuestos de la situación procesal de rebeldía, por lo que, atendiendo a una correcta interpretación de la Directiva 2013/48/UE, y a la actual redacción del artículo 118 LECrim, cualquier limitación del referido derecho fuera de los supuestos legalmente tasados, no es ajustada a derecho.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos han evolucionado de forma ostensible hacia un cada día amplio reconocimiento del derecho a la asistencia letrada

El Auto de fecha 21 de noviembre de 2017, que confirmó la previa Providencia de 7 de noviembre –luego repetidamente invocada por el actual

Magistrado-Instructor de esta causa–, amparó la decisión adoptada de no admitir la personación de los Abogados que defienden a los investigados que no han comparecido personalmente a la causa, mediante la invocación de dos sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 26 de noviembre de 1986 y 10 de noviembre de 2013.

Por su fecha, ambas resoluciones eran anteriores a la transposición al derecho interno español de la Directiva comunitaria 2013/48/EU, por lo que debieron ser interpretadas a la luz de las importantes modificaciones introducidas en la LECrim.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha experimentado, incluso antes de la recepción del derecho comunitario al que nos acabamos de referir, una importante modulación de sus iniciales postulados de los años 80.

Así, en los ochenta, y concretamente en la STC 87/1984, de 27 de julio, el Tribunal afirmaba en un supuesto similar al que nos ocupa:

“La cuestión, pues, consiste en determinar si la exigencia del requisito de la comparecencia personal es razonable y no incide sustancialmente en el derecho de defensa. Respecto al primer punto, pocas dudas puede haber respecto a la razonabilidad del requisito. Ya se ha dicho antes que la presencia personal del acusado en el proceso penal es un deber. La finalidad, por otra parte, es clara. De un lado, el acusado debe estar a disposición de la justicia para sufrir en su caso el cumplimiento coactivo de la pena. De otro lado, su propia presencia puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Por último, si la situación persiste concluido el sumario no puede celebrarse la vista oral ni haber Sentencia, respecto del rebelde, con lo que se paraliza el procedimiento, al menos parcialmente, con daño evidente no sólo de los particulares posiblemente afectados, sino también de los intereses públicos cuya importancia en el proceso penal no es necesario destacar. Quien incumple ese deber y se substraе voluntariamente a la acción de la justicia y pretende además sustituir la obligada comparecencia personal por una comparecencia por medio de representante (pues esto es lo que ocurre en este caso, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal) se coloca en una situación anómala respecto al proceso, al exigir sus derechos al mismo tiempo que incumple sus deberes, y perturba gravemente el desarrollo del procedimiento. No parece, en estas circunstancias, que el requisito de la comparecencia personal para poder ejercer el derecho de defensa sea irrazonable o desproporcionado.”

Esta es la misma doctrina invocada por la Sentencia de 26 de noviembre de 1986 que se citaba en el Auto de 21 de noviembre. Es decir, en estos primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional se amparaba en la exigencia de un deber de comparecer y ponerse a disposición de la justicia para colaborar en su acción, deber que se consideraba de mayor relieve que el derecho a la asistencia técnica de un Abogado.

O dicho de otra manera, en el juicio de proporcionalidad que debe presidir la prevalencia de los derechos en juego, se primaba el derecho al procedimiento mediante la imposición del deber de comparecer personalmente, frente al derecho a la asistencia técnica de un Abogado.

Estos iniciales pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido modulados en resoluciones posteriores, como por ejemplo, la propia resolución del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 2003 que también se citaba en el Auto de 21 de noviembre, en la que se reconoció ya el derecho a la defensa del declarado rebelde, cuando debe defenderse de una resolución ejecutoria para el cumplimiento de una condena firme.

Finalmente, en las sentencias más recientes (STC 26/2014, de 13 de febrero), el Tribunal Constitucional, *rectificando una doctrina anterior*, establece que en la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, ya no resulta relevante si en los supuestos de rebeldía, el Estado ejecutor de la orden tiene previstos procedimientos de revisión de las sentencias dictadas en tal situación, **sino que es determinante comprobar si en el procedimiento seguido el rebelde ha podido ser o no representado y defendido por Abogado**. Es decir, lo determinante es que en las situaciones de rebeldía pueda estar siempre presente el Abogado de confianza elegido por la persona sujeta a las actuaciones penales.

Igualmente son notorios los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la línea que defendemos, de entre los que haremos mención de los siguientes:

1º.- Caso Pelladoah c. Países Bajos. Sentencia de 22 septiembre 1994.

TEDH 1994\32. Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

*“En su informe, la Comisión considera que el derecho a la asistencia de un defensor no puede ser invocado solo por los acusados presentes en persona en su proceso. Considera, en consecuencia, que **la posición adoptada en derecho holandés, a saber, que un acusado que no comparece personalmente en su proceso pierde el derecho a ser asistido por un defensor, es incompatible con el respeto de las garantías fundamentales de las que debe beneficiarse todo acusado.** La necesidad de asegurar la presencia del acusado en su proceso no podría justificar que se dictara una sentencia desfavorable al interesado sin haber escuchado la defensa que desea presentar a través de su abogado.*

*En la vista ante el Tribunal, el delegado de la Comisión señaló que el principio de la igualdad de armas consagrado en el artículo 6 exige que los argumentos de la defensa sean escuchados en la medida de lo posible además de los de la acusación. **Al admitir que es importante que el acusado esté presente en su proceso, opinión expresada por el Tribunal en su Sentencia Poitrimol previamente mencionada (ibidem, pg. 15, ap. 35), considera incorrecto que se amenace con la «pérdida de derechos fundamentales» al interesado para que así comparezca.***

.../...

(Ap. 41) El Tribunal no podría admitir el argumento del Gobierno según el cual el demandante no puede considerarse víctima de una vulneración de sus derechos garantizados por dichas disposiciones, ya que su abogado no solicitó al tribunal de apelación, conforme a la regla aplicable de procedimiento penal holandés, la autorización para defender a su cliente (apartado 28 supra). Todo acusado tiene derecho a ser asistido de un defensor. Para que este derecho revista un carácter práctico y efectivo, y no puramente teórico, su ejercicio no debe ser cautivo del cumplimiento de las condiciones excesivamente formales: corresponde a los tribunales asegurar el carácter equitativo de un proceso y velar, en consecuencia, por que un abogado que asiste a dicho proceso para defender a su cliente en ausencia de éste, tenga la posibilidad de hacerlo.”

2.-Caso Poitrimol c. Francia. Sentencia de 21 de enero de 1999, que

afirma:

"la inadmisibilidad de un recurso, por motivos relacionados con la fuga del demandante, debía considerarse ... una sanción desproporcionada, teniendo en cuenta el lugar primordial que los derechos a la defensa y el principio de preeminencia del derecho ocupan en una sociedad democrática"

3.-Caso Van Geyseghem c. Bélgica. Sentencia de 21 de enero de 1999 que establece:

*"El derecho fundamental a comparecer en el procedimiento (artículo 6.3.c) no requiere una ponderación en función del caso, estando ésta fuera de lugar y siendo inadmissible toda tentativa de ponderación. **Una ponderación es subjetiva y por tanto arbitraria**, conllevando por tanto un exceso de poder. El derecho del defensor a no asistir a su propio proceso **está estrechamente ligado con el derecho a guardar silencio**. Si en nombre de las ventajas reconocidas para la administración de justicia (de la comparecencia del querrellado) debiéramos considerar la presencia del acusado en su proceso como una condición previa a toda defensa, podríamos usar los mismos argumentos para **obligarlo a no guardar silencio en nombre de una buena administración de justicia**. "*

4°.- Caso Khalfaoui c. Francia. Sentencia de 14 de diciembre de 1999 que dice:

"las limitaciones impuestas para el acceso a un Tribunal no podrán restringir el acceso abierto al individuo de una forma o hasta un punto tal que el derecho se encuentre vulnerado en su sustancia misma"

5°.- Caso Mariani c. Francia. Sentencia de 31 marzo 2005. TEDH 2005\34 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª):

"En su Sentencia Krombach (TEDH 2001, 88) contra Francia (previamente citada), el Tribunal volvió a afirmar que la presencia del acusado en un proceso penal reviste una importancia capital tanto por el derecho a ser oído como por la necesidad de controlar la exactitud de sus afirmaciones y confrontarlas con las de la víctima, cuyos intereses hay que proteger, así como con las de los testigos, precisando que ello es válido tanto para un proceso penal como para un proceso correccional. Además, aunque no absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado designado, si así procede, de oficio, figura entre los elementos fundamentales de un proceso equitativo.

Un acusado no pierde este derecho por el mero hecho de su ausencia en los debates. Incluso si el legislador debe poder desanimar las abstenciones injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un defensor (Sentencias, anteriormente citadas, Van Geyse ghen contra Bélgica [TEDH 1999, 2] , ap. 34 y Krombach [TEDH 2001, 88] , ap. 89).

El Tribunal considera, por tanto, que el procedimiento en rebeldía no respondió a las exigencias del artículo 6.1 y 6.3 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (Sentencia Krombach [TEDH 2001, 88] , anteriormente citada, ap. 91).”

De todas las citadas sentencias, y otras resoluciones precedentes en ellas invocadas, se colige inequívocamente que, en el marco del derecho europeo de protección de los derechos fundamentales, no puede considerarse admisible la limitación del derecho de defensa frente a investigados que no hubieren comparecido personalmente.

Igualmente en el caso que nos ocupa, **el juicio de relevancia o proporcionalidad** que debió efectuarse ante la decisión adoptada por el Juzgado Central, de probar de defensa técnica a mis representados, debió atender a dos intereses: el de la correcta administración de justicia que se concreta en el interés del Estado a que los trámites procedimentales se desarrollen sin obstáculos irrazonables, y, de forma preponderante, el interés de mis defendidos a poder participar en el procedimiento, articulando su derecho de defensa y posibilitando su plena intervención en el proceso.

Por todo lo expuesto, entendemos que el juicio de proporcionalidad debió decantarse necesariamente hacia la protección del derecho de defensa de mis defendidos, motivo por el cual el Juzgado Central primero, y el Magistrado-Instructor de la Sala Segunda después, debieron haber admitido la personación de mis defendidos mediante la asistencia técnica de su Abogado.

No habiéndose actuado en el sentido descrito, se han vulnerado gravemente normas esenciales de procedimiento, protectoras del sacrosanto derecho de defensa especialmente en el ámbito penal, generándose por ende una grave indefensión al no haberse permitido a la defensa de los imputados participar activamente en todas las diligencias de instrucción practicadas interesando asimismo la práctica de diligencias convenientes para el derecho de defensa.

2. Inexplicable contradicción lógica entre la –correcta– resolución ahora dictada y la permanente negativa a dejar intervenir a la defensa de mis mandantes durante el curso de la instrucción.

Como ya se ha visto, la resolución de fecha 27 de marzo de 2018, permitió, por fin, tener por parte a mis defendidos en base al siguiente escueto razonamiento:

“Dada cuenta. El escrito de 20 de marzo de 2018 de la representación procesal de CARLES PUIGDEMONT CASAMAJÓ, CLARA PONSATÍ OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI intereso que se le tuviera por personado en este procedimiento por la representación que ostentan y que se le diera traslado de todo lo actuado. El pedimento le fue denegado por providencia de 23 de marzo de 2018 en atención a no haber sido hallados los investigados y no encontrarse a disposición de este Tribunal.

En fecha 25 de marzo fue detenido en Alemania Carles Puigdemont, como consecuencia de la orden de detención emitida por este Instructor, estando siendo tramitadas las relativas a los otros dos investigados. De conformidad con ello, se acuerda tener por parte en esta causa al Procurador Sr. Estévez Sanz, en nombre y representación de CARLES PUIGDEMONT CASAMAJO, CLARA PONSATÍ OBIOLS y LLUIS PUIG GORDI, dándosele traslado de lo actuado”.

Es decir, la Providencia transcrita fundamenta tener por parte, ahora sí, a los imputados, en el hecho de que DON Carles Puigdemont fue detenido en Alemania como consecuencia de la orden de detención emitida por el propio Instructor y, respecto mis otros dos defendidos, en el hecho de estar siendo tramitadas las correspondientes órdenes europeas de detención. Como hemos analizado pormenorizadamente en el anterior apartado, el hecho de no estar a disposición no hubiera sido tampoco motivo válido para privarles del pleno ejercicio de su derecho. Pero, obsérvese bien, sí hoy se les concede por estar a disposición de las jurisdicciones alemana y belga en el marco de las respectivas órdenes europeas de detención cursadas por el Instructor en fecha 23 de marzo último, deviene incomprensible, cuando no directamente arbitrario, haberles privado del derecho de defensa en fecha 7 de noviembre y mantener esta privación hasta ayer, cuando, como consta, en méritos de la primera euroorden cursada en fecha 3 de noviembre, mis tres defendidos –

que previamente ya habían ofrecido, sin éxito, declarar por videoconferencia— se pusieron a disposición de la justicia belga en fecha 5 de noviembre de 2017, es decir, con anterioridad a que les fuera arbitrariamente privado el efectivo ejercicio de su derecho de defensa.

