



**Cortes
Generales**

Servicios Jurídicos

**E. KOSTKA FERNÁNDEZ FDEZ.
4º CURSO DE GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE A CORUÑA**

**DICTAMEN JURÍDICO EN CALIDAD DE LETRADO DE LAS
CORTES GENERALES SOBRE LOS ACONTECIMIENTOS
ACAECIDOS EN EL DENOMINADO “OTOÑO CATALÁN”, ENTRE
SEPTIEMBRE DE 2012 Y MARZO DE 2013.**

“CAMBIOS POLÍTICOS Y SU REPERCUSIÓN POLÍTICA”

Dictamen a modo de caso práctico que se presenta para la superación de Trabajo de Fin de Grado en Derecho, conforme al Plan de Estudios para la obtención del Grado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. Curso académico 2012-2013.

La Coruña, 10 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS

I

1. El Real decreto 1393/2007 establece en el artículo 12.3, dentro del Capítulo III dedicado a las enseñanzas oficiales de Grado, que “estas enseñanzas concluirán con la elaboración y defensa de un Trabajo de Fin de Grado”.
2. La Universidad de A Coruña aprueba el Reglamento del Trabajo de Fin de Grado en Derecho y el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho propone el caso práctico, que ha de servir de base para la elaboración por parte del alumno, en este caso, de un Dictamen Jurídico en calidad de Letrado de las Cortes Generales.
3. El tema elegido por el alumno que suscribe este Dictamen es “Cambios Políticos y su Repercusión Jurídica”.
4. El alumno tuvo como tutor en el proceso de elaboración del presente trabajo al Profesor Dr. Julio García Camiñas, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de A Coruña.

II

Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los Srs. Castelo, Villar, Rico, Vasallo y Zapata, por la creación y gestión de la operación “Oído de Murciélago” (ODM) y por las detenciones llevadas a cabo como fruto de las escuchas.

1. Responsabilidades por la creación y gestión de la operación “Oído de Murciélago”.

Para la determinación de las responsabilidades por la creación y gestión de la operación “Oído de Murciélago” es necesario distinguir entre la actuación del Presidente del Gobierno Sr. Castelo y la actuación de los demás intervinientes: Sr. Villar, Ministro de Interior, Sra. Vasallo, Secretaria de Estado de Seguridad y Sr. Rico, Director del Centro Nacional de Inteligencia. De igual modo, los actos del Sr. Zapata, Director General de la Policía, requieren un tratamiento diferenciado.

Como es sabido, en un Estado democrático de Derecho una intervención telefónica supone la vulneración de un derecho fundamental: la garantía del secreto de las comunicaciones y, por tanto, se trata de una medida que sólo puede conceder la autoridad judicial, tal y como se desprende del artículo 18.3 de la Constitución española al garantizar “el secreto de las comunicaciones, en especial las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

Analizaremos a continuación por separado las responsabilidades de cada uno de los sujetos implicados, para cuyos argumentos jurídicos seguimos, entre otros, al profesor Díez-Picazo.¹

2. Responsabilidades del Presidente del Gobierno, Sr. Castelo.

En la reunión que se celebra el 1 de septiembre de 2012 asisten, exclusivamente, el Sr. Castelo Presidente del Gobierno y su Ministro de Interior Sr. Villar, pero de esa reunión no se puede inferir que el otorgamiento de “plenos poderes” por parte del Presidente del Gobierno, ante la gravedad de los incidentes de orden público acaecidos, ante el peligro para la integridad territorial del Estado y ante la situación de violencia que se genera, incluya un mandato para la comisión de infracciones tipificadas en el Código Penal por parte de su Ministro.

En la reunión que se celebra al día siguiente, el 2 de septiembre de 2012, en la que se acuerda establecer un sistema de escuchas telefónicas, “sin contar en ningún momento con autorización judicial”, no consta que asistiese el Presidente del Gobierno, ni que fuera informado de la celebración de la misma, ni de su contenido, ni tampoco de los acuerdos que se adoptaron en la mencionada reunión. De igual modo, no queda acreditado que en

¹ Díez-Picazo, L. M^a, "La Responsabilidad penal del los miembros del Gobierno, *“Cuadernos y debates”*, Serie Minor 2, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1996. Díez-Picazo, L. M^a, "La criminalidad de los gobernantes", Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996. Fernández Carnicero, J., (Coord.), "Comentarios a la Ley del Gobierno, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002. García Mahamut, Rosario, "La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno", Tecnos, Madrid, 2000.

momentos posteriores el Presidente del Gobierno hubiese sido informado de la creación, funcionamiento y ejecución de la operación denominada “Ojos de Murciélago”.

Por tanto, no cabe imputar al Presidente del Gobierno Sr. Castedo responsabilidad penal por estos hechos, si bien si es factible la existencia de responsabilidades políticas que deberían ser dirimidas en sede parlamentaria y no judicial.

3. Responsabilidades de la Sra. Vasallo, Secretaria de estado de Seguridad, y de los Srs. Villar, Ministro del Interior, y Rico, Director del CNI.

En la reunión que se celebra el día 2 de septiembre de 2012 entre el Sr. Villar, la Sra. Vasallo y el Sr. Rico, resulta claro que el Ministro de Interior Sr. Villar “acuerda” establecer sin intervención judicial el sistema de escuchas telefónicas denominado “Oído de Murciélago”, lo que supone la comisión de un delito por violación de un derecho fundamental.

No consta que las demás autoridades participantes en dicha reunión se opongan o manifiesten la ilegalidad de tales actuaciones, sino que participan en la operación, por lo que consideramos que tanto la Sra. Vasallo como el Sr. Rico son coautores de la vulneración de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Según se desprende del relato de los hechos, el día 26 de septiembre de 2012 a las 3:00, la Sra. Vasallo llama al Sr. Rico para extender el sistema de escuchas a todos los miembros del Parlamento de Cataluña hecho que debe ser calificado del mismo modo que el ya comentado establecimiento de la operación “Oído de Murciélago”.

Todos ellos cometen, de acuerdo con el Código Penal, según tipifica en su Libro II dentro del Título XXI, “Delitos contra la Constitución”, especificando el Capítulo V los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales” y, más concretamente, la Sección 2ª que se refiere a “los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”. En concreto el artículo 536 de Código Penal promulga:

“La Autoridad o funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las comunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o las leyes incurrirá en la pena de [...]”.

Es relevante indicar el tenor literal del precepto, al señalar “mediando causa por delito”, ya que su contenido afecta de forma clara también al siguiente apartado del presente Dictamen, referido a las detenciones ilegales. En este caso, debemos englobar la expresión “mediando causa de delito” en las actuaciones policiales ilegales que se llevan a cabo antes de la intervención del juez instructor, dirigidas a descubrir los autores de los delitos y a recoger las pruebas incriminatorias, que son a todas luces nulas de pleno derecho.

Si bien es cierto que se pudiera alegar que media interés general, mantenimiento del orden público, búsqueda de la convivencia pacífica, etc., ninguno de esos objetivos es justificatorio de las actuaciones llevadas a cabo, ni cabe interpretación en sentido amplio

“por causa o en forma preordenada o abocada a un proceso penal,”² por lo que no es en ningún caso eximente para la aplicación de los tipos penales recogidos en el Código Penal español.