A mayor abundamiento, consta asimismo que, pese a mantenerles continuadamente privados del ejercicio del derecho de defensa entre el 6 de noviembre de 2017 y el 27 de marzo de 2018, esto es, durante prácticamente los albores de la instrucción y hasta después de dictado el Auto de procesamiento, sí se ha permitido a mis mandantes, y a este Letrado en su defensa, intervenir en puntuales actuaciones —antes reseñadas— como recurrir las órdenes europeas e internacionales de detención o intervenir sin limitación alguna en las D.P. seguidas ante el Tribunal de Justicia de Catalunya luego acumuladas a la presente causa. La exclusión del derecho de defensa de mis mandantes no fue pues solamente contraria a derecho, sino ilógica e incoherente.

3. La privación del derecho de defensa ha supuesto prescindir de normas esenciales de procedimiento produciendo una evidente indefensión material. Consecuentemente, procede declarar la nulidad de las actuaciones practicadas, retrotrayéndose las mismas al momento en que produjo la vulneración.

Como se ha dicho, la privación del ejercicio del derecho de defensa durante el transcurso de la instrucción —desde sus albores y hasta después de dictado el procesamiento, acordada además por simple Providencia huérfana de toda motivación, ha generado una palmaria indefensión material a mis mandantes que, ex artículos 238.3º y 240 LOPJ sólo puede ser subsanado decretando la nulidad de las actuaciones practicadas desde que se cometió la infracción, procediendo a reproducir todas las diligencias de instrucción con intervención de la defensa de mis mandantes a quienes debe asimismo reconocerse el derecho a proponer la práctica de cuantas diligencias resultaren acordes con

su pleno derecho de defensa de conformidad todo ello con lo preceptivamente dispuesto en los arts. 118, 302, 311 y demás concordantes de la LECrim.

Por ello, en la súplica del presente escrito se Interesará expresamente la nulidad de actuaciones recién explicada. Asimismo, como quiera que, a entender de esta parte, la interpretación mantenida hasta la fecha de ayer no es acorde con el derecho comunitario de aplicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del TFUE se interesará, asimismo, en el primer otrosí de este escrito, el planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TERCERA.- FALTA DE RELEVANCIA PENAL DE LOS HECHOS OBJETO DE ENJUICIAMIENTO.

Como se desarrollará a continuación, tanto la convocatoria de un referéndum, como la declaración de independencia de una parte del territorio de forma pacífica son hechos que no pueden subsumirse en la configuración de ningún tipo penal que se encuentre actualmente recogido en nuestro Código Penal.

En efecto, perseguir estos actos a través del *ius puniendi* supone la vulneración del principio de legalidad penal, y ello también se produce cuando se hacen servir, en fraude de ley, tipos penales de una manera sesgada a su propia finalidad, para conseguir una finalidad ilícita, como es castigar la convocatoria de un referéndum, o la declaración de independencia de una parte del territorio de forma pacífica.

En este sentido, el Estado, mediante el Ministerio Fiscal, no puede utilizar de esta forma su capacidad represiva, ni instrumentalizarla como *prima ratio* ante las conductas que han motivado el desarrollo de la presente causa.

1. Convocar un referéndum no es delito.

Desde 2005, la convocatoria de un referéndum es una conducta manifiestamente atípica. En este sentido, la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, a instancia del partido entonces –y también ahora– en el poder, aprovechó su mayoría absoluta para modificar, por la vía de urgencia, el Código Penal –mediante una enmienda en el Senado, para intentar, recordemos, para el llamado “Plan Ibarretxe”– para introducir los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis. El primer de estos preceptos preveía la inhabilitación a:

“la autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria [de elecciones generales, autonómicas o locales procesos electorales o] consultas populares por vía de referéndum”.

Las dudas de legitimidad democrática de aquella abusiva previsión delictiva provocó la inmediata derogación (L.O. 2/2005, de 22 de junio) cuando el Partido Popular perdió su mayoría absoluta y se produjo el cambio de Gobierno.

Por su claridad, conviene recordar algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la citada L.O. 2/2005:

“Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal. Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal. En cuanto a las ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos, el ordenamiento ya prevé una sanción penal si constituyeran actos de participación en asociación ilícita. En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos

suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos.”

Asimismo, en la citada Exposición de Motivos, el legislador español manifestaba también que:

"el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmenet atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal".

Resulta asimismo ilustrativo recordar el debate parlamentario de la tramitación de la L.O. 2/2005, donde todos los grupos parlamentarios denunciaron o reconocieron que se trataba de una previsión legislativa *ad hoc* –con nombres y apellidos– para paralizar el “Plan Ibarretxe”.

Así, el propio representante del PP, Sr. Astarloa Huarte-Mendicoa, al defender la enmienda a la totalidad contra el Proyecto de Ley de derogación decía:

“Resumo esta forma de pensar con unas palabras -aunque podría traer muchas- de la que era portavoz de Esquerra Republicana de Catalunya cuando se debatió el Código Penal de 1995, que decía: evidentemente, nosotros queremos recordar desde Esquerra Republicana y también desde el sentido democrático que nuestro objetivo democrático, que nuestro objetivo final es precisamente que el Parlamento catalán, sede de la soberanía del pueblo catalán, por mayoría y, por tanto, desde el sentido democrático, ejerza algún día el derecho de autodeterminación y declare a Catalunya como un Estado independiente. Y concluyó afirmando que intentarían llevar a cabo esa independencia a través de esos actos -comillas- ahora que el -Código Penal no lo penaliza. Esa es una respuesta de un sector de esta Cámara. Hay otra respuesta, la del Grupo Parlamentario Popular, en su día mayoría, y convertida en Ley en el Código Penal, que supone con toda naturalidad responder con la ley. Quien está dispuesto, rompiendo todas las reglas de juego, a convocar un referéndum ilegal de secesión, tiene las consecuencias naturales de quien viola la ley de manera tan grave”.

La *ratio legis* de la despenalización operada por la L.O. 2/2005 se fundamenta en el correcto entendimiento de los principios político-criminales que limitan e informan el *ius puniendi* de un Estado Constitucional, que dice ser social y democrático de Derecho, y que, a su vez, han de ajustarse a las exigencias del sistema constitucional europeo. En consecuencia, el mandato de proporcionalidad que se concreta en los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad vinculan tanto al legislador, en su labor de configuración de ilícitos, como a los poderes públicos, que tienen encomendada la persecución y el castigo de los hechos delictivos.

Así, el legislador ha de explorar y arbitrar vías no penales como mecanismo de protección ante potenciales fuentes de peligro que, por su trascendencia, atenten contra bienes jurídicos relevantes. De esta forma, sólo cuando el desvalor del injusto sea especialmente grave, estará justificada su protección mediante tipos penales que han de guardar un adecuado equilibrio entre la gravedad del injusto y las consecuencias o penas a imponer. Precisamente, el legislador de 2005 consideró que la conducta consistente en la convocatoria de referéndums no tenía entidad suficiente como para construir un injusto penal, ya que se trataba de:

"conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal".

Por otro lado, el legislador consideró que, ante dichas conductas, y en el caso de llegar a suponer un riesgo (no penal), el Estado posee de mecanismos no penales para reconducir la situación, dando de esta forma vigencia al principio de fragmentariedad por el cual el Derecho penal sólo ha de castigar los ataques a concretos bienes jurídicos que presenten una especial peligrosidad. Cuestión que, como se verá más adelante, es significativamente importante para comprender el ámbito de subsunción de conductas en los tipos penales imputados a mis mandantes.

2. Declarar la independencia de un territorio de forma pacífica tampoco se halla expresamente tipificado como delito.

El núcleo de las cuestiones que trasluce el Auto de procesamiento se concreta en la dificultad que supone aplicar el tipo penal de rebelión a unas actuaciones pacíficas que, como veremos, están plenamente despenalizadas.

De este problema era consciente el entonces Fiscal General del Estado que, entrevistado por el periódico “El Mundo”, en su edición del pasado 17 de septiembre de 2017 decía¹:

“Pregunta.- En el 9-N, la Fiscalía pidió casi 10 años por desobediencia y prevaricación y el Supremo fijó dos años como máximo, ¿qué le parece que unos hechos tan graves se salden así?”

Respuesta.- El problema es que en 1995 se suprimió el delito de sedición impropia, que era esto mismo que está ocurriendo ahora de intentar retirar del Estado español una parte de nuestra nación sin violencia ni actitudes tumultuarias. Mi opinión es que eso supuso que decisiones contra la ley tan graves como ésta quedaran con penas muy leves. Pero es lo que hay. Esa es la ley yo ni la hago ni la reformo”.

[El subrayado es nuestro].

En realidad, como veremos, no se refiere a la “*sedición impropia*”, sino a la “*rebelión impropia*” del artículo 217 del Código Penal de 1973. Es decir, en las propias palabras del Ministerio Fiscal, resulta difícil considerar como conducta típica la rebelión no violenta, lo que explica el notable esfuerzo realizado en el Auto de procesamiento para justificar la existencia de una violencia que, por suerte, es y ha sido inexistente en el reciente proceso político catalán.

Para entender correctamente lo que acabamos de exponer hay que hacer referencias a la tipificación del delito de rebelión en la legislación penal anterior al actual Código de 1995.

¹ Puede consultarse la entrevista en el siguiente link:
<http://www.elmundo.es/espana/2017/09/17/59bd75b4e5fdea562a8b4651.html>

a) La declaración de independencia de una parte del territorio español como delito de rebelión en la legislación penal anterior al Código Penal de 1995.

La primera referencia en la legislación penal de la tipificación de las conductas de quienes propugnan la declaración de independencia de una parte del territorio español la encontramos en la Ley de 23 de marzo de 1906, denominada *Ley de delitos contra la Patria*, pero comúnmente conocida como *Ley de Jurisdicciones* por atribuir relevantes competencias a la Jurisdicción Militar. Decía el artículo Primero de la referida Ley:

“El español que tomara las armas contra la Patria bajo banderas enemigas o bajo las de quienes pugnaran por la independencia de una parte del territorio español será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte”

La *Ley para la Seguridad del Estado*, de 29 de marzo de 1941, introduce nuevos tipos relativos, básicamente a los delitos de “traición” que ahora incluyen referencias explícitas a quienes sirvieran, en tiempos de guerra “bajo banderas separatistas”, que finalmente se concreten en el Código Penal de 1944 y pasan, sin modificación alguna, al Código Penal de 1973.

En el Código Penal de 1973 (haciendo abstracción de los delitos de traición que si bien se refieren a “elementos separatistas” lo son en tiempos de guerra) la rebelión viene tipificada en los artículos 214 a 217 del Capítulo III, del Título II (“*Delitos contra la seguridad interior del Estado*”) y en ella se contemplaban inicialmente dos supuestos, a los efectos que ahora nos interesan:

1º.- El previsto en el artículo 214.4 que tipificaba la siguiente conducta:

“Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad al Gobierno para cualquiera de los fines siguientes:

.../...

4º Sustraer la Nación o parte de ella o algún Cuerpo de tropa o cualquiera otra clase de fuerza armada, a la obediencia del Gobierno.”

2º.- Y, el artículo 217.1, que tipificaba:

“Serán castigados como rebeldes, con la pena de prisión mayor:

1º.- Los que sin alzarse contra el Gobierno, cometieren por astucia, o cualquier otro medio, alguno de los delitos comprendidos en el artículo 214.”

La primera modalidad es propiamente la modalidad típica del delito de rebelión. Y la segunda modalidad, la del artículo 217.3 es la que viene siendo conocida como *“rebelión impropia”*, puesto que no incluía como elemento del tipo el *“alzarse contra el Gobierno”*, término que se equiparaba al de alzamiento violento. Es decir, cabía una **rebelión sin violencia** como conducta típica.

Como la expresión *“sustraer parte de la Nación a la obediencia del Gobierno”*, podía plantear algún problema de comprensión, puesto que ni necesariamente ha referirse a la separación de una parte del territorio español, sino también puede serlo al hecho de someter una parte del territorio a un Gobierno distinto, pero sin propugnar la separación o independencia del mismo, mediante la *Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, de modificación y adición de determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar*, se da nueva redacción al artículo 214 del Código Penal de 1973, que en su apartado cuarto quedó entonces con la siguiente dicción:

“Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente para cualquiera de las fines siguientes:

1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución .

2º Destituir al Jefe del Estado uno obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos en todo el territorio de la Nación.

4º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados o el Senado, o impedir que se reúnan o deliberan o arrancarles alguna resolución.

5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la nación o parte de ella, así como algún Cuerpo de tropa o cualquiera otra clase de Fuerza Armada a la obediencia del Gobierno.

6º Usar o ejercer miedo sí o despojar al Gobierno o a cualquiera de sus miembros de sus facultadas, o impedirles o coartarías su libre ejercicio.”

No debemos olvidar la relevancia de la fecha de la aprobación de la reforma que acabamos de transcribir, inmediatamente posterior al golpe de estado del año 1981 y en una de las épocas más duras del conflicto vasco, lo que sin duda justificaba, a criterio del legislador, la clara referencia a la promoción de la independencia de una parte del territorio español, así como a la necesidad de que parte del ejército quedara fuera de la órbita de la obediencia al Gobierno.

A partir de esta importante reforma del Código Penal de 1973, el delito de rebelión incluía dos modalidades:

1ª.- La denominada **rebelión propia** consistente en el alzamiento público y violento, llevado a cabo con alguna de las finalidades previstas, entre las que se encontraba, declarar la independencia de una parte del territorio español (artículo 214.5).

2ª.- La denominada por la doctrina **rebelión impropia** o sin violencia que se concretaría en la obtención de la independencia de una parte del territorio español, sin alzamiento público sino por cualquier “*otros medios*” (artículo 217.1). Sobre el carácter impropio de tal rebelión resulta suficientemente expresivo el propio tenor literal del artículo 217.1 cuando dice que “*serán castigados como rebeldes*”, lo que se puede traducir como que serán castigados como si fueran rebeldes, aunque no lo sean por no cumplir todos los elementos objetivos del tipo.

La situación que examinamos sufre un vuelco importante con la aprobación del nuevo Código Penal, denominado de la democracia, como seguidamente intentaremos exponer.

b) La declaración de independencia de una parte del territorio español como delito de rebelión en el Código Penal de 1995.

Cuando las Cortes Generales, después de diferentes intentos (años 1980 y 1992) se deciden a adaptar a los nuevos tiempos democráticos el Código Penal de 1973, que en esencia era aún el de 1944, aparece nuevamente el debate de la configuración típica del delito de rebelión. Relevantes son los debates habidos tanto en el Congreso de los Diputados y esencial es conocer el porqué del redactado final del actual artículo 472, si no se quiere llegar al poco heterodoxo resultado de que se imponga una interpretación, como la que propugna el Ministerio Público, que fue contundentemente rechazada durante el proceso legislativo y solo defendida, curiosamente, por la representación parlamentaria del Grupo Popular.

Para entender lo que acabamos de apuntar, habrá que repasar, con un cierto detenimiento todo el proceso de elaboración del artículo 472 del CP de 1995 para entender exactamente el alcance del nuevo concepto de “rebelión”.

I.- La nueva configuración legal del delito de rebelión en el Código Penal de 1995: el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (BOCG - Congreso de los Diputados – 26.9.1994).

El Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal redactado por el Gobierno, publicado en el DOCG -Congreso de los Diputados del 29 de septiembre de 1994, por el que ahora nos interesa, contenía un artículo (451.5) que consideraba rebelión, tal como ya hacía el anterior Código Penal desde la reforma del año 1981 que ya hemos analizado, la “*declaración de independencia de una parte del territorio nacional*”. Nos interesa especialmente hacer mención a que el elemento o conducta esencial del tipo de rebelión seguía siendo, como en los códigos anteriores, el hecho de “*alzarse públicamente*” para la consecución de algunas de las finalidades relacionadas. Textualmente, este artículo decía:

*“Artículo 451. 1. Son reos del delito de rebelión los que se **alzaren públicamente** para cualquiera de las finas siguientes:*

- 1. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*
- 2. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultadas al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, uno obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*
- 3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- 4. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberan o resuelvan, arrancarles alguna resolución, o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.*
- 5. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.***
- 6. Sustituir miedo otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer miedo sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultadas, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, uno obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*
- 7. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.”*

El artículo 452 penaba, los inductores, promotores, mantenedores o cabecillas de la rebelión, y el 456, la conspiración, proposición y la apología de la rebelión. De la conjugación de todos estos preceptos nace la desazón de algunos diputados que pensaban que, **según cual fuera la interpretación del precepto, cualquier declaración pública que propugnara la declaración de independencia de una parte del territorio podría ser calificada como proposición o apología de la rebelión.** Con estos temores empezó la tramitación de los artículos del Código Penal correspondientes al delito de rebelión.

La nueva redacción del delito de rebelión **ya no incluía ningún precepto similar al antiguo 217.1, que contemplaba la conocida como “rebelión impropia”.**

II.- Las enmiendas al anteproyecto de Código Penal (DOGC – Congreso de los Diputados de 6 de marzo de 1995).

Se presentaron un buen número de enmiendas a los preceptos del Anteproyecto referidos a la tipificación del delito de rebelión, de las cuales tres son especialmente relevantes: la **núm. 1.164 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU)** que proponía añadir a la definición genérica del delito de rebelión que el levantamiento público fuera “*en armas*”, es decir de carácter violento; la **núm. 102 del Grupo Parlamentario Vasco junto con el diputado de Euskadiko Ezkerra del Grupo Mixto** que proponía la supresión del apartado 5º del artículo 451, es decir, la referencia a la declaración de independencia de una parte del territorio del Estado como un supuesto de los delitos de rebelión, pero justificando que la supresión se justificaba por el hecho que “*no se puede admitir la comisión de ese delito miedo conspiración, proposición o apología*”; y la **núm. 196 de la diputada del Grupo Mixto (ERC), Sra. Rahola y Martínez**, en una enmienda de adición que daba nueva redacción al apartado 5º del mencionado artículo 451 para el que proponía la siguiente redacción:

“5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional, salvo el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos conforme al Derecho Internacional”.

Esta última enmienda se justificaba en el derecho a la libre determinación de los pueblos, y en el artículo 1º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

El Informe de la Ponencia encargada del estudio del Anteproyecto de Código Penal no introduce modificación alguna al texto presentado por el Gobierno, sin embargo, cuando éste llega a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, empieza un interesante debate que el redactado de la querrela del Ministerio Fiscal hace que recobre una rigurosa actualidad.

III.- Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados del 6 de junio de 1995).

Las sesiones de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados registran ya la primera discusión viva sobre la tipificación de la declaración de independencia **no violenta** de una parte del Estado como un posible tipo del delito de rebelión.

La primera intervención que abre la polémica es la del diputado del **Grupo Parlamentario Vasco, Sr. Olabarría Muñoz**, que expresa su **temor que se tipifique cualquier declaración de independencia, por “conspiración o proposición”**, es decir, **cualquier declaración pública de aquellas fuerzas políticas independentistas que expresen con claridad su finalidad última de conseguir la independencia de una parte del territorio español**, porque, como dijo literalmente el mencionado diputado vasco:

“declarar la independencia de una parte territorio nacional es una causa política en el sentido más aristotélico del término, es una proclamación que se puede hacer legítimamente” y, añadió, **“muchos partidos políticos del Estado español, o por lo menos algunos, proclaman la independencia de una parte del territorio nacional porque forma parte sustancial de sus convicciones ideológicas más profundas. Esta no es una conducta, en virtud de lo determinado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y también por la jurisprudencia (Rumores) del Tribunal Constitucional, no es una conducta que pueda ser considerada como delictiva”**.

La intervención del diputado vasco fue inmediatamente replicada por el Grupo Parlamentario que apoyaba en el Gobierno (Grupo Parlamentario Socialista) ofreciendo **una interpretación alternativa** que se concretaba en afirmar que el Código Penal ya sólo tipificaba la declaración de soberanía de una parte del territorio **cuando era violenta**. Así, el diputado **Mohedano Fuertes** sostenía que:

“declarar la independencia de una parte del territorio nacional no es nada ilegítimo ni nada que se persiga como delito, pero alzarse en armas, señor Olabarría, públicamente, para declarar la independencia de una parte del territorio nacional, eso así que es un delito de rebelión militar”. La expresión del diputado socialista, que en aquellos momentos era el grupo

político que daba apoyo al Gobierno del Estado no puede ser más diáfana “*declarar la independencia... no es nada ilegítimo que se persiga como delito*”.

Mucho más expresiva todavía, fue la intervención del diputado del Grupo Parlamentario Izquierda Unida –Iniciativa per Catalunya, Sr. **López Garrido**, que, justificando también que el concepto jurídico “*alzarse públicamente*”, es equiparable a levantamiento violento, dice que:

“desde luego, cualquier grupo podría defender perfectamente, pública y democráticamente, que sería bueno que una parte del territorio español fuese independiente. Es algo que no está, en absoluto, prohibido por el sistema democrático, sino, por lo contrario, permitido.” Y añade que “*defender que una parte del territorio nacional o del territorio del Estado español deba ser independiente es absolutamente lícito, incluso estoy seguro de recordar que nuestro país ha firmado los pactos de Nueva York, donde, entre los derechos que se reconocen, aparece el derecho de autodeterminación de los pueblos. Eso aparece dentro de los pactos de Nueva York, que han sido firmados por el Estado español y por muchos otros países. Dentro de nuestro sistema democrático es absolutamente posible hacer una defensa con cualquier finalidad, siempre que se haga pacíficamente y ateniéndose a los resultados de los procesos políticos democráticos*”.

Es decir, una **defensa en toda regla del derecho de autodeterminación que a su entender, se incluye en el elenco de derechos colectivos del ordenamiento jurídico español.**

Las argumentaciones sobre la suficiencia del redactado para evitar que se incluyera la represión del independentismo democrático no convencieron al diputado del Grupo Parlamentario Vasco, quizás porque lo que a él le preocupaba especialmente era la posibilidad que cualquier proclama independentista fuera considerada como **conspiración, provocación o apología del delito de rebelión, más que el hecho en sí de si la acción típica de este delito incluía “per se” la violencia o no.** Por eso, el mencionado Diputado insistió en que:

*“yo quiero que se consagre en este momento, en virtud de la **interpretación auténtica**, la interpretación del legislador, que quien proclame públicamente en un mitin, en cualquier circunstancia política; la independencia de una parte del territorio nacional no sea comitente, por esa misma razón, de un delito que en este momento se considera como **delito de rebelión**, con la relevancia, con la importancia y con la consecuencia punitiva que un delito como éste tiene”* y añade que el que pide es que *“se **aclare la hermenéutica**, la interpretación de este precepto. Esa es la interpretación que nosotros pretendemos y ninguna de las argumentaciones que se han hecho hasta ahora proveen de la suficiente seguridad jurídica a la interpretación de este precepto que mi Grupo Parlamentario proclama”*.

La discusión siguió intensa hasta que registró un giro interesante con la intervención del diputado del Grupo de Coalición Canaria Sr. **Olarte Cullén**, que después de solicitar a la Comisión que hiciera esfuerzo para delimitar y precisar mejor en el tipo de rebelión acaba diciendo: *“¿qué trabajo nos cuesta, señor Presidente, el **definir el alzamiento precisamente en función de la violencia y de la fuerza, que son unos elementos, con lo cual se despejaría cualquier problema y pacíficamente daríamos solución a esta cuestión?**”*

La propuesta del Diputado canario hizo fortuna, y dio lugar a la presentación de una **enmienda transaccional “in voce”** del diputado del Grupo Parlamentario IU-IC Sr. **López Garrido**, expuesta en los siguientes términos:

*“Señor Presidente, a mí no me cabe duda alguna de que la expresión que hay en el artículo 451 indica una rebelión de carácter violento. Un alzamiento público y violento se algo que está absolutamente admitido así. Pero, en aras de que quede totalmente claro, nuestro Grupo Parlamentario va a plantear una **enmienda transaccional**, en donde se diga en el primero párrafo lo siguiente: «**Son reos del delito de rebelión los que se alzan violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: ...** » Con esto creo que quedaría absolutamente satisfecha la preocupación de los señores Olabarría y Olartículo”*

Con esta enmienda transaccional y recogiendo la petición del Diputado Vasco Olabarría Muñoz, se intenta dar la *“interpretación auténtica”* de lo que hay que entender por *“alzarse públicamente”* que como ya hemos visto era el eje del problema que los diputados discutían. La enmienda que fue objeto de una

amplia aceptación, sufrió, sin embargo una tortuosa tramitación con posicionamientos políticos dispares y contradictorios algunos de los cuales son muy ilustrativos del problema que ahora nos ocupa, es decir, de sí es penalmente relevante promover la declaración de independencia de una parte del territorio del Estado español.