No obstante, al respecto es preciso manifestar, tal y como señalan los profesores Carolina Bolea Bardón y Ricardo Robles Planas, que: “es difícil encontrar en el Código Penal español una regulación tan deficiente y confusa de una serie de conductas delictivas tan relevantes para el funcionamiento del Estado de Derecho, como es la relativa a las detenciones ilegales cometidas por funcionario público que se prevé en los artículos 167 y 530. Lejos de hallar criterios jurisprudenciales satisfactorios que reconduzcan, en la medida de lo posible, la situación se advierte que el caos se ha instalado en buena medida en las resoluciones de los tribunales”. Describiendo en su trabajo la paradójica situación que se produce, por lo que proponen “una revisión general de los criterios interpretativos de los tipos en cuestión, con el fin de dotarlos de mayor coherencia y certeza en su aplicación”.³

En consecuencia con lo expuesto, la Sra. Vasallo Secretaria de estado de Seguridad y los Srs. Villar Ministro del Interior y Sr. Rico Director del Centro Nacional de Inteligencia cometen, de acuerdo con el Código Penal, un delito contra la Constitución, en su vertiente de delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales y, de forma más específica, delitos contra la inviolabilidad de derechos fundamentales.

4. Responsabilidades del Sr. Zapata, Director General de la Policía.

En cuanto a las responsabilidades del Sr. Zapata, Director General de la Policía, es preciso señalar que participa en los hechos por primera vez en la madrugada del 26 de septiembre de 2012, es decir, veinticuatro días después de la reunión en la que las Autoridades señaladas acuerdan el sistema de escuchas.

De los hechos descritos no se desprende que el Sr. Zapata haya tenido conocimiento del establecimiento de la operación “Oído de Murciélagos” ni de su ejecución, sino que son agentes del Centro Nacional de Inteligencia los que realizan las intervenciones, los registros y las escuchas ilegales, de las que se obtiene la información que consta. El Sr. Zapata no es el superior de los agentes que ejecutan la operación “Oído de Murciélagos”, puesto que orgánica y jerárquicamente son subordinados del Sr. Rico, Director del Centro Nacional de Inteligencia.

Nos encontramos ante una evidente violación de derechos fundamentales, carente de justificación legal alguna y de la preceptiva autorización judicial, pero lo cierto es que del relato fáctico no cabe deducir que el Sr. Zapata tuviera conocimiento de la existencia de la operación “Oído de Murciélagos”, ni de su extensión a otros parlamentarios.

Por tanto, no constando la participación del Sr. Zapata debemos presumir su inocencia. De los hechos que se nos aportan, resulta probado que son un grupo de agentes no

² Carolina Bolea Bardón y Ricardo Robles Planas, “La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los artículos 167 y 530 del Código Penal”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, nº 4, págs. 1-27.

³ Idem. Pág.1.

identificados del Centro Nacional de Inteligencia los responsables de la ejecución de la operación “Oído de Murciélagos”, obedeciendo las indicaciones de su superior jerárquico el Sr. Rico, Director del Centro Nacional de Inteligencia.

Resulta probado que en la reunión del 2 de septiembre de 2012 se decide establecer el sistema ilegal de escuchas telefónicas, que “no contó en ningún momento con autorización judicial”. Pero a ella asisten el Sr. Villar Ministro del Interior, la Sra. Vasallo Secretaria de Estado de Seguridad y el Sr. Rico Director del Centro Nacional de Inteligencia, pero no el Sr. Zapata, Director General de la Policía, por lo que no podemos imputarle unos hechos en los que no tuvo conocimiento y no participó

5. Responsabilidades por las detenciones llevadas a cabo como consecuencia de las escuchas telefónicas.

La puesta en marcha y la ejecución de la operación “Oído de Murciélagos”, permite a las autoridades políticas y policiales obtener, como consecuencia de los datos recabados, informaciones sobre la existencia del grupo denominado “Terra, Poble y Llibertat”. Sólo por este medio ilegal se tiene conocimiento de que el grupo político “Terra, Poble y Llibertat” es el responsable de los ataques con cócteles molotov, incendios, pintadas amenazantes, así como la identidad de sus integrantes: la Sra. Arán como lideresa del grupo y del que forman parte los Srs. Baucells, Martí y Cugat.

A través de la información obtenida como resultado de la operación “Oído de Murciélagos”, se tiene conocimiento de que los parlamentarios autonómicos Srs. Gibert y Queralt, pertenecientes al Partit Radical Independentista, participan en los incidentes violentos de forma directa, estableciendo las fechas en las que se deben realizar los ataques y los actos violentos. Además, y como resultado de la mencionada operación ilegal de escuchas, se sabe que el Sr. Gibert sugiere a la Sra. Arán el ataque a una sede del propio Partit Radical Independentista, como medio para retroalimentar las protestas independentistas.

Resulta probado que en la tarde del 25 de septiembre de 2012 la Sra. Vasallo y los Sres. Rico y Villar “convienen” la detención de la Sra. Arán y de los Sres. Baucells, Martí, Cugat y Gibert, que son detenidos por agentes de la Policía Nacional. Aunque el Sr. Zapata no participa en “la convención” de las autoridades señaladas, lo cierto es que son agentes bajo sus órdenes los que proceden a las detenciones y, por tanto, en ese sentido el Director General de la Policía sería responsable de tales operaciones, al ser el superior jerárquico de los agentes que ejecutan la operación.

En el mismo momento en que la Sra. Vasallo insta al Sr. Rico a extender la operación “Oído de Murciélagos”, el Ministro Sr. Villar ordena al Sr. Zapata que “mantenga bajo su ámbito de actuación” a los detenidos Srs. Arán, Baucells, Martí y Cugat, y que ponga a disposición judicial solamente al Sr. Gibert.

Cuando el Sr. Zapata accede a la orden de su Ministro, los miembros de “Terra, Poble y Llibertat” llevan detenidos menos de 12 horas, por lo que no se vulneran las normas de custodia de los detenidos, sino que nos encontramos ante una infracción del hecho mismo de la detención, ya que carece de cualquier indicio justificatorio de la misma.

Al respecto la Constitución española es tajante al reconocer en su artículo 17 que:

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

2.- La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento del delito y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial.

3.- Toda persona detenida deberá ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

4.- La Ley regulará un procedimiento de habeas corpus para la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.

Y con el mismo espíritu y objetivo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal promulga en el artículo 489 que ningún español ni extranjero puede ser detenido, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben. Acto seguido, en el artículo 492 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se establecen los casos en los que la Autoridad o la policía judicial tienen la obligación de detener, señalando en el apartado 4º que, aunque no se hallase procesado, la persona debe ser detenida cuando concurren las dos circunstancias siguientes:

1.- que tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que tenga los caracteres de delito y

2.- que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

En el Libro II del Código Penal, Título VI, Capítulo 1º, en los artículos 163 y siguientes, se promulgan una serie de delitos que atentan contra la libertad de la personas, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad”. Junto a los tipos comunes de detenciones ilegales se recogen tipos cualificados cuando su autor es funcionario público, artículo 167 en relación con el 163 del Código Penal. Pero la libertad es objeto de protección frente a la actuación de un funcionario público, en la Secc. 1ª, Capítulo V, Título XXI, artículos 530 y siguientes, referido a los “Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual”.