La enmienda recibe inmediatamente la adhesión del representante del Grupo Parlamentario Catalán, el Diputado Sr. Casas y Bedós, y también la del diputado del Grupo Parlamentario Vasco Sr. Olabarría Muñoz. De manera sorprendente, sobre todo por el posicionamiento posterior de su Grupo, el diputado del Grupo Parlamentario Popular, Sr. Bueso Zaera, también se adhirió a la enmienda transaccional, a pesar de que, también hay que reconocerlo, con un contenido ambiguo. Decía este diputado:

*“Señor Presidente, **también para adherirnos a la enmienda transaccional** presentada por el señor López Garrido y decir que, anteriormente, cuando hemos manifestado lo que entendía mi Grupo por rebelión, precisamente hemos dicho claramente que se trata de un sujeto plural, colectivo y que no es la rebelión de una sola persona, aunque sea indiferente el número de personas, sino de un número lo suficientemente relevante en orden a conseguir los fines fijados en el tipo y, por tanto, creo que **la enmienda es muy acertada**, porque alzarse equivale a levantarse desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, y, en este caso, ¿a quién? Al poder legítimamente constituido”.*

La reacción del Grupo Parlamentario que apoyaba al Gobierno (Grupo Socialista) fue inmediatamente obstruccionista, quizás porque su representante no tenía instrucciones precisas en aquel momento e invocando una cierta precipitación en la formulación de la enmienda transaccional del Grupo Parlamentario de IU-IC, manifestó:

*“una cosa es **matizar** el párrafo primero del artículo para decir qué es la rebelión, y otra cosa **sacar la rebelión para declarar independiente una parte del territorio nacional**. Vamos a aclarar las cosas un poco para no confundirlas. La seriedad no tiene que dar lugar a la confusión...”*

Para acabar pidiendo:

*“Me parece mucho más prudente, mucho menos improvisado, sin dejarnos arrastrar por ningún género de pasión ni de improvisación. Porque si el tema es tan importante como ustedes quieren y le vamos a dar este cambio, debemos no improvisar aquí y **dejar la matización de este problema para el Pleno del Congreso**. Lo que pido al resto de los portavoces es que **nos comprometamos a discutirlo y plantearlo en el Pleno del Congreso** y no aquí improvisadamente porque sería poco serio”.*

Hay que suponer que para hacer posibles futuros consensos, todos los grupos parlamentarios aceptaron inmediatamente la propuesta de debatir la cuestión en el Pleno del Congreso de los Diputados con el compromiso expreso de algunos (Grupo Parlamentario Catalán, Vasco, Canario y de IU-IC) de intentar una nueva enmienda transaccional similar a la “*non nata*”.

El DOCG-Congreso de los Diputados del día 26 de junio de 1995, publicó el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior y la referencia al mantenimiento de todas las enmiendas que hemos referido más arriba dado que su discusión se había deferido el Plan del Congreso de los Diputados.

IV.- Discusión en el Pleno del Congreso de los Diputados (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados del 5 de julio de 1995).

Se inició el debate al Pleno del Congreso de los Diputados, en cuanto a los preceptos que regulan el delito de rebelión, con la intervención del diputado del Grupo Parlamentario Catalán, Sr. Camps i Batalla que aceptó retirar su enmienda núm. 1.164 que pretendía añadir la expresión “*en armas*”, al concepto “*levantamiento público*”, si se aceptaba la enmienda transaccional que estaban preparando los Grupos Parlamentarios Vasco, de IU-IC y Canario, que propugnaba, en la línea que ya se apuntó en la Comisión de Justicia e Interior, añadir a la expresión “*levantamiento público*” la mención a su *carácter violento*.

También se añadió a la enmienda transaccional que preparaba la representante de ERC (Grupo Mixto), Sra. Rahola y Martínez, con una expresión bastante contundente que decía:

*“...nosotros consideramos un avance sustancial y un éxito democrático que, finalmente, el polémico artículo plantee que **sólo será delito de rebelión aquel que se hace con violencia y públicamente** para declarar la independencia de lo que llama una parte del territorio.../... Evidentemente, nosotros queremos recordar desde Esquerra Republicana, y también desde el sentido democrático, **que nuestro objetivo final es precisamente que el Parlamento catalán, sede de la soberanía del pueblo catalán por mayoría, y por tanto desde el sentido democrático, algún día ejerza el derecho a la autodeterminación** (derecho, por cierto, que el 12 de diciembre de 1989 ya fue votado por el Parlamento de Cataluña) **y declare a Cataluña como un Estado independiente**. Ello por vía democrática tiene que ser posible hacerlo...”*

En el mismo sentido, y elaborando una síntesis de lo que ya se había discutido a la Comisión de Justicia e Interior, el diputado del Grupo Parlamentario de IU-IC, se apuntaba también a la futura enmienda transaccional anunciando que también se incorporaría el representante del Grupo Parlamentario que apoyaba en el Gobierno, el Grupo Socialista, diciendo:

*“...varios grupos parlamentarios mostraron su inquietud por el hecho de que posiciones políticas independentistas pudieran no verse albergadas en el interior del sistema político español, naturalmente como su expresión pacífica o democrática, y que pudieran incluso verse amenazadas por este artículo 451. Esa fue la razón por la que, en ese debate, el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña planteó una **enmienda transaccional** que todos los grupos (en ese momento el Grupo Socialista se reservó su opinión hasta este Pleno) consideraron adecuada, y es la de que **al carácter de público del alzamiento se añada el carácter de violento, para que sea considerado, por tanto, como un delito de rebelión**. Ese fue el sentido de nuestra enmienda, que en ese momento no se presentó a votación para lograr el máximo consenso en este Pleno. Creemos que fue positiva la discusión y que no se presentase a votación **porque la oferta que se ha hecho de una enmienda transaccional, en la línea de la que en su momento presentó Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña en la Comisión, creo que va a suscitar un consenso bastante amplio en este Pleno**, ya que son cuatro grupos los que presentan esta enmienda transaccional: Catalán, Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña, Socialista y Grupo Mixto. Esperemos que otros grupos se sumen también a esta redacción en el sentido de que se entienda que **son reos de rebelión los que se alzan con violencia y públicamente para cualquiera de los fines que***

se establecen en el artículo 451. Creemos que queda claro que cualquier posición política que pretenda, pacífica y democráticamente, la independencia de una parte del territorio del Estado español, o que plantee, pacífica y democráticamente, el derecho de autodeterminación (por cierto, el derecho de autodeterminación de los pueblos es algo que está aceptado en nuestro ordenamiento jurídico porque forma parte del mismo el Pacto de Nueva York de 1967, ratificado por España y que consagra el derecho de autodeterminación de los pueblos); estos planteamientos, repito, caben en el sistema político español siempre que sigan los cauces constitucionales. Esta nueva redacción sitúa adecuadamente, sin ningún tipo de inquietud para los grupos políticos, esa posibilidad. Por eso, nosotros vamos a apoyar el hecho de que se considere delito de rebelión sólo aquel que signifique alzamiento público y también con violencia, que tiene, por tanto, un sentido de localización de la fuerza organizada, pública y colectivamente. Esa es la interpretación que hay que dar al delito de rebelión.”.

Se incorporó también al sentido mayoritario de la Cámara el diputado del Grupo Parlamentario Vasco Sr. Olabarria Muñoz.

Y en este punto del debate, es cuando el representante del Grupo Parlamentario Popular, Sr. Padilla Carballada, a pesar de que su grupo había apoyado la enmienda transaccional intentada en la Comisión de Justicia e Interior, empezó a distanciarse de una solución acordada por todos los grupos de la Cámara, intentado diferir el debate al Senado diciendo que:

“en este momento no tenemos un criterio definido ni definitivo en relación con esa enmienda, enmienda a la que, al parecer, le llevan dando vueltas muchos días y que hoy ha aterrizado en el hemiciclo para una consideración, a nuestro juicio, muy apresurada”.

Para acabar proponiendo:

“que es bueno que dediquemos algunos días de reflexión hasta que en el Senado podamos llegar a una conclusión definitiva”.

Todos los grupos parlamentarios, excluyendo obviamente el Grupo Parlamentario Popular, manifestaron su desacuerdo con la postura de éste y, como consecuencia, mantuvieron vivas sus enmiendas particulares. En este contexto, el Grupo Parlamentario Popular inició una nueva línea argumental que iría perfilando en intervenciones posteriores en las que concretó sus

motivos de desacuerdo en relación al hecho de limitar el tipo de rebelión a aquellos supuestos en que los objetivos que se pretenden alcanzar con violencia, especialmente en cuanto a una pretendida declaración de independencia de una parte del territorio español, especialmente si se hace efectiva **por una institución (cómo por ejemplo un Parlamento autonómico), supuesto en que se hace difícil imaginar una actuación violenta.** Intervino en representación del Grupo Popular el Diputado Sr. **Trillo-Figueroa Martínez-Conde** que concreta la posición inicial del grupo en los siguientes términos:

*“Para el proyecto -que es el que se va a someter a votación porque no hemos aceptado la transaccional, no porque ejerzamos ningún veto- se consideraba y se considera delito de rebelión a los que públicamente se alzaren para conseguir cualquiera de los siguientes fines, y específicamente declarar la independencia de una parte del territorio nacional. **La enmienda transaccional pretende que sólo sea delito la declaración, por ejemplo, por una institución de la independencia de una parte del territorio nacional cuando sea con violencia, lo cual obviamente es un añadido que difícilmente se produce en un debate en una institución asamblearia o parlamentaria si se somete a reglamento.** En definitiva -y termino, señor Presidente-, **nosotros seguimos pensando, como pensaba el Gobierno y su Grupo Parlamentario hasta esta tarde, que declarar la independencia de una parte del territorio nacional debe ser delito.** Ustedes parece que no piensan igual y ser los que debieran explicarlo. Gracias”.*

La posición del representante del Grupo Popular era clara y, en contra del parecer de todo el resto de los grupos de la Cámara, **interpretaba que en la redacción propuesta por el Gobierno en el Proyecto de Código Penal (cómo en la del artículo 214 del Código Penal de 1973 que era idéntica) se tendrían que incluir también las declaraciones de independencia efectuadas siguiendo procedimientos democráticos y, obviamente, sin violencia,** cosa que en las intervenciones iniciales del mismo grupo a la Comisión de Justicia e Interior, se había excluido. Se experimentaba pues una radicalización del discurso del Grupo Parlamentario Popular que, como veremos, se mantuvo hasta el final del debate.

Como consecuencia de la posición del Grupo Parlamentario Popular, el Pleno del Congreso de los Diputados, aprobó el Proyecto de Código Penal, en cuanto al artículo 451 (definición del delito de rebelión), tal como se había presentado inicialmente por el Gobierno, es decir, excluyendo la matización que el levantamiento público tuviera que ser violento, con la única diferencia que ahora pasaría a ser el artículo 464.

V.- Las enmiendas en el Senado (BOCG – Senado – 21.9.1995).

En el senado se presentan un conjunto de enmiendas al artículo 464 que, todas ellas, pretendían la inclusión de la referencia a la actuación violenta (“...*los que se alzaren violenta y públicamente...*”) en cuanto al hecho típico de delito de rebelión.

Estas enmiendas fueron: la núm. 29, de los senadores Don Álvaro Antonio Martínez Sevilla y Don José Luis Nieto Cicuendez (Grupo Mixto – IU-IC), la núm.87, del Grupo Parlamentario de Senadores del PNB; la núm. 216, del Grupo Parlamentario en el Senado de Convergència i Unió; la núm. 259, de la Senadora Doña Inmaculada Boneta Piedra, del Grupo Parlamentario Mixto – Eusko Alkartasuna, esta última con una variante, puesto que proponía “añadir después de «territorio», el siguiente párrafo: «5. ... del Estado, utilizando medios violentos en contra de la voluntad expresada democráticamente por los ciudadanos del territorio afectado”.

VI.- Informe de la Ponencia (DOGC – Senado 9.10.1995).

La Ponencia encargada del examen de la enmienda emitió el siguiente dictamen:

*“Artículo 464 : La Ponencia acuerda desestimar, por mayoría, la enmienda número 217, del G.P. de CiU y, por unanimidad, la enmienda número 259 de la Sra. Boneta Piedra. La Ponencia resuelve, en cambio, **incorporar por mayoría, cono lo voto favorable de los Ponentes del G.P. Socialista y del***

Ponente del G.P. de CiU, y lo voto en contra de los Ponentes del G.P. Popular, lo propuesto en las enmiendas números 29, de los Sres. Martínez Sevilla y Nieto Cicuéndez, 216, del G.P. de CiU., y 87, del G.P. de P.N.V., con la redacción literal de esta última, por lo que el párrafo inicial del artículo queda redactado así: «Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:». El resto del precepto se aprueba como la redacción remitida por el Congreso de los Diputados.»

A partir de este momento, el artículo 464 quedaría redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 464. Son reos del delito de rebelión los que se alzaren **violenta y públicamente** para cualquiera de los fines siguientes:*

- 1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*
- 2º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultadas al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*
- 3º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- 4º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberan o resuelvan, arrancarles alguna resolución, o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias*
- 5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*
- 6º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultadas, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, uno obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*
- 7. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.”*

VII.-Comisión de Justicia e Interior – Senado (DSS – 11.10.1995).

En la Comisión de Justicia e Interior del Senado se inició una auténtica guerra dialéctica expresiva de la disparidad ideológica existentes, en este punto, entre todos los grupos de la Cámara, y el Partido Popular, que, con vehemencia, fue manifestada por el Senador **Don González Pons**.

El Senador **Don González Pons** inicia su intervención anunciado un **voto particular para el Pleno del Senado**, con el fin de que el texto del artículo 464 volviera a su redacción inicial, es decir, con supresión de la referencia a

la violencia como elemento configurador del tipo de rebelión. Su línea argumental se sintetizaba en la diferencia entre **rebelión propia** (con violencia, artículo 214 CP 1973) de la **impropia** (sin violencia, pero que consigue las mismas finalidades con otros medios, artículo 217.1 CP 1973), esta última ya no incluida en el proyecto de Código Penal que presentó el Gobierno. Nótese la sustancial coincidencia de las intervenciones de los representantes del Grupo Parlamentario Popular con las manifestaciones del Ministerio Fiscal efectuadas al periódico “El Mundo” y que hemos reproducido anteriormente.

Dice el mencionado senador:

“Ahora bien, la legalidad constitucional hasta hoy y la doctrina han distinguido dos formas diferentes de la acción de rebelarse: la rebelión propia y la rebelión impropia. La rebelión propia estaba constituida por el artículo 214 del Código Penal -por el actual 464-: era lo alzamiento público para conseguir alguno de los fines rebeldes. La rebelión impropia era la del artículo 217.1 del Código Penal vigente, que dice: Serán castigados como rebeldes los que sin alzarse públicamente cometieren, por astucia o por cualquier otro medio contrario a las leyes, alguno de los delitos comprendidos en el artículo 214. Este artículo ha desaparecido del Código. Hasta ahora el 214 preveía la rebelión violenta y el 217.1 la rebelión impropia, es decir, la rebelión no violenta, la rebelión por astucia, por lo que al desaparecer el artículo 217.1 debíamos considerar necesariamente en el 464 incluidas la rebelión propia, el alzamiento público, y la impropia, la rebelión por astucia, la rebelión sin violencia. Incluyendo el término «violencia» en el artículo 464 sus señorías han eliminado del Código Penal la rebelión impropia, la rebelión que se practica sin violencia. La naturaleza penal de una y otra es la misma: conseguir por medios no democráticos un fin contrario al orden democrático, quebrar el ordenamiento constitucional sin seguir los mecanismos de reforma previstos en la Constitución. Señorías, la diferencia entre la rebelión propia, con violencia, y la rebelión impropia, sin violencia, radica en las características formales de su ejecución; en uno caso, el alzamiento público presupone un ejercicio de fuerza: es la rebelión propia, una coacción visible, pero en otro, en la rebelión impropia, la fuerza o la coacción no tiene por qué ser visible y podría incluso no existir, produciéndose el delito simplemente por astucia y sin violencia.”

La argumentación del Senador **Don González Pons** para suprimir el requisito del carácter violento de la rebelión era poco consistente y contenía algún error de consideración, como la de afirmar que la llamada “*rebelión impropia*” fue introducida por el legislador español en la reforma del Código Penal hecho por la Ley Orgánica 2/1981 a la que nos hemos referido ya antes (dice “*ese legislador de 1981, ese legislador de un mes después del intento de golpe de Estado, fue el que incluyó el tipo de rebelión propia y el tipo de rebelión impropia*”), cosa absolutamente incierta, puesto que nació en **el Código Penal del 1848**, es decir, desde hace muchos años. La rebelión impropia del artículo 217.1 del CP de 1973, era aquella que se producía sin “*levantamiento público*”, es decir sin violencia, y mediante “*astucia o cualquier otro medio*”. Aun así, la doctrina² ya hacía tiempo que advertía que este tipo había quedado sin contenido, desde un Decreto del 7 de junio de 1850 que introdujo el tipo del “*atentado impropio*”³. Por otra parte la argumentación era incoherente, dado que, si según el invocado artículo 217.1, la rebelión impropia presupone la inexistencia de levantamiento, difícilmente se podría incluir en la redacción inicial del delito de rebelión del proyecto de Código Penal, puesto que ésta hacía expresa referencia a la existencia de levantamiento como elemento constitutivo del tipo. Por ello, toda la argumentación del Senador **Don González Pons**, que gira entorno del hecho que la incorporación de la expresión “*violencia*” excluye la rebelión impropia, era absolutamente inconsistente, puesto que el que la excluye es la referencia explícita a la existencia de levantamiento.

Y en esta línea se expresó el representante del Grupo Parlamentario Socialista, el Senador **Don Arévalo Santiago**, refiriéndose expresamente a que las **posibles declaraciones de promoción de la independencia de una parte del territorio del Estado español, incluso cuando supongan un cambio constitucional, no son constitutivas de un delito de rebelión, ni**

² José María Rodríguez Devesa “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”, Madrid 1983, pag. 779. Editado por el autor.

³ Vid. artículo 231.1 del CP de 1973 que tipifica como “*atentado impropio*” “*los que, sin alzarse públicamente, emplearen fuerza o intimidación para algunos de los fines señalados en los delitos de rebelión y sedición*”

con el redactado inicial, ni con el que había sido fruto de la enmienda que comentamos. Decía el mencionado senador:

“La única diferencia es sistemática, ya que el Código Penal vigente regula ambos delitos como delitos contra la seguridad interior del Estado, terminología que ha sido sustituida en el vigente proyecto de Código Penal. La rebelión lleva unas características concretas, y ésta no ha sido discutida nunca, que es el alzamiento. Si el aplicar o no otro término más: la violencia, reconoce el representante del Grupo Parlamentario Popular que es lo mismo en cuanto que no modifica la definición de alzamiento, podría -y así lo he entendido- querer excluir ese término «violento» por cuanto ni pone ni quita nada, puesto que estamos hablando de la rebelión propia, ni quita ni pone nada, siempre sería exigible la violencia, según entiendo, Pues, si es así, si ni quita ni pone nada, qué más da que se haya puesto. Saco la conclusión de su propia defensa. ¿Por qué se ha puesto? Porque se suscitaron dudas, ya en el debate en el Congreso -y así se ha recogido en la Ponencia- para que quedara definitivamente aclarado que el alzamiento lleva como consecuencia la violencia. Para mí no había dudas antes pero, por lo visto, algunos sí la tenían y necesitaban encontrar un término que definitivamente aclarara eso. Yo no lo necesitaba. Si el alzamiento «violenta y públicamente», como queda ahora en el texto de la Ponencia y como espero se mantenga hasta final en el proyecto de Código Penal que estamos debatiendo, si eso ha eliminado algunas dudas que se podían producir, bienvenido sea el término, puesto que no hemos modificado para nada el concepto general de rebelión. Pero merece la pena que se aclare algo más. Si pudiera existir la duda de que uno Parlamento Autónomo no pudiera manifestar su aspiración, a efectos retóricos, a efectos de deseo -lo que encaja dentro del número 5 del artículo 464- queda, de esta manera, definitivamente aclarado. La aspiración, el deseo, la búsqueda de un cambio, incluso constitucional, como ha defendido el Senador González Pons, es lícito, no entra de ninguna manera en el concepto de rebelión. Ésa es una actitud que puede adoptar o un Parlamento Autónomo o cualquiera que tenga aspiraciones de ese tipo. Por tanto, considero que la incorporación de la enmienda, que habían presentado varios grupos parlamentarios en el texto que ha salido de la Ponencia, aclara el concepto general de rebelión y nos permite que, con tranquilidad, podamos atribuir a este delito todos los requisitos que el propio concepto de rebelión históricamente ha venido atendido.”

A pesar de que la argumentación del Senador socialista era técnicamente impecable, el Senador del Grupo Parlamentario Popular siguió insistiendo que la introducción del vocablo “violenta” suponía la despenalización de la “rebelión impropia” sin tener en cuenta que en realidad, la referida despenalización, ya se proponía en el texto del Proyecto de Código Penal

presentado por el Gobierno y sin **tener en cuenta que su Grupo no propuso ninguna enmienda para reintroducir un texto similar al del artículo 217.1 del CP de 1973**, lo que pone en evidencia que los motivos de su oposición eran otros, de carácter quizás más político que técnico.

Sometida a votación **separada** la modificación del artículo 464 que introducía la expresión “*violenta*” como calificadora del levantamiento público constitutivo del delito de rebelión, fue aprobada por **18 votos a favor y 14 en contra**.

VIII.- Pleno del Senado (DOCG – Senado – 26.10.1995).

La discusión al Pleno del Senado no aportó novedades sustanciales en cuanto al estado en qué había quedado el debate en la Comisión de Justicia e Interior. En todos caso, sí cabe apuntar alguna matización relevante, como veremos.

En cuanto a la posición del Grupo Parlamentario Popular, el Senador **Don González Pons** defendió su **voto particular** con un argumentario idéntico al que ya hemos visto que desarrolló a la Comisión de Justicia e Interior, es decir, defendiendo la supresión de la referencia al carácter violento de la rebelión, para que pudiera ser penada, y manteniendo la necesidad de perseguir también la rebelión sin violencia o rebelión impropia.

El Grupo Parlamentario Socialista, en voz de su representado el Senador **Don Arévalo Santiago** se opuso al voto particular del Grupo Parlamentario Popular y argumentó que, en realidad, el núcleo de la oposición de este grupo consistía en no admitir la posibilidad de que alguien pueda, legítimamente, promover la independencia de una parte del territorio (núm. 5º del artículo 464) sin emplear métodos violentos y **que les traicionaba su particular concepto de la unidad del Estado**, cosa que, el tiempo y las actuales circunstancias sin duda han confirmado. Decía este Senador:

“Pero la preocupación del Grupo Parlamentario Popular ha surgido al identificar el nuevo término con el punto 5 - el señor González Pons también lo ha dicho -, que señala: «Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.» ¿Habría sido lo mismo si la incorporación de este término «violenta», hubiese sido como consecuencia de un debate producido con alguno de los otros seis puntos del artículo precisamente porque se trata del número 5, el de declarar la independencia de una parte del territorio nacional? Me parece que ahí las traiciona el subconsciente y echan mano de un peligroso antagonismo: el de la unidad y el separatismo. Y les doy uno dato a mayores: su enmienda 740, al artículo 576, intenta incluir el término «tropas separatistas» en el delito de traición. Por ahí es por donde pienso que las traiciona el subconsciente.

En el Congreso, el Grupo Parlamentario Vasco pidió suprimir el número 5. Si hubiera sido suprimido, objetivamente, me parece que a efectos de tipificación del delito no hubiera pasado nada, porque esa conducta, la del número 5, está incluida en el número 1: «Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.» Es mejor que no se hubiera suprimido, y también es mejor que se incluya el término «violento», caracterización general del delito de rebelión. Así lo ha entendido el Grupo Parlamentario Vasco y todos los demás Grupos en el Congreso de los Diputados, y también me parece que lo van a entender en el Pleno de esta Cámara. Nadie discute el contenido constitucional al definir el delito de rebelión. Tampoco se puede tolerar desviar la atención y alimentar la confusión. Estamos diferenciando el alzamiento, la rebelión, de la declaración pacífica, que incluso puede quedar afectada de vicios de nulidad constitucional, pero que no se una conducta delictiva.”

Y añadía:

“No es delito manifestarse partidario de la independencia de un territorio, ni la aspiración a conseguirlo, ni la declaración a buscarlo. Todas esas cosas no lo son, y su señoría está de acuerdo conmigo en que eso no es delito. En cambio, es delito alzarse violenta y públicamente para declarar la independencia. Ése es el delito de rebelión. Puede resultar fácil, aunque no tenga, a mi juicio, suficiente apoyo jurídico, esta peligrosa dicotomía enunciada. Al fin y al cabo es un grave populismo que hasta podría contar en algún momento con algún titular. No se ha consumado ningún error contra la Constitución, que sigue vigente, incluido el artículo 2. La rebelión no se comete declarando, promoviendo o defendiendo pública y políticamente a la independencia, sino alzándose pública y violentamente para ello. El que proponga, provoque o conspire para conseguir el alzamiento violento sí que está cometiendo un delito. El Código Penal defiende también el Estado de las Autonomías, y lo está defendiendo en numerosos artículos. En ninguno de ellos se ha olvidado situar las instituciones autonómicas en el lugar que las corresponde; en ningún sitio

*se nos ha olvidado. Eso forma parte también de la defensa del Estado de las Autonomías, que no es entrar en el debate que su señoría nos ha querido plantear inteligentemente. **El llamamiento a un nacionalismo exclusivista español ignora el esfuerzo de la Constitución de 1978; el esfuerzo de reconocer un marco propio cuya defensa se garantiza con el nuevo Código Penal.** Señorías, estoy defendiendo el equilibrio del texto constitucional y rechazando interpretaciones sesgadas o absurdas del artículo 464 del nuevo Código Penal, que queda redactado en los términos más precisos para unos y para otros; identificado con la tipificación que se quiere hacer de este delito, con los criterios más garantistas y más seguros en la interpretación clarísima que se tiene que hacer ahora y en el futuro.”*

Realmente, la defensa del Grupo Parlamentario Socialista no pudo ser más explícita y expresiva de la voluntad del legislador que, como veremos, finalmente prosperaría: no es delito manifestarse a favor de la independencia de una parte del territorio español, ni lo es **“la aspiración a conseguirlo, ni la declaración a buscarlo”**. Y pretender lo contrario, añade, es **“el llamamiento a un nacionalismo exclusivista español”**.