Para analizar con rigor los hechos y su calificación jurídica, debe tenerse en cuenta la tipicidad concreta de las detenciones policiales ilegales, pues subsumirlos en uno u otro tipo de los que el Código Penal recoge, supone una sustancial diferencia en las penas, incluyendo o no privación de libertad, junto a las inhabilitaciones y su duración.

El artículo 163 del Código Penal define la detención ilegal señalando que:

“El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. El particular que, fuera de los casos permitidos por las

leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”.

El artículo 167 del Código Penal individualiza el caso de que el autor sea

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de 8 a 12 años”.

En el artículo 530 del mismo Código, dentro del Título XXI, que el Código Penal dedica a los delitos contra la Constitución establece que:

“la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 4 a 8 años”.

Es aquí cuando debemos retomar las anunciadas consideraciones sobre el tenor literal de la ley “mediando causa por delito”, dada la relevancia que tendría sobre las penas a imponer. Lo cierto es que no hay un criterio jurisprudencial uniforme y lo que la jurisprudencia hace es incorporar un criterio formalista de distinción entre los artículos 167 y 530 del Código Penal, que ciertamente complica la comprensión de los preceptos mencionados. En nuestra opinión el criterio de distinción habría de estar basado en la finalidad pública o privada que informa el comportamiento de la Autoridad o funcionario público.

Resulta relevante conocer si la detención se realiza exclusivamente en base a datos obtenidos de la operación “Oído de Murciélagos”, o si existen otras pruebas independientes, autónomas y no contaminadas por la prueba ilícita. De los hechos relatados no se desprende la existencia de tales pruebas. Por todo ello, podemos concluir que la detención se ha realizado careciendo de cobertura legal y sin existir indicios racionales que la justifiquen, por lo que queda claro que las detenciones nacen viciadas en su origen y son, por tanto, ilegales.

Por tanto, con los hechos que se nos aportan no nos consta que los detenidos lo hayan sido anteriormente, ni que consten antecedentes por delitos de naturaleza similar a los que las escuchas ilegales han revelado, ni por ningún otro, por lo que debemos inferir y presumir que son ciudadanos en pleno uso de sus derechos civiles y políticos.

III

¿Cuál habría de ser, en su caso, el órgano jurisdiccional competente, teniendo en cuenta que el Sr. Castelo ha sido reelegido Diputado del Congreso en las elecciones del 27 de enero?

El Sr. Castelo no incurre en responsabilidad penal por el establecimiento de la operación “Oído de Murciélagos”, ya que en los hechos descritos no hallamos justificación para una

eventual imputación por causa de violación de derechos fundamentales, como ya expusimos.

El Presidente del Gobierno Sr. Castelo tiene la condición de parlamentario, como se deduce del hecho de que “ha sido reelegido” Diputado del Congreso en las elecciones del 27 de enero de 2012. Sin embargo, el Ministro de Interior Sr. Villar, que es quien “acuerda” el establecimiento de ilegal de la Operación “Oído de Murciélagos”, no consta que a la condición de Ministro, sume la de Diputado o Senador, aspecto politológico relevante en la determinación y el análisis de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y de los parlamentarios, así como de los órganos jurisdiccionales competentes para su enjuiciamiento.

Es relevante señalar que, de acuerdo con la legislación española, no es necesario que el Presidente del Gobierno y sus Ministros sean Diputados o Senadores, si bien es común que se dé la acumulación de un acta parlamentaria con funciones como miembro del Gobierno, dada la lógica interna de la forma parlamentaria de Gobierno.⁴

Es preceptivo de un Estado de Derecho establecer un mecanismo de exigencia de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, no sólo para garantizar que no se vean “perturbados” en el desempeño y ejercicio de sus funciones, sino también, para evitar que “el sistema no puede ser excesivamente generoso, ya que los miembros del Gobierno, dada su capacidad de información y decisión, se encuentran en una posición idónea para servirse del aparato estatal y ocultar las responsabilidades de todo orden en que pudieran incurrir”.⁵

La Constitución española se refiere a esta cuestión en el artículo 102, al promulgar tres normas diferentes para la exigencia de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno:

1. Un fuero especial dentro de los órganos de la jurisdicción ordinaria para depurar dicha responsabilidad: “La responsabilidad penal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.
2. Una condición de procedibilidad para cierta clase de delitos: “si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo”.
3. La exclusión de la prerrogativa real de gracia: “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”.

En el Derecho constitucional comparado encontramos tres sistemas para exigir la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno:

1. El sistema legislativo, en el cual es el Parlamento el que tiene atribuida tal función, repartiéndose acusación y enjuiciamiento entre ambas Cámaras cuando existe bicameralismo. Es el caso del *impeachment* anglosajón.

⁴ En el caso de las comunidades autónomas sí es preceptivo que el Presidente de la misma tenga la condición de diputado autonómico, pero no sus consejeros.

⁵ Susana Gómez Aspe, Revista de Estudios Políticos, “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno”, nº 105, 1999, pág. 335.

2. El sistema judicial puro, en el que órganos jurisdiccionales ordinarios asumen su enjuiciamiento. Es el caso, aunque con matices, de España.

3. El sistema judicial especial, que atribuye a un Tribunal especial, fuera de la Jurisdicción ordinaria, ya sea el Tribunal de Garantías constitucionales, ya otro integrado por elementos legislativos y judiciales. De escasa implantación política.

Ni la Constitución ni los Reglamentos parlamentarios señalan cómo ha de procederse cuando un miembro del Ejecutivo que ostenta la condición de parlamentario es acusado de la comisión de un delito. La cuestión principal es determinar si resultan aplicables en todo caso las prerrogativas parlamentarias y en particular la de inmunidad.

En consonancia con lo expuesto, incoado un sumario por un Juez de Instrucción de oficio, por denuncia o querrela, en el que aparezcan indicios de responsabilidad contra un miembro del Gobierno que no sea parlamentario, se remitirán las diligencias al Tribunal Supremo, que será el competente para el enjuiciamiento. Acto seguido, de acuerdo con el artículo 57.2 de Ley Orgánica del Poder Judicial, se nombrará instructor de entre los Magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que asume en exclusiva la instrucción y que no formará parte de la Sala sentenciadora que se encarga del juicio oral y fallo.

Si bien es cierto que la tramitación de la causa se complica cuando se reúne la condición de miembro del Gobierno y parlamentario ya que, inexcusablemente, la Cámara correspondiente debe otorgar el suplicatorio para su inculpación o procesamiento. Es aquí cuando resultan de aplicación, además de los Reglamentos de las Cortes, los artículos 303.5, 309 y 750 a 756 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la Ley de 9 de febrero de 1912 sobre competencia para conocer de las causas contra Diputados y Senadores. En las mencionadas normas se distinguen dos fases en el procedimiento para lograr la concesión del suplicatorio: la de iniciación y la de desarrollo, aspectos de procedimiento parlamentario cuyo tratamiento no puede ser objeto de análisis en este Dictamen.