Finalmente, este fue el texto aprobado por el Senado (DOCG – Senado – 8.11.1995) con la única diferencia que ahora pasaba a ser el artículo 474.

IX.- Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al Proyecto de Ley Orgánica del Código Pena. (DOCG – Congreso de los Diputados – 13.11.1995)

Fruto del debate al Senado se presenta una enmienda al ahora artículo 474, en relación con el texto aprobado por el Congreso de los Diputados que dice:

“Se modifica el párrafo inicial, para establecer que para que exista delito de rebelión, el alzamiento tiene que ser no sólo público, sino también con violencia; mediante la nueva redacción se delimita de manera más precisa el concepto jurídico indeterminado que es la rebelión, en pro de la seguridad jurídica.”

X.-Debate de las enmiendas del Senado en el Pleno Congreso (DOCG – Congreso de los Diputados – 8.11.1995).

El debate de la enmienda del Senado ya fue menos virulento y registró la satisfacción de los grupos parlamentarios nacionalistas que habían promovido la inclusión del término “*violento*” para calificar las características del levantamiento. Así, el diputado del Grupo Parlamentario Vasco, **Olabarría Muñoz**, decía:

“Respeto del tema de la rebelión, se ha podido corregir, señor Ministro. Nosotros estábamos muy preocupados, porque se podían cometer con la regulación originaria delitos de rebelión sencillamente por la manifestación pública de opiniones políticas legítimas, como las atinentes a la independencia de una parte del territorio nacional. En este momento, identificar la rebelión como un alzamiento público y violento, provee de suficiente seguridad jurídica a esta norma para que determinadas manifestaciones políticas, que son siempre legítimas, aunque discutibles como todas, no convierta a los que las hacen en comitentes del delito por proposición.”

Y el representado del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), Sr. Camps i Batalla añadía:

“Los delitos de rebelión -y ha sido asumida por el Senado la enmienda que en su día propusimos y que fue aceptada de forma transaccional por todos los grupos parlamentarios excepto uno- es un elemento que no lo pongo en el capítulo de reservas, sino en el capítulo de elementos favorables.”

Finalmente, la enmienda al artículo 464 (ahora 474) se aprueba con el siguiente resultado: Presentes: 332; Sí: 198; No: 134; Abstenciones: 0; Ausentes: 18. Votan a favor todos los grupos menos Grupo Parlamentario Popular.

El BOE del día 24 de noviembre de 1995 (corrección de errores BOE del 2 de marzo de 1996) publica el texto definitivamente aprobado de la Ley Orgánica del Código Penal, donde el artículo que nos ocupa queda finalmente en el número 472.

Hemos hecho esta larga transcripción de los debates sobre la regulación del tipo penal del delito de rebelión, porque son expresivos de **la voluntad del legislador del 1995, y, por lo tanto, representan la “interpretación auténtica” de la tipificación de las conductas que se pueden integrar en el delito de rebelión, que cómo veremos, es absolutamente disonante con algunos de los planteamientos que son hoy, lamentablemente, de actualidad y que se opone radicalmente al contenido del Auto de procesamiento recurrido.**

En el debate que hemos transcrito subyace la idea que la promoción de un proceso independentista es plenamente admisible en el marco constitucional español, siempre que no sea mediante el uso de la violencia. Y por violencia no cabe entender las manifestaciones de protesta, por numerosas que sean, ni las actuaciones reprobables y aisladas de quienes causan daños en el marco de las referidas manifestaciones, que a lo sumo podrán ser acusados del tipo penal de desórdenes públicos a quienes en esta conducta incurrieran.

3. Vulneración del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad.

Por todo lo expuesto, debemos poner de manifiesto que, tanto la actuación del Ministerio Público, como el posterior desarrollo de las actuaciones llevado a cabo por este Tribunal, viene vertebrada por una comprensión del Derecho penal, incompatible tanto con el principio de legalidad como con el principio de proporcionalidad. La aplicación de estos principios comporta la ausencia de los requisitos de tipicidad propios de los delitos imputados a mis defendidos.

Así, la exigencia de proporcionalidad al legislador también se manifiesta en la necesaria coherencia entre las necesidades de protección de la sociedad y la irrenunciable vigencia de los derechos fundamentales. De esta forma, no es posible incriminar la simple actuación política de convocatoria de un referéndum o la declaración de independencia de forma pacífica de un territorio, bajo la pena de anular la libertad ideológica.

Todo lo enunciado en relación con el legislador, también es predicable, e incluso con más intensidad, ante la actuación del Ministerio Público y de los miembros del Poder Judicial. Estos se encuentran vinculados a la Ley y a la Constitución, de la que deriva su exclusiva actuación en el orden penal bajo el mandato del principio de legalidad, interpretado de conformidad a los valores y garantías constitucionales e internacionales que racionalizan el *ius puniendi*.

En consecuencia, en ausencia de un tipo penal que castigue la convocatoria de referéndums, así como de ningún tipo penal que castigue la declaración de independencia de un territorio de forma pacífica, no procede el procesamiento dictado contra mis defendidos.

CUARTA.- Falta de tipicidad de los hechos supuestamente constitutivos de un delito de rebelión.

El Auto recurrido entiende que los hechos llevados a cabo por mis defendidos, Don Puigdemont y Doña Ponsatí, son susceptibles de integrar el delito de rebelión previsto en el artículo 472.5º, 7º y concordantes del Código Penal.

En este sentido, son elementos del tipo del delito de rebelión la existencia de un “alzamiento” y que éste sea violento y público, llevándose a cabo el mismo con la finalidad de cumplir alguno de los objetivos previstos en dicho precepto, entre los que se encuentran “*Declarar la independencia de una parte del territorio nacional*” y “*Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno*”. Resulta evidente que en el presente caso no

se ha producido un “alzamiento”, ni se ha producido tampoco la violencia exigida por el tipo.

Debemos recordar que, cuando las Cortes Generales, después de diferentes intentos (años 1980 y 1992) decidieron adaptar a los nuevos tiempos democráticos el Código Penal de 1973 (que en esencia era aún el de 1944) apareció nuevamente el debate sobre la configuración típica del delito que ahora nos ocupa, esto es, el delito de rebelión. En este sentido, resulta imprescindible acudir, como hemos hecho, a los debates habidos en el Congreso de los Diputados y conocer el porqué del redactado final del actual artículo 472 del Código Penal. Y resulta imprescindible, precisamente, para evitar supuestos como el que nos ocupa, esto es, que se llegue al poco heterodoxo resultado de que se aplique una interpretación, que fue contundentemente rechazada durante el proceso legislativo.

En este sentido, como ya hemos visto, resulta muy representativa la presentación de una enmienda transaccional “*in voce*” formulada por diputado del Grupo Parlamentario IU-IC, López Garrido, que se expuso en los siguientes términos:

“Señor Presidente, a mí no me cabe duda alguna de que la expresión que hay en el artículo 451 indica una rebelión de carácter violento. Un alzamiento público y violento es algo que está absolutamente admitido así. Pero, en aras de que quede totalmente claro, nuestro Grupo Parlamentario va a plantear una enmienda transaccional, en donde se diga en el primero párrafo lo siguiente: «Son reos del delito de rebelión los que se alzarán violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:…» Con esto creo que quedaría absolutamente satisfecha la preocupación de los señores Olabarria y Olartículo”

Con esta enmienda transaccional, y recogiendo la petición del Diputado Vasco Olabarria Muñoz, se intentó dar la “*interpretación auténtica*” de lo que hay que entender por “*alzarse públicamente*”. La voluntad del legislador del 1995, y, por tanto, la “*interpretación auténtica*” de la tipificación de las conductas que se pueden integrar en el delito de rebelión, cómo puede verse,

es absolutamente disonante y se opone radicalmente al contenido del Auto recurrido.

Nada refiere la resolución recurrida respecto al “alzamiento”. En efecto, ninguno de los hechos relatados en el Auto puede considerarse como tal.

Asimismo, el Auto recurrido utiliza argumentos que resultan realmente llamativos para justificar la existencia de violencia. En concreto, el Auto aprecia dicha violencia, principalmente, en las manifestaciones ocurridas el día 20 de septiembre frente a la Consejería de Vicepresidencia, Economía y Hacienda de la Generalitat, en los hechos ocurridos en fecha 1 de octubre, y, de manera sorprendente, en la violencia que, en efecto, no se ha producido, pero que los procesados debieron suponerse.

En este sentido, la resolución recurrida llega a realizar un desafortunado símil entre las manifestaciones ocurridas en fecha 20 de septiembre con un supuesto de “*toma de rehenes mediante disparos al aire*” (Pág. 57). Sin embargo, es evidente que, por violencia, no cabe entender unas manifestaciones de protesta, por numerosas que sean, ni las actuaciones reprobables y aisladas de quienes causaren daños en el marco de las referidas manifestaciones que, a lo sumo, podrían ser constitutivas del tipo penal de desórdenes públicos o, acaso, resistencia a la autoridad, e imputarse, en su caso, a los autores de dichas conductas, pero nunca a mis defendidos.

En los hechos ocurridos el 1 de octubre de 2017, tampoco puede apreciarse ningún tipo de violencia, pues los manifestantes únicamente se limitaron a resistir de forma pasiva la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, actuación que, en algunos casos, excedió claramente los límites del cumplimiento de sus deberes. En todo caso, repetimos que, aunque algunos ciudadanos concretos pudieran haberse excedido de la resistencia pasiva, y hubieran actuado activamente contra los agentes, dichas conductas en modo alguno podrían imputarse a los procesados, pues se trata de episodios completamente aislados que no permiten sostener la existencia de una violencia de entidad suficiente como para integrar el tipo de rebelión.

Asimismo, el Auto aprecia que *“los principales responsables de estos hechos siempre hubieron de representarse que el proceso terminaría recurriendo a la utilización instrumental de la fuerza (Pág. 58)”*, y que *“desde luego se representaron que el fanatismo violento de muchos de sus seguidores había de desatarse (Pág. 58)”*. Sin embargo, la violencia no ha llegado a producirse, y por tanto, dicha apreciación no puede ser más que eso, una mera apreciación no refrendada por los hechos acontecidos a lo largo de los últimos meses y años. En efecto, la posición del Auto que ahora se recurre se fundamenta únicamente en meras posibilidades que suponen un estándar totalmente insuficiente a los efectos de interpretación de la norma penal.

En definitiva, la promoción de un proceso independentista es plenamente admisible en el marco constitucional español, siempre que no sea mediante el uso de la violencia. Y, como se ha dicho, por violencia no cabe entender las manifestaciones de protesta, por numerosas que sean, ni las actuaciones reprobables y aisladas de quienes causan daños en el marco de las referidas manifestaciones que, repetimos, podrían a lo sumo implicar la comisión de un tipo penal de desórdenes públicos y, siempre a cargo de quienes llevarsen a cabo dichas conductas.

A mayor abundamiento, conviene hacer memoria de que, hasta el pasado 26 de octubre, existía una causa abierta ante el TSJC “sólo” por los delitos de desobediencia, prevaricación y malversación. En diversas declaraciones públicas⁴, el entonces Fiscal General del Estado advirtió reiteradamente que si se producía la declaración de independencia en el Pleno del Parlament de

⁴ Así:

La Sexta (21 de octubre 2017):

http://www.lasexta.com/noticias/nacional/el-fiscal-general-del-estado-asegura-que-la-querella-por-rebelion-contra-puigdemont-esta-justificada_2017102159eb96ae0cf28f8922eba427.html;

El Mundo (21 de octubre de 2017):

<http://www.elmundo.es/espana/2017/10/21/59eb17d646163f55588b4627.html>;

El Periódico (26 de octubre de 2017):

<https://www.elperiodico.com/es/politica/20171025/fiscalia-estudia-acumular-procedimientos1-o-audiencia-nacional-6377200>

Catalunya previsto para el 27 de octubre, la Fiscalía interpondría nueva querrela ahora por rebelión, como efectivamente sucedió. Nótese pues que la única diferencia, para el propio Ministerio Fiscal, que permite sostener que se comete rebelión, inexistente hasta entonces, es la declaración de independencia que, al margen de su valor jurídico, se produce en todo caso de forma pacífica en el seno de un debate parlamentario. Es evidente que no concurre ahí el necesario requisito de violencia exigido por el tipo penal.

Procede por tanto revocar parcialmente el Auto de procesamiento para excluir el delito de rebelión.

QUINTA.- Inexistencia del delito de malversación.

El Auto que ahora se recurre procesa a mis defendidos, Don Carles Puigdemont i Casamajó, Doña Clara Ponsatí i Obiols y Don Lluís Puig i Gordi, por un presunto delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 432 del Código Penal, en relación con el artículo 252 del Código Penal.

El citado artículo 432 del Código Penal prevé dos modalidades comisivas, la malversación por administración desleal –con remisión expresa al artículo 252 del Código Penal– y la malversación por apropiación indebida –con remisión expresa al artículo 253 del Código Penal–.

Ello no obstante, no podemos admitir una remisión simple y pura a dicho precepto, sino que ésta debe ser matizada atendiendo a los elementos propios que configuran la malversación. Por ello, habremos de tener en cuenta que nos encontramos delante de un bien jurídico protegido diferente, en este caso, la protección de un patrimonio público.

Por tanto, la remisión realizada por el artículo 432 del Código Penal en relación con el artículo 252 del Código Penal se deberá analizar a la luz de estas especialidades, sin que se pueda extrapolar directamente la doctrina de la administración desleal relativa a delitos cometidos por particulares, a la denominada malversación propia.

Según el referido Auto, la comisión del delito de malversación de caudales públicos se fundamenta en los gastos públicos que habían de realizarse para la celebración del referéndum (pág. 36). Ello no obstante, el Auto ahora recurrido ni hace mención expresa a los presuntos dispendios autorizados por cada uno de mis defendidos, ni a las partidas que se hayan podido efectivamente disponer, ni a las concretas fechas en que presuntamente fueron dispuestas.

Conforme a la remisión normativa antes referida, el tipo penal de malversación entronca con el delito de administración desleal previsto en el artículo 252 del Código Penal, mediante los siguientes elementos vertebradores del injusto típico:

- Tener facultades de administración del patrimonio ajeno.
- La infracción de las facultades de administración excediéndose de su ejercicio.
- La causación de un perjuicio al patrimonio administrado.

En el asunto que nos ocupa, podemos afirmar con total rotundidad que no se cumplen los requisitos objetivos del tipo y, en especial, que no concurre el elemento medular de la malversación: la deslealtad respecto de los caudales públicos administrados. En efecto, mis defendidos no ha incurrido en ninguna infracción ni exceso en las facultades de administración públicas que le venían determinadas por el Estatuto de Autonomía y por la Ley.

Asimismo, conviene recordar que el delito de malversación requiere que se haya producido un perjuicio al patrimonio administrado. Así, el tipo penal de la malversación se configura como un delito de resultado, en el que se exige que se haya llevado a término la infracción y, como consecuencia de la misma, se haya producido un perjuicio real. Por tanto, resulta imprescindible que se realicen actos concretos de disposición de bienes.

Recordemos, que corresponde a la acusación acreditar, ni que sea indiciariamente, que las referidas partidas han sido destinadas a sufragar los presuntos gastos a los que hace referencia el Auto. Sin embargo, no consta justificación alguna en este sentido, si no más bien al contrario, consta aportada en la causa documental pública que justifica que no se ha efectuado dispendio o gasto alguno a cargo del presupuesto de la Generalitat de Catalunya vinculado directa o indirectamente a las partidas que apunta el referidas genéricamente a gastos electorales.

Además, en el Auto que ahora se recurre, no se detallan las personas responsables de las supuestas partidas presupuestarias, ni qué partidas presupuestarias han sido o no utilizadas, ni tampoco las concretas fechas de realización de gastos. Ello supone una evidente vulneración de los derechos de mi defendido, por cuanto únicamente se le imputan conductas totalmente genéricas y abstractas, sin llegar a concretar ningún hecho respecto de la presunta comisión del delito de malversación de caudales públicos por el que ahora se le procesa.

Conviene recordar que la causa ha sido declarada compleja y que las diligencias de instrucción no han, ni mucho menos, finalizado. Por ello, resulta muy prematuro, procesar a mis defendidos por un delito de malversación de caudales públicos, cuando las únicas referencias al mismo se hallan en la página 36 del Auto, y se concretan, como ya hemos dicho en meras actuaciones genéricas y abstractas.

Ello supone una evidente indefensión de mis defendidos, por cuanto únicamente se le atribuyen hechos completamente genéricos y abstractos, que, además, no se acompañan de justificación alguna.

Por el contrario, constan aportadas a la causa las certificaciones de la Interventora General de la Generalitat de Catalunya, en las que se garantiza que no se ha destinado cantidad alguna a la satisfacción de ningún pago vinculado al referéndum de autodeterminación de Catalunya.

Asimismo, es público y notorio que las finanzas de la Generalitat de Catalunya fueron intervenidas en fecha 21 de julio de 2017, por el Ministerio de Hacienda, existiendo declaraciones públicas del Ministro, DON Cristóbal Montoro, en las que ha asegurado que:

“Puedo garantizar que la Generalitat no está utilizando un euro” (para la financiación del referéndum)⁵.

En el mismo sentido, el Presidente del Gobierno, DON Mariano Rajoy, en fecha 7 de febrero de 2018, manifestó ante el Congreso de los Diputados que:

“No hay ningún informe de nadie que diga que con el Fondo de Liquidez autonómica se han pagado los gastos a los que usted hace referencia Y si usted tiene el Informe o puede aportar alguna prueba o alguna factura, désela al Gobierno de España –que tenga la seguridad de que actuará– o dígaselo, si lo estima oportuno y conveniente, a los tribunales–⁶”.

Así las cosas, el procesamiento de mis defendidos por un presunto delito de malversación resulta absolutamente improcedente, habida cuenta de que, como hemos analizado, no existen ni en el Auto recurrido, ni tampoco en la investigación, ninguna conducta ni realización de gastos concretos que se le puedan imputar.

⁵ Puede consultarse el vídeo con las referidas declaraciones en el siguiente link: <http://www.elmundo.es/espana/2017/08/31/59a7edd822601d50538b45c3.html>

⁶ Puede consultarse la noticia que recoge las referidas declaraciones en el siguiente link: <http://www.elmundo.es/espana/2018/02/07/5a7abd81e2704ebe1f8b4585.html>

En definitiva, ninguna participación de mis defendidos en los hechos susceptibles de ser tipificados en el delito de malversación ha quedado acreditada en la investigación, motivo por el que resulta totalmente injustificado el procesamiento de mis defendidos por el referido delito, procediendo revocar parcialmente el auto de procesamiento para excluir el delito de malversación.

Subsidiariamente, procede dejar sin efecto la fianza fijada en el Auto de procesamiento al no existir constancia alguna de que se haya malversado o destinado ninguna cantidad y, sí, al contrario, existir constancia documental de que no se ha dispuesto de cantidad pública ninguna para sufragar el referéndum de autodeterminación celebrado en fecha 1 de octubre de 2017. *A contrario*, como hemos visto dicha cantidad no sólo no se encuentra fundamentada ni motivada, como cabría esperar con la finalidad de no producir, nuevamente, indefensión a esta parte, vulnerándose, en consecuencia, el artículo 24.1 de la Constitución Española, sino que, a mayor abundamiento consta que los máximos responsables políticos del propio Gobierno español niegan que se haya destinado ni un solo euro público a sufragar el referéndum del 1 de octubre.

QUINTA.- Falta de tipicidad de los hechos supuestamente constitutivos de un delito de desobediencia.

Por último, el Auto recurrido imputa a mi defendido, DON Lluís Puig i Gordi, un delito de desobediencia, ex artículo 410 del Código Penal. Dicho precepto se encuentra incardinado en el Título XIX, “*De los delitos contra la Administración Pública*” i consiste esencialmente en la negativa abierta a dar cumplimiento a “*resoluciones judiciales*” o “*decisiones u órdenes de una autoridad superior*”. Descartado que el Tribunal Constitucional sea una autoridad superior del Gobierno de Catalunya, obviaremos profundizar en dicho extremo.

El Auto de procesamiento entiende que mi defendido presuntamente ha cometido un delito de desobediencia, al haber llevado a cabo:

“Una desatención de los requerimientos hechos por el Tribunal Constitucional, en esta ocasión materializada en la aprobación por todos los integrantes del Gobierno de la Generalidad del Decreto 139/2017, de convocatoria del referéndum”.

El delito de desobediencia, dado su origen histórico liberal, y vinculado al nacimiento del Estado de Derecho, alberga un ámbito de protección por el cual se pretende asegurar la sujeción de la Administración al Derecho, y por tanto, a las decisiones que con base en el mismo adopten los miembros del Poder Judicial. Por tanto, desde una interpretación histórica y constitucional, este delito se encuentra referido tanto al principio de división de poderes, como al principio de sometimiento de la Administración a las decisiones judiciales (artículo 106.1 y 117.3 CE).

Por todo ello, y entendiendo que la finalidad de todo delito es la protección de bienes jurídico-penales, y desde la poderosa doble función dogmática que este concepto penal ejerce (sistemática y de guía interpretativa), nos hemos de preguntar si la hipotética desobediencia llevada a cabo por mi defendido lesiona el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Y la respuesta ha de ser rotundamente negativa. Rotundamente negativa porque la supuesta desobediencia de la que se acusa a mi defendido no se da en el marco de la relación de vinculación entre órganos del Poder Judicial y la Administración a la que hace referencia la ubicación sistemática del artículo 410 del Código Penal (función sistemática del bien jurídico protegido). En consecuencia, no se dan las premisas aplicativas del tipo, y por tanto, la aplicación de este delito a los hechos ocurridos, desde una perspectiva teleológica, se encuentran al margen de la finalidad de protección de la norma contenida en el injusto típico.

Una vez determinado el bien jurídico protegido, la interpretación – teleológica– excluye del tipo de desobediencia las conductas que no lesionen ni pongan en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Y, por todo ello, falta la antijuricidad material de la conducta en los hechos imputados al Govern de Catalunya.

Asimismo, resulta igualmente esencial entrar a valorar un elemento del tipo objetivo que se encuentra relacionado con la interpretación histórica y sistemática que se acaba de analizar. A los efectos del tipo penal que nos ocupa, entendemos que el Tribunal Constitucional no es un órgano judicial y que, por tanto, sus resoluciones no son las “resoluciones judiciales” a las que se hace referencia en la literalidad de la norma contenida en el artículo 410 del Código Penal.

Este debate ya fue planteado ante este mismo Tribunal en el asunto “9-N” (STS 177/2017, de 22 de marzo), en el que, con manifiesto *overruling*, se consideró que era aplicable el tipo penal del artículo 410 porque, en síntesis, el TC es un órgano jurisdiccional que ejerce la jurisdicción constitucional. Sea o no sea un órgano jurisdiccional (que ejerce jurisdicción, es decir, que puede determinar de forma irrevocable el derecho aplicable al caso concreto), lo que no cabe en ningún caso es que el Tribunal Constitucional sea un órgano *judicial*, pues dicho atributo es exclusivamente predicable de los órganos *judiciales* integrados dentro del Poder Judicial del Estado (Título VI de la CE).

No se trata de una cuestión meramente semántica, pues debemos recordar, en primer lugar, que en materia penal las normas han de ser interpretadas de forma restrictiva, pues en caso contrario se lesionaría el derecho a la legalidad penal (artículo 25 CE y artículo 7 CEDH). Ello queda reflejado en numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, la Sentencia del TEDH *Cantoni vs. Francia*, de 15 de noviembre de 1996: “*como ya ha indicado el Tribunal, el artículo 7 consagra primordialmente el principio de la legalidad de los delitos y de las penas [...] y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera extensiva en detrimento del acusado,*

principalmente por analogía. De ello resulta que una infracción debe estar claramente definida por la Ley”).

Asimismo, desde la perspectiva del Derecho español, recordemos que conforme prevé con carácter general para todo el ordenamiento jurídico– el artículo 4.2 del Código Civil:

“Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

Igualmente, el artículo 4 del Código Penal, prevé en su apartado primero, que:

“Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

Y desde esta perspectiva hermenéutica, la desobediencia penalmente relevante es solo la desobediencia a resoluciones *judiciales*, es decir, a resoluciones dictadas por órganos integrados en el Poder Judicial del Estado.

Dicha cuestión fue en su momento debatida en sede parlamentaria. Así, cuando se discutía el proyecto de ley de la que después sería la L.O. 15/2015, de fecha 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Diputada Sra. Rosa Díez presentó una enmienda que tenía precisamente por objeto tipificar la desobediencia a las resoluciones del Tribunal Constitucional. La enmienda fue rechazada. Es obvio pues que el legislador español, habiendo podido tipificar esta específica desobediencia a las resoluciones del Tribunal Constitucional, por lo motivos que sean, no lo hizo.

Buena prueba de todo ello es que, hasta ahora, y concretamente hasta la causa del 9-N, nunca se había criminalizado la desobediencia al Tribunal Constitucional. Son muy numerosos los ejemplos de desobediencias a resoluciones de Tribunal Constitucional cometidas por diferentes órganos y

autoridades estatales y nunca se había acudido a utilizar el *ius puniendi* del Estado.

En este sentido, un detallado estudio del Derecho español evidencia que, antes del proceso participativo iniciado en Catalunya, las supuestas desobediencias respecto las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional eran atípicas.