Nuestro ordenamiento constitucional, específicamente el artículo 102 de la Constitución Española, se corresponde con el sistema judicial puro, si bien con la peculiaridad de que en caso de delito de traición o delitos contra la seguridad del Estado cometidos en el ejercicio de sus funciones ministeriales pervive, parcialmente, el sistema legislativo en cuanto que la acusación por tales delitos se plantea únicamente por el Congreso de Diputados.⁶ Se distingue, en este sentido, en la Constitución española, la existencia de una responsabilidad penal cualificada, exigible cuando un miembro del Gobierno comete en ejercicio de sus funciones delito de traición u otro contra la seguridad del Estado, y una responsabilidad penal ordinaria, exigible cuando se trate de cualquier otro ilícito penal, independientemente de que sea cometido en ejercicio de sus funciones o en su condición de ciudadano particular.⁷

En el primer caso, el de la responsabilidad penal “ordinaria”, la Constitución española sólo establece una especialidad de fuero en el artículo 102.1, aforamiento que se establece en función del cargo de las personas enjuiciadas, reuniendo responsabilidades de gobierno y

⁶ Antonio Obregón García, “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española”. Madrid, Cívitas, 1996.

⁷ Entre otros Rubio Llorente, F., “Constitución”, en M. Aragón Reyes, Temas básicos de Derecho Constitucional. Civitas, 2001 y Santaolalla, Fernando, “Derecho Constitucional”, Dykinson, Madrid, 2004.

administración que es necesario tutelar. Pero es preciso señalar que la competencia del Tribunal Supremo, en este caso, no debe considerarse como un privilegio concedido al Gobierno, sino como una solución de naturaleza funcional, ya que se atribuye la competencia a la más alta instancia judicial del Estado, evitando así eventuales y previsibles injerencias en el órgano juzgador.

En el segundo caso, referido a la responsabilidad “cualificada” la especialidad del artículo 102.2 de la Constitución española no se explica sólo por la tutela de las funciones públicas de los sujetos objeto de enjuiciamiento, sino que se relaciona con la naturaleza de los delitos imputados, de relevancia significativa al afectar a la integridad territorial del Estado, a su independencia o al orden constitucional del Estado.

Nos encontramos, por tanto, ante supuestos que trascienden el ámbito jurídico-penal. No se trata de aplicar sin más la legalidad ya que son cuestiones de genuina naturaleza política y de ahí que sea el legislativo, en el caso español el Congreso de los Diputados, el que decida sobre la conveniencia de seguir un proceso penal contra un miembro del Gobierno.

Lo cierto es que la norma que desarrolla el artículo 102.1 de la Constitución española, esto es el artículo 57.2 de Ley Orgánica del Poder Judicial, y la norma que desarrolla el artículo 102.2 de la Constitución española, esto es el artículo 169 del Reglamento del Congreso, no contienen ninguna otra previsión en materia de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno.

Como señalamos, el artículo 102.1 de la Constitución española establece un fuero procesal especial para el Presidente del Gobierno y sus Ministros, fuero procesal que es idéntico al que el artículo 71.3 de la Constitución española dispone para Diputados y Senadores. En este sentido si un miembro del Gobierno es también parlamentario, ambos aforamientos se superponen y se atribuye la competencia para el enjuiciamiento al mismo órgano judicial: el Tribunal Supremo. Pero la confluencia de preceptos va más allá, porque el Presidente o Ministro también ostenta las prerrogativas que el artículo 71 de la Constitución española otorga a todo parlamentario, consistente en que cuando se ostenta la condición de Diputado o Senador se goza de las prerrogativas parlamentarias, incluida la inmunidad. Por tanto, y siguiendo a Luís Díez-Picazo, no encontramos razón alguna para privarle de ella por el mero hecho de haber sido Ministro o Presidente del Gobierno.⁸

Resulta así, que los miembros del Gobierno que acumulan acta de Diputado o Senador gozan de un plus de protección frente a los que no son parlamentarios. Su enjuiciamiento sólo procederá cuando se cuente con la autorización de la Cámara respectiva, conforme al artículo 71.2 de la Constitución española.⁹ La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ha puesto fin a la polémica política y jurídica suscitada en relación con el ámbito de aplicación del artículo 102 de la Constitución, al determinar que el Gobierno solamente se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros (Artículo 1.2).

⁸ Luís Díez-Picazo, “La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno”, C.E.S.C.O., 1996, págs. 5 y ss.

⁹ Los miembros del Gobierno que sean diputados o senadores se benefician de todos los contenidos de la inmunidad parlamentaria, y por ello sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. Como señala P. Saavedra Gallo no deja de resultar llamativo que ni la Constitución española ni la de Ley Orgánica del Poder Judicial, a diferencia de los EE.AA., expresen nada en relación a los miembros del Gobierno. “Privilegios procesales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal. Revista Universitaria de Dcho. Procesal n° O, 1987.

En la Constitución española, en el artículo 24, el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley es la norma general que garantiza el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, configurándose los fueros especiales como la excepción, para sujetos que realizan funciones constitucionales que deben ser objeto de especial tutela, en este caso por la Audiencia Nacional o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el primero porque tiene competencias en los asuntos de bandas armadas y elementos terroristas o rebeldes y, en el segundo caso, por razón de fuero personal que precisa el suplicatorio de las cortes y su enjuiciamiento por esta Sala.¹⁰

Por tanto, en caso de que los actos del Sr. Castedo se considerasen, que a nuestro entender no lo son, constitutivos de delito, el órgano jurisdiccional competente, teniendo en cuenta que el Sr. Castelo ha sido reelegido Diputado del Congreso sería la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

IV

Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los miembros de “Terra, Poble y Llibertat”. Legalidad de su detención. Cuál sería del tribunal competente. Posibilidad de aceptar como prueba las escuchas de la operación “Oído de Murciélago”.

1. Responsabilidades en la que han incurrido.

De acuerdo con los hechos que se nos exponen “una larga serie de conversaciones”, intervenidas por Agentes del Centro Nacional de Inteligencia, permiten “establecer con claridad un nexo entre los ataques de agosto y el grupo denominado “Terra, Poble y Llibertat”.

Es preciso mencionar que “los ataques de agosto” de 2012 incluyeron el intento de declarar la independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ataques incendiarios a sedes de Instituciones de la Administración General del Estado, acciones violentas como el incendio de dos sedes ministeriales, pintadas amenazantes en los domicilios de tres concejales del partido gobernante en España el Partido Liberal-Democrático, así como el intercambio de disparos entre miembros de los antidisturbios y grupos radicales armados. Todas ellas conductas tipificadas en el Código Penal como enseguida veremos.

Como consecuencia de la “Operación Murciélago” y de los diferentes datos que se obtienen se sabe que el grupo “Terra, Poble y Llibertat” está encabezado por la Sra. Arán e integrado, entre otros, por los Srs. Baucells, Martí y Cugat. Así mismo, se conocen los contactos permanentes entre la Sra. Arán y los Srs. Gibert y Queralt, ambos parlamentarios

¹⁰ Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que no se trata de tribunales especiales que se constituyen tras la perpetración de los delitos, sino que éstos están previstos en la legislación antes de la comisión de la infracción, por lo que no pueden considerarse tribunales de excepción.

en representación del Partit Radical Independentiste, siendo estos últimos los que fijaban las fechas en que habían de producirse los ataques.

Creemos que la intervención de los Srs. Gibert y Queralt es suficiente para considerarlos integrantes del grupo responsable de los ataques y de los incidentes acaecidos. Basamos este argumento en que es el propio escrito de los hechos acaecidos, el que nos suministra la información al respecto y considera al Sr. Gibert miembro de “Terra, Poble y Llibertat”. Obsérvese que en los hechos relatados, tras acordar los Srs. Villar, Vasallo y Rico, la “conveniencia de detener” a los miembros de “Terra, Poble y Llibertat”, los agentes de la policía nacional proceden a detener a los Srs. Arán, Baucells, Martí, Cugat y el propio Gibert, incluyendo a éste, entre los miembros de “Terra, Poble y Llibertat”. Aspectos en los que nos detendremos al analizar las presuntas responsabilidades de los integrantes del Partit Radical Independentiste.

Es preceptivo para la calificación jurídica de los actos cometidos por los integrantes de “Terra, Poble y Llibertat”, el análisis de los Títulos XXI y XXII del Libro II del Código Penal, referidos respectivamente, a los Delitos contra la Constitución y Delitos contra el orden público, específicamente los Capítulos referidos a las organizaciones y grupos criminales, a las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo. Un primer análisis nos obliga a delimitar conceptualmente qué se entiende por organización y grupo criminal y por organización y grupo terrorista. El párrafo 2º del apartado 1º del artículo 570 bis del Código Penal establece que:

“A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como la de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”

El párrafo 2º del apartado 11 del artículo 570 ter. del Código Penal establece que:

“A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o alguna de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

En el Capítulo VII, Sección 1ª “De las organizaciones y grupos terroristas”, en el apartado 3 del artículo 571 del Código Penal se establece que:

“A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente”.

Por su parte la Sección 2ª del Capítulo VII, bajo el epígrafe “De los delitos de terrorismo”, entre los artículos 572 y 580, se establece que, ya perteneciendo, ya actuando al servicio o ya colaborando con organizaciones o grupos terroristas, aquellos que cometan los actos o tengan las conductas que en ellos se relacionan, se considerarán reos de tales delitos.

Sin duda los actos llevados a cabo por los miembros de “Terra, Poble y Llibertat”, se encuadran en este precepto, entre los que destacamos: incendio, estragos, atentado contra la vida de personas, lesiones, amenazas, coacciones, detención ilegal, depósito de armas o municiones, tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, así como, continua el precepto, “cualquier otra infracción con el fin de perpetrar delitos o cometer de forma reiterada y concertada faltas; allegar fondos, favorecer sus finalidades; recabar o facilitar cualquier acto de colaboración con las actividades o finalidades de una organización o grupo terrorista”. Se incluye, además, la conducta de aquellos individuos que, “sin pertenecer a la organización o grupo terrorista y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines aterrorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional; la comisión de homicidios, lesiones tipificadas entre los artículos 147 a 150 del Código Penal; el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos entre los artículos 571 a 577 del Código Penal o de quienes hayan participado en su ejecución”.

El apartado 2º del artículo 55 de la Constitución española establece que “una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. A continuación se establece que “la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley Orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, desarrollaba el artículo 55.2 de la Constitución española y establecía en el artículo 11 como competentes los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, señalando que “la instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley” corresponde a la Audiencia Nacional. Pero una vez derogada esta Ley Orgánica por la Disposición Final de la Ley Orgánica 3/1988, de Reforma del Código Penal, es preciso remitirnos a la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se mantuvo la competencia de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción para la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes, cuando la comisión del delito contribuye a su actividad, por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos.

En concreto la Disposición Transitoria de la mencionada Ley Orgánica 4/88 establece que:

“Los Juzgados Centrales de Instrucción, la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas; relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores”.

Consideramos que por razón de la materia la Audiencia Nacional es competente para juzgar los casos en los que se produzcan casos de rebeldía, a pesar del fuero privilegiado que pueda ostentar el sujeto que habría de ser juzgado por la Sala 2ª del Tribunal Supremo. En cualquier caso suponemos que el Tribunal Supremo plantearía una cuestión de competencia, reclamando para sí, de forma acumulada, la instrucción y enjuiciamiento del aforado.

Consideramos que de los hechos descritos y de su tipificación jurídica se deriva que nos encontramos que los miembros de “Terra, Poble y Llibertat” son responsables penales de un delito de asociación ilícita constitutiva de organización terrorista. El grupo político “Terra, Poble y Llibertat” de acuerdo con el Código Penal es una asociación ilícita que tiene por finalidad la comisión de delitos y es también una organización terrorista que tiene por objeto atentar contra la seguridad ciudadana y “que persigue producir temor atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho”.¹¹

Así pues, “Terra, Poble y Llibertat” es una organización o grupo terrorista del que forman parte la Sra. Arán y los Sres. Baucells, Martí y Cugat, pero también los parlamentarios del Partit Radical Independentista, los Srs. Gibert y Queralt. Consideramos que constituye una organización o grupo terrorista, ya que la finalidad de su actividad es subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública. Incluimos a los parlamentarios autonómicos catalanes porque son estos últimos los que programan las fechas de los ataques, lo que entendemos que se subsume en el tipo de “reparto de tareas o funciones” para cometer delitos, recogido en el artículo 570 bis, apartado 1º, párrafo 2º.

Los integrantes de “Terra, Poble y Llibertat” son responsables de un delito de terrorismo de acuerdo con el Código Penal al ser “una agrupación de dos ó más personas con carácter estable o tiempo indefinido” que “de manera concertada y coordinada se reparten tareas o funciones con el fin de perpetrar delitos”.

Desde la perspectiva del constitucionalismo es, además, un grupo político ilegal que no podría en ningún caso llegar a constituirse como partido político, de acuerdo con la Constitución española y con la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, al no cumplir con casi ninguno de los requisitos que dicha Ley Orgánica prevé para la creación de los Partido Políticos. Baste señalar al respecto el artículo 10 de la Constitución española al referirse al “respeto a la ley y a los derechos de los demás,” para determinar la ilegalidad de dicho grupo, que no partido político.

2. La legalidad de la detención.

La Constitución española es taxativa respecto a la detención ilegal y en el apartado 1º del artículo 17 promulga que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrolla este precepto en el Capítulo que dedica a la detención y, en concreto, en el artículo 492, establece que la Autoridad o policía judicial está obligada a la detención de una persona en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, si existiesen motivos racionalmente bastantes para creer la existencia de un hecho que presente los caracteres de

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987.

delito y que tales motivos existiesen también de que la persona a quien se va a detener tuvo participación en tales hechos.

Las detenciones practicadas son ilegales y carecen de cualquier justificación o amparo jurídico. Las detenciones son producto de las ilegales escuchas telefónicas, por lo que toda acción derivada de una prueba ilícita, en este caso las escuchas, deviene nula. La detenciones son ilegales porque los únicos indicios que tienen las Autoridades y los Cuerpos de Seguridad son los que proceden de la operación “Oído de Murciélagos”, que recordamos se acometió “sin contar en ningún momento con autorización judicial”.

Es muy relevante determinar si la detención se realiza exclusivamente en base a datos obtenidos de la operación “Oído de Murciélagos”, o si existen otras pruebas obtenidas por vías legales y que, por tanto, no se encuentren contaminadas por la prueba ilícita. Sólo en el segundo caso podríamos hablar de detenciones legales, pero carecemos de información al respecto.

3. Órgano judicial competente para conocer los hechos.