Ello no obstante, con posterioridad al llamado “Procés” resulta que sólo son típicas las desobediencias realizadas por autoridades catalanas, mientras que, por ejemplo, las negativas por parte del Gobierno español a cumplir los pronunciamientos judiciales, son penalmente irrelevantes.

A modo de ejemplo, sólo cabe citar los hechos que traen causa de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2017, de fecha 19 de enero. En la citada resolución, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un conflicto positivo de competencias estimando la pretensión de la Generalitat de Catalunya, respecto de la resolución de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad en materia de subvenciones. En la Sentencia, el Tribunal Constitucional, reconoce la anómala, persistente y reiterada negativa del Estado a cumplir con las precedentes resoluciones del propio Tribunal en la materia. Motivo por el cual, el Sr. Francesc Homs interpuso denuncia ante la Fiscalía. Sorprendentemente, el Ministerio Público procedió al rápido archivo de la misma al entender que la negativa gubernamental a cumplir las resoluciones constitucionales no tenía relevancia penal (Decreto de Archivo de fecha 6 de febrero de 2017).

Pero es que, además, la propia Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 5/2005, llegó a dar órdenes a los Sres. Fiscales para que en sus actuaciones solicitaran a los órganos instructores y enjuiciadores que se opusieran al criterio del Tribunal Constitucional recogido en la STC núm. 63/2005, sobre la interrupción del término de la prescripción.

Asimismo, el propio Tribunal Supremo llegó a dictar hasta tres Acuerdos del Pleno de la Sala para no asumir el mandato que disponía la Sentencia Constitucional mencionada (Acuerdos de fechas 12 de mayo de 2005, 25 de abril de 2006, y 26 de febrero de 2008).

Como se ha dicho, ante la situación descrita, la previsibilidad en la aplicación penal exige que todo investigado tenga la certeza de que sus actos se encuentran prohibidos expresamente por las disposiciones penales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Pessino vs. Francia, de fecha 10 de octubre de 2006). Y ello no pasa, como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Caso del Río Prada vs. España de 10 de julio de 2012, ante “la ausencia de una interpretación jurisprudencial accesible y razonablemente previsible” (en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Dragotoniú i Militaru-Piidhorni vs. Rumania, de fecha 24 de mayo de 2007).

Nos encontramos pues ante la inexistencia de una jurisprudencia “razonablemente” previsible, en la que se pueda fundamentar el Auto ahora recurrido, por lo que se contrapone claramente al artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Resulta pues una clara discriminación por razones ideológicas ejercitar acciones penales por hechos idénticos en algunos casos –cuando se dirigen a políticos de signo independentista– y en otros casos no –cuando son atribuibles a cualquier otra autoridad–.

Por tanto, desobedecer una resolución del Tribunal Constitucional no es desobedecer una resolución *judicial* y no es un hecho penalmente típico, porque las resoluciones del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, no tienen por objeto disciplinar la actividad de la Administración Pública.

Por último, el Estado constitucional de derecho exige el cumplimiento de las garantías penales, y obliga a la eficiencia del Estado en el uso del *ius puniendi*, debiendo éste ser aplicado con observancia estricta de la ley, e informado sobre los principios constitucionales, entre ellos el de *ultima ratio* –por lo que el Estado debe agotar todos los mecanismos no penales a su alcance para hacer frente a la puesta en peligro de los intereses aquí pretendidamente protegidos antes de ejercer la acción penal–.

Por tanto, en el caso de considerarse –de forma incorrecta– el Tribunal Constitucional como órgano judicial, la protección penal exigiría, al efecto del delito de desobediencia, haber agotado los mecanismos procesales dispuestos para el cumplimiento de sus resoluciones. Y, como mínimo, antes de activar el *ius puniendi*, resultaría necesario que se procediese por el Tribunal Constitucional a la propia autotutela de sus resoluciones mediante los mecanismos previstos en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que fueron introducidos mediante la “*Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional, como garantía del Estado de Derecho*”. En efecto, el propio artículo 92.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional insta al Tribunal Constitucional a “*velar por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones*”. En ese orden de ideas, el propio Tribunal Constitucional, si estimase insuficientes los mecanismos coercitivos de los que fue dotado por la L.O. 15/2015, podría recabar el auxilio de la jurisdicción (obviamente la contenciosa en primer lugar antes que la penal). Consecuentemente, proceder con el derecho penal como *prima ratio* del ordenamiento supone una violación flagrante del principio de proporcionalidad en relación con la aplicación del principio de legalidad que ha de presidir la estimación del delito de desobediencia.

En definitiva, los hechos denunciados no son típicos, pues no pueden subsumirse en el delito de desobediencia, y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 637 de la LECrim procede revocar parcialmente el Auto de procesamiento excluyendo el delito de desobediencia.

En virtud de cuanto antecede,

AL MAGISTRADO INSTRUCTOR SE SOLICITA: Tenga por presentado este escrito y tras el pertinente trámite de rigor, se resuelva:

1º) Estimar la causa de nulidad articulada en la alegación primera de este escrito y, consecuentemente, decretar la nulidad de las actuaciones practicadas por falta de competencia objetiva de este órgano instructor.

2º) Subsidiariamente al anterior pedimento 1º), declarar la incompetencia de este órgano instructor y remitir las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, juez natural llamado a conocer habida cuenta del aforamiento de algunos de los imputados.

3º) Estimar la causa de nulidad articulada en la alegación segunda de este escrito y, consecuentemente, decretar la nulidad de las actuaciones practicadas por haberse prescindido de normas esenciales de procedimiento, productoras de indefensión.

4º) Revocar y dejar sin efecto el procesamiento acordado, decretando en su lugar el sobreseimiento libre de la causa, por mor de la irrelevancia penal de los hechos objeto de enjuiciamiento.

5º) Revocar parcialmente el auto de procesamiento, excluyendo de su contenido el delito de rebelión.

6º) Revocar parcialmente el auto de procesamiento, excluyendo de su contenido el delito de malversación.

7º) Subsidiariamente al anterior, dejar sin efecto la fianza fijada en el Auto de procesamiento al no existir constancia alguna de que se haya

malversado o destinado ninguna cantidad y, sí, al contrario, existir constancia documental de que no se ha dispuesto de cantidad pública ninguna para sufragar el referéndum de autodeterminación celebrado en fecha 1 de octubre de 2017.

8º) Revocar parcialmente el auto de procesamiento, excluyendo de su contenido el delito de desobediencia.

9º) Dictar asimismo cuantos otros pronunciamientos complementarios a los anteriores resulten procedentes.

OTROSI PRIMERO DIGO: Conforme se ha desarrollado extensamente en la alegación segunda del presente escrito, la interpretación mantenida primero por el Juzgado Central número 3, plasmada en el Auto de fecha 6 de noviembre y, especialmente, en la Providencia de 7 de noviembre de 2017, y luego mantenida por el Magistrado-Instructor de esta Sala, reiterada en sucesivas resoluciones con invocación de la calendada Providencia de 7 de noviembre, en el sentido de no permitir el efectivo ejercicio del derecho de defensa mientras los imputados no se pusieran a disposición del tribunal mediante su comparecencia personal, es, a nuestro juicio, contraria a diversas normas de derecho comunitario europeo.

Concretamente, como asimismo se ha argumentado ya *in extenso*, dicha interpretación contraría lo dispuesto en:

- Los artículos 47 y 48.2 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.
- La *Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en*

los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, y, en particular, sus artículos 2, 3.1, 3.2.b y 3.6, 4º, así como la interpretación derivada de sus iniciales considerandos.

- *La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penal, y, en particular, su artículo 6.*
- *La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, y, en particular, su artículo 8.*
- *La Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.*

Somos conscientes de que una vez incorporada la normativa de una Directiva al derecho interno ésta no puede ser invocada directamente como derecho aplicable, sino que debe acudir a la normativa interna, pero sí debe utilizarse a efectos interpretativos, de manera que la normativa estatal siempre debe ser interpretada de acuerdo con el sentido y la filosofía de las normas comunitarias.

Por lo que respecta a la Directiva 2016/343, aún no traspuesta, al margen de su valor, resultará de aplicación directa desde el inminentemente próximo 1 de abril de 2018.

Las Decisiones-Marco, como derecho derivado que son, son alegables directamente.

En su virtud, en la medida en que se mantenga la interpretación que se ha venido manteniendo entre fechas 6 de noviembre de 2017 y 27 de marzo de 2018, esto es, la interpretación consistente en entender que puede ser válidamente excluido el derecho de defensa letrada si el imputado no se pone a disposición del tribunal concedor, no dando lugar a la nulidad de actuaciones interesada, procede y así se interesa expresamente que, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se plantee ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

- 1. Los artículos 47 y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y las Disposiciones contenidas en las Directivas 2013/48/UE (artículos 2, 3.1, 3.2.b y 3.6 4), 2012/13/UE (artículo 6) y (UE) 2016/343 (artículo 8).**

¿son compatibles con la interpretación efectuada por los tribunales de un Estado miembro de su normativa interna (en este caso, los artículos 118 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española) conforme a la cual una persona imputada en un proceso penal puede ser privada del derecho de defensa y asistencia letrada mientras no se ponga a disposición del tribunal que está conociendo mediante su comparecencia personal ante el mismo?

Subsidiariamente a la anterior, se plantea asimismo la siguiente cuestión prejudicial:

- 2. Los artículos 47 y 48.2 de la Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea, y las Disposiciones contenidas en las Directivas 2013/48/UE (artículos 2, 3.1, 3.2.b y 3.6 4), 2012/13/UE (artículo 6) y (UE) 2016/343 (artículo 8) y la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo (artículo 11.2).**

¿son compatibles con la interpretación efectuada por los tribunales de un Estado miembro de su normativa interna (en este caso, los artículos 118 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española) conforme a la cual una persona sujeta al procedimiento de la Orden Europea de Detención y Entrega ante los tribunales de otro Estado parte, puede ser privada del derecho de defensa y asistencia letrada mientras no se ponga a disposición del tribunal del Estado requirente que está conociendo del proceso penal principal mediante su comparecencia personal ante el mismo, pese a sí hallarse a disposición de los tribunales del Estado requerido?

Conforme a lo dispuesto en el citado artículo 267 TFUE, el planteamiento de la cuestión resulta potestativo para el órgano Instructor y preceptivo para la Sala que conociere en apelación ante la eventual e improbable desestimación de la nulidad planteada en la súplica principal del presente escrito.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO: A los efectos previstos en el artículo 44.1.c de la LOTC se efectúa formal invocación de la vulneración de las garantías procesales reconocidas en el artículo 24 de la Constitución Española.

Asimismo, a efectos de eventuales posteriores instancias internacionales se deja ya desde este primer momento expresa constancia de los siguientes derechos fundamentales procesales reconocidos en diversos textos internacionales:

- Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al corresponder el conocimiento de la causa al tribunal Superior de Justicia de Catalunya, habida cuenta del aforamiento de diversos de los imputados.

- Derecho a un proceso con todas las garantías que, entre otras muchas ocasiones, resultó palmariamente vulnerado cuando se citó a declarar a mis mandantes con menos de 24 de horas de antelación, y en día festivo, hecho especialmente grave al tratarse de una querrela de 118 páginas y diversos documentos acompañados, imposibilitando por tanto preparar adecuadamente la defensa. Igualmente, por la atomización de la investigación en diferentes causas independientes, con notable indefensión para las defensas en los diversos procedimientos. Procede asimismo destacar las numerosas filtraciones de la investigación que se han ido produciendo a través de los medios de comunicación, vulnerando gravemente el principio de presunción de inocencia de mis defendidos al propiciar la producción de un juicio paralelo. Más grave aún es constatar que, en numerosas ocasiones, diversos medios de comunicación han avanzado con notable precisión el contenido de futuras resoluciones judiciales.
- Derecho de defensa como manifestación concreta del derecho a un proceso con todas las garantías con proscripción de la indefensión, al haberse impedido el efectivo ejercicio del derecho de defensa desde los albores de la instrucción y hasta después de dictado el auto de procesamiento.
- Derecho a un juez imparcial al haber conocido un tribunal cuyos miembros son designados por un órgano de naturaleza política como es el Consejo General del Poder Judicial, conforme reiteradamente ha venido denunciado el Informe GRECO del Consejo de Europa. A mayor abundamiento, en
- El propio Magistrado-Instructor se ha situado a sí mismo en la posición de víctima del delito, como integrante del conjunto de los ciudadanos españoles, infringiéndose así la elemental garantía de imparcialidad condesada en el clásico aforismo “*in causa sua, iudicare nemo potest*”.

Las expresadas violaciones contrarían lo dispuesto en diversos textos internacionales, entre los que cabe destacar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 47 y 48), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 10).

En Barcelona, y para Madrid, a 28 de marzo de 2018.

A handwritten signature in blue ink, which appears to read "Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol". The signature is written in a cursive style and is underlined with a single horizontal line.

Ltdo. Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol
Colegiado ICAB núm. 13.234