Consideramos que por razón de la materia la Audiencia Nacional es competente para juzgar los casos en los que se produzcan casos de terrorismo y rebeldía. Al tratarse de actos de terrorismo, como justificamos, y de una organización o grupo terrorista, el órgano competente para juzgarlos es la Audiencia Nacional.

La fase de instrucción correspondería a los Juzgados Centrales Instrucción y, en función de la gravedad de los hechos, serían competentes Juzgados Centrales de lo Penal o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

4. Virtualidad probatoria de las escuchas de la operación “Oído de Murciélagos”.

La nulidad o validez de las escuchas telefónicas como prueba judicial es, sin duda, uno de los aspectos más discutidos por la doctrina y la jurisprudencia en materia de pruebas procesales. Quizás por ello las divergencias son frecuentes entre la doctrina. Ésta tiende a distinguir conceptualmente entre “prueba irregular”, obtenida contraviniendo las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica; “prueba ilícita”, que es la que en su origen se vulnera un derecho o libertad fundamental; y “prueba prohibida”, que es la derivada de la prueba ilícita y que no puede traerse al proceso ya que deviene de otra ilegal y con vulneración de derechos fundamentales.¹²

Tanto la Constitución como las leyes de desarrollo son claras respecto a la virtualidad probatoria de las escuchas telefónicas obtenidas sin autorización. Baste mencionar el artículo 11.1 de Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando promulga que en todo

¹² La Tribunal Supremo en la Sentencia 8457/2009 se refiere a un concepto de prueba ilícita, no sólo irregular, referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales para diferenciarla de otra suerte de ilicitud probatoria que se ha dado en llamar irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (artículo 24.2 de la Constitución española). Ambos tipos no tienen diferencias apreciables en orden a su eficacia probatoria ya que tanto una como otra carecen de virtualidad probatoria.

procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe y especificando de forma concreta que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

La jurisprudencia española corre pareja a la norteamericana, fundamentalmente a partir de 1992, al adoptar la doctrina denominada “*The tainted fruit*”, la “fruta podrida”. En efecto, en febrero de 1999, nuestro Tribunal Supremo sostiene que “la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental, como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues sólo de ese modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto.

En esta línea, y para corregir excesos clamorosos producidos en algunos casos puntuales, la jurisprudencia española se abrió a una interpretación correctora, admitiendo importantes excepciones. Así, primero exige una conexión natural entre la prueba ilícita y la derivada, pues la nulidad de una prueba no impide la acreditación del hecho mediante otros medios de origen independiente al de la fuente contaminada, siendo obligado atenerse a las circunstancias concretas de cada caso, para concretar el alcance de la declaración de nulidad, valorando si existen o no pruebas autónomas o independientes no contaminadas por la diligencia viciada.

Por tanto, la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar las restantes si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas. Y la jurisprudencia entiende que esa desconexión se da siempre en los casos que se denominan en la jurisprudencia norteamericana como “el hallazgo inevitable” y, en la jurisprudencia continental, prueba autónoma, independiente y no contaminada.

A la vista de los abusos a que puede conducir la “doctrina de la fruta podrida” que todo lo contamina, el Tribunal Supremo la matiza “pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocaría con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo espurio o ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas.

La prohibición de valoración, si bien en supuestos excepcionales se admite su independencia. “Para que la prohibición de valoración se extienda a las pruebas reflejas habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo”,¹³ esto es, hay que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas, esto es la conexión de antijuridicidad.

En efecto, diversas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo han abordado la cuestión cuidadosamente, deslindando la causalidad material de

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998.

la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y a las consecuencias que de ella se derivan, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuridicidad la que debe darse. O, como señala Tribunal Supremo “es la conexión de antijuridicidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada”,¹⁴ de suerte que si las pruebas inculcatorias tuvieran una causa real diferente y ajenas a la vulneración del derecho fundamental, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia, sería indiscutible¹⁵.

Tanto la Sentencia del Tribunal Supremo 985/2009 en la que asienta que “la ausencia de esa intervención judicial en la autorización de tales diligencias de investigación supondría automáticamente la nulidad de sus resultados así como de todas las consecuencias probatorias derivadas, directa o indirectamente, de la información obtenida a partir de aquéllas,” como el tenor literal del artículo 11.1 de Ley Orgánica del Poder Judicial cuando también incorpora la palabra “o indirectamente”, son sin duda elementos que no contribuyen a clarificar qué es de forma “indirecta”. No obstante, creemos, con la mayoría de la jurisprudencia, que el derecho a un juicio justo no se puede ver comprometido por la circunstancia de “aprovechar” información obtenida por medios ilícitos, siendo por tanto muy relevante si se logra desvirtuar la presunción de inocencia en virtud de pruebas válidas.

Desde la perspectiva del constitucionalismo debemos mencionar el artículo 24.2 de la Constitución española, en el que se recoge el derecho del presuntamente inocente a no ser condenado, sino en virtud de una prueba válidamente obtenida. Es común la tesis que sostiene que este precepto constituye un elemento de interpretación del alcance del artículo 11.1 de Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual en ningún caso sería posible el aprovechamiento de los efectos de la prueba ilícita, porque se verían comprometidos no sólo el derecho fundamental sustantivo, el secreto de las comunicaciones, sino también el derecho fundamental procesal del juicio justo.

Recordando una doctrina ya asentada, el Tribunal Constitucional nos enseña en la sentencia 123/2006 que el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.

Por tanto, la cobertura legal o al valor probatorio de las actuaciones obtenidas como resultado de la operación “Oído de Murciélagos” es nula, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. Ésta última es taxativa al manifestar con rotundidad la Sala 2ª del Tribunal Supremo que “la ausencia de esa intervención judicial en la autorización de tales diligencias de investigación supondría automáticamente la nulidad de sus resultados, así como de todas las consecuencias probatorias derivadas, directa o indirectamente, de la

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 161/1999, de 3 de noviembre

¹⁵ Y en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 49/1999; 94/99; 299/2000 y 138/2001.

información obtenida a partir de aquéllas”,¹⁶ decisión judicial que está en consonancia con lo promulgado por el artículo 11 de Ley Orgánica del Poder Judicial: “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. En consecuencia con lo expuesto virtualidad probatoria de las escuchas acometidas es nula de pleno derecho, al haber sido realizadas sin la correspondiente autorización judicial.

5. Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los miembros del Partit Radical Independentiste que tenían contactos con el grupo “Terra, Poble y Llibertat”.

Para determinar las posibles responsabilidades de los Sres. Gibert y Queralt es preciso calificar jurídicamente el “contacto permanente” que mantienen con “Terra, Poble y Llibertat”, a través de la Sra. Arán. Al margen de la virtualidad probatoria, ya descrita, de los datos obtenidos en la operación “Oído de Murciélagos”, los miembros del Partit Radical Independentiste, en permanente contacto con “Terra, Poble y Llibertat”, eran los que señalaban las fechas en las que había de producirse los ataques, cuyos objetivos eran señalados por la Sra. Arán. Es pues necesario establecer con claridad si la función de establecer las fechas de los ataques supone una mera colaboración, una integración o si se trata de dirigentes. Siendo, por tanto, relevante establecer si la actuación del Sr. Gibert puede calificarse de mando de la organización.

Los Srs. Gibert y Queralt, miembros del Parlamento de Cataluña en representación del Partit Radical Independentiste, son integrantes de una formación política que mantiene “contacto permanente” con la Sra. Arán, líder de “Terra, Poble y Llibertat”. Como resultado de la información obtenida en la operación “Oído de Murciélagos”, resultó que dichos parlamentarios eran los responsables directos del señalamiento de las fechas en las que debían producirse los ataques violentos. Del mismo modo, como vimos, el Sr. Gibert, indica a la Sra. Arán, cometer un auto ataque a la sede del Partit Radical Independentiste, con la finalidad de retroalimentar las protestas independentistas.

En referencia a los aspectos de dirección del grupo es preciso señalar que para calificar una conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos y que junto a ello, exista la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

El Tribunal Supremo deslinda los delitos de colaboración y de integración, en base a “la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia de la organización, sin perjuicio de que, si se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, procedería, sin riesgo de vulneración del principio “*non bis in idem*”, además de la sanción por delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo concreto”.¹⁷

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 6139/2009. En el mismo sentido existen otras muchas sentencias del Alto Tribunal con idéntica conclusión, entre las que resaltamos las más recientes: Tribunal Supremo 8051/2012, Tribunal Supremo 7775/2012, Tribunal Supremo 7365/2012, Tribunal Supremo 8034/2012, Tribunal Supremo 7327/2012, Tribunal Supremo 8041/2012.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1555/2010.

Como es sabido, el tipo penal más grave comprende sólo a los máximos directivos del grupo ilícito. En este sentido hay una Sentencia del Tribunal Supremo que limita el término de directivo o promotor al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas.¹⁸ No obstante, es posible que personas que nominalmente forman parte de la dirección no reúnan la condición de auténticos directores, por no poseer esa capacidad de adopción autónoma de decisiones que afecten directamente a los miembros o colaboradores de la banda. En este sentido la mencionada Sentencia sostiene que los integrantes o miembros activos no son sólo los autores de los delitos, sino aquéllos cuya actuación implica una intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de los actos que acometen.

Resulta claro, a nuestro entender, que la función de señalar las fechas en que se deben producir los actos terroristas forman parte esencial de la ejecución, aunque esos sujetos no participaran materialmente en la ejecución de los hechos, siendo penalmente responsables como coautores. Los actos del Sr Gibert creemos que no son susceptibles de calificarse como de dirección del grupo “Terra, Poble y Llibertat”, ya que aunque éste planifica y señala las fechas de los ataques, la dirección la ostenta la lideresa la Sra. Arán.

6. Posibilidad de que el órgano competente para resolver el recurso presentado por el Ministerio Fiscal acepte el argumento de que, por su carácter de datos declarados secretos o provenientes de los servicios secretos, el órgano jurisdiccional encargado de juzgar al Sr. Gibert no puede entrar a determinar la legalidad de dicha prueba.

Sobre los secretos oficiales y las materias reservadas en nuestra legislación y en la doctrina jurisprudencial parece haber cierto consenso en la necesidad de clarificar las competencias del Gobierno sobre materias clasificadas y sobre las formas de acceso a las mismas, tanto por parte del Parlamento como de la Autoridad Judicial.¹⁹ Resulta innegable que todo Gobierno ha de contar con un margen de libertad para llevar a cabo funciones de alta política, margen que sólo es posible garantizar con una restricción del acceso del público en general a esos ámbitos.

El tratamiento de los secretos oficiales en Derecho comparado no difiere entre sí en su esencia, sino en el alcance de hasta dónde llega la revisión jurisdiccional sobre las decisiones en esta materia. El caso norteamericano se muestra como paradigma de plenitud de jurisdicción de los Tribunales, tomando como base la sentencia “*The United States vs. Richard Nixon*”, más conocida como “*The Presidential Tapes*”. En este caso el Tribunal Supremo ordenó al Presidente la entrega al Juez Federal de unas cintas con conversaciones en la Casa Blanca, y ello en base al argumento de que es función exclusiva de los Tribunales decidir cuál es el Derecho.²⁰

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 550/2007, de 19 de enero.

¹⁹ Juan Cano Bueso, “Información parlamentaria y secretos oficiales”, Working Paper, nº 133, Universidad de Almería, Barcelona, 1997.

²⁰ Juan José Torres Ventosa, “La regulación legal de los secretos oficiales,” Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, nº16, 1998, págs.: 357-388.

En el caso español, la Constitución establece en el artículo 20.1.d) el derecho a la información: “Se reconocen y protegen los derechos: “[...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En el Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras resoluciones, el derecho a la información se configuró como un derecho fundamental preferente. En esa línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 23 de abril de 1992, estipula que el derecho a la información es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución.

Dos artículos constitucionales limitan el ejercicio del derecho a la información: en primer lugar el artículo 20.4 de la Constitución al promulgar que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen; y el artículo 105. b) de la Constitución, al establecer que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

La legislación española de desarrollo constitucional en estas materias, nos lleva a la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre. En este sentido, el artículo 2 de la mencionada Ley establece que “a los efectos de esta ley pueden ser declarados materias clasificadas, los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado.

Por su parte el artículo 4 de la Ley 9/1968 establece que “la calificación corresponde exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, sin que la competencia para calificar pueda ser transferida ni delegada”, mientras que el artículo 3 de la misma ley establece, sin más precisiones, la distinción de dos categorías dentro del género de secretos oficiales: secreto y reservado, “en atención al grado de protección que requieran las respectivas materias en concreto”.

Por su parte, el Reglamento de la Ley sobre Secretos Oficiales señala en el artículo 3.1, que procede declarar secreta una materia cuando requiera “del más alto grado de protección, por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello, pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la nación en lo referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”.

Lo cierto es que sea materia de secreto o reservada, ambas categorías comparten análogos efectos restrictivos, con escasas diferencias, respecto a su conocimiento y divulgación. El artículo 8 de la Ley de Secretos Oficiales muestra el régimen jurídico al señalar que sólo los órganos y las personas “debidamente facultadas” podrán tener conocimiento de las materias clasificadas.

En este sentido, es relevante aclarar lo relativo a materias reservadas a las que se refiere la Ley de Secretos Oficiales y, en concreto, el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, por el que se otorga con carácter genérico la clasificación de secreto a las materias que se relacionan, así como a los actos, documentos, informaciones, datos y objetos de las mismas cuya revelación no autorizada puede dañar o poner en riesgo grave la seguridad y defensa de España o de sus aliados o amigos; a lo que añade los intereses políticos, sociales, económico y comerciales y las relaciones diplomáticas con terceros

países, entre los que destacamos la información relativa a la actualización de grupos terroristas y movimientos a ellos asociados, delincuencia organizada y tráfico de drogas, personas y armas con implicaciones o ramificaciones en España y las cuestiones que afecten a la soberanía, independencia y a la integridad de España.

De la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso conocido como “los papeles del CESID”, se desprende que la negativa a desclasificar una materia no supone que el Juez o Tribunal no pueda acudir a otras vías para continuar con la investigación. Con idénticos argumentos concluyeron los Servicios Jurídicos del Congreso de los Diputados, respecto a la posibilidad de que los Diputados miembros de la Comisión de Secretos Oficiales prestasen declaración ante los Jueces instructores que habían requerido los papeles del CESID.

Lo cierto es que nada impide a un Juez que se dirija al Consejo de Ministros, a través del titular del Departamento correspondiente, por medio de oficio con exposición razonada, para solicitar la desclasificación de una determinada materia, de acuerdo con el artículo 187 Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que no significa que “pueda imponer sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación”. De acuerdo con el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1995, el Gobierno puede negarse a entregar este tipo de documentos, “por lo que el trabajo del instructor debe proveerse de otros medios indirectos de prueba”.²¹

El Congreso de los Diputados, el 10 de septiembre de 1996, en un acuerdo de su Mesa, estableció que “a la vista del Informe de la Secretaría General, tras amplio debate, [se acuerda] que el secreto nunca puede amparar acciones delictivas”.

Del referido Dictamen del Alto Órgano consultivo al que nos referimos, se desprende que es evidente que al Consejo de Ministros le corresponde ponderar la existencia o no de peligro para la seguridad o defensa del Estado, pero no debe pasar por alto “que se halla ante una manifestación de la tensión axiológica entre seguridad y justicia” y recuerda, además, que está sometido a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico, (artículo 9.1 de la Constitución española.) en cuanto poder público y, como administración pública, a la Ley y al Derecho (artículo 103 de la Constitución española).

La doctrina del Consejo de Estado expresada en el Dictamen núm. 2776/96, de 18 de julio, sección 1ª, acerca de las consultas emanadas por el Gobierno relativas al asunto, reitera el mismo criterio y se muestra rotunda a la hora de afirmar que no es posible permitir a la Autoridad judicial el acceso a los documentos clasificados.²²

²¹ Así se salva el conflicto entre el artículo 16 Reglamento del Congreso (divulgar las informaciones que puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas) y el deber de prestar auxilio a la acción de la Justicia del artículo 118 de la Constitución española, al establecer que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

²² Dice el referido Dictamen del Consejo de Estado: “No cabe pues, en este caso, el acceso al conocimiento de los documentos clasificados, mientras los son, ya que su utilización como medida de prueba sería incompatible con su carácter secreto. Sin que pueda considerarse razonable la precisión de que tal carácter podrá mantenerse ya que la reserva obliga a todos los que tengan conocimiento de los documentos -incluso bajo sanción penal- ni la de que el juicio pudiera, hipotéticamente, celebrarse a puerta cerrada.

La ley de Secretos Oficiales trata de garantizar la seguridad del Estado y no la de sus autoridades o funcionarios que, personalmente puedan resultar relacionados con una causa penal. No puede negarse que la materia que aparece en el supuesto de hecho merece ser clasificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta.

Nos encontramos ante un debate jurídico en el que están en juego la tutela de bienes jurídicos esenciales para las distintas partes intervinientes. Por un lado, la integridad territorial del Estado, es decir su soberanía y, por otro y simultáneamente la vida, la integridad física y la libertad de todos los ciudadanos, pero también de los detenidos, el Sr. Gibert incluido. Por tanto, sólo cabría hablar de legitimidad en la acción de los poderes públicos, si se respetan los derechos fundamentales de los ciudadanos. No podemos olvidar que el artículo 10.1 de la Constitución española promulga “el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social”.

El Juez que pone en libertad a Sr. Gibert resuelve ajustándose a Derecho. No hay prueba de cargo, ni siquiera indicios de criminalidad y, si los hay, se sustraen a su valoración por su condición de secretos.

El papel del Ministerio Fiscal es complejo. Suponemos que conoce no sólo las actividades ilícitas y gravísimas del Sr. Gibert, sino también que la obtención de las pruebas supone, en sí misma e igualmente, una infracción penal por violación de derechos fundamentales, por tanto sus planteamientos procesales son correctos y conforme a Derecho.

Por su parte el órgano que ha de resolver el recurso presentado por el Ministerio Fiscal, debería aceptar el recurso del ministerio público, dado el carácter declarado secreto, no pudiendo el órgano jurisdiccional entrar a determinar la legalidad de dicha prueba.

Siendo esta la posición dominante de la jurisprudencia, que no compartimos en su integridad, debemos advertir que se puede correr el riesgo de consagrar espacios de impunidad del poder público. El fundamento jurídico número 4 de la Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1995, establece, tras sostener que el trabajo del poder judicial debe discurrir necesariamente dentro de los cauces de las leyes, que el límite que éstas le impongan no significa para el Tribunal “dejar fuera de la labor del Juez espacio delictivo alguno”. Ocurre, en la práctica, que se “modula restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios”.²³

Junto a lo señalado es necesario también ponderar los valores enfrentados en el proceso que nos ocupa. No cabe pensar que el Gobierno y el Ministerio Fiscal, ignoraban la ilicitud de las pruebas obtenidas y que sólo en base a ellas era posible llevar a cabo las detenciones practicadas, el Sr. Gibert incluido. Si la Fiscalía alega que existen pruebas de las actividades ilícitas del Sr. Gibert es que las conoce, igual que su peculiar modo de obtención.

Creemos que una actuación judicial no puede verse obstaculizada por una decisión del Poder Ejecutivo, salvo casos de extrema necesidad para la defensa del Estado, entendiendo que está en peligro alguno de sus elementos constitutivos, territorio, soberanía, etc.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1995.

Sostenemos que en los demás casos, merecen ser defendidos los derechos de sus ciudadanos.

7. Posibilidad de aplicar sanciones al Partit Radical Independentiste, en cuanto partido político, en caso de condena al Sr. Gibert.

En la tarde del 25 de septiembre de 2012, Gibert es detenido por agentes de la Policía Nacional, como consecuencia de las actividades ilícitas que la operación “Oído de Murciélagos” ha puesto de manifiesto. Dicha operación se ha establecido “sin contar en ningún momento con autorización judicial” y, por tanto, ilegalmente, vulnerando de este modo el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En la madrugada del 26 de septiembre de 2012, el Sr. Gibert es puesto a disposición judicial. Su abogado solicita su inmediata puesta en libertad, a lo que se opone el Fiscal alegando la existencia de pruebas de las actividades ilícitas del Sr. Gibert, pero que no pueden ser ofrecidas al estar clasificadas como secretas por el Gobierno de la nación. El Juez acuerda conceder la libertad provisional al Sr. Gibert y creemos que la resolución judicial se muestra ajustada a Derecho, por cuanto no existe ninguna prueba incriminatoria obtenida de forma legal. Todas las pruebas con que cuenta el Juez se obtienen de forma ilegal y, por tanto, no pueden ser usadas para detener o imputar al Sr. Gibert.

Y es que, aun teniendo la certeza de las actividades ilícitas, no es posible acreditar las mismas porque la única prueba que puede aportarse es nula. Se trataría de pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales y no susceptible, por su ilicitud, de virtualidad probatoria en un eventual proceso.

Del relato de los hechos propuesto no se deriva la existencia de ningún otro medio de prueba de las infracciones del Sr. Gibert, por lo que no es posible sostener su procesamiento. No hay fundamento para dictar cargos contra él, por falta de pruebas lícitas. Hasta ese momento no hay prueba de cargo válida. Posteriormente, se adoptan diversas medidas por el poder ejecutivo y por el poder legislativo estatales, con el fin de restablecer la normalidad, pero el Sr. Gibert no vuelve a aparecer en los hechos que se describen. Sí se detiene a 17 parlamentarios del Partit Radical Independentiste, pero no consta que él esté entre ellos.

En realidad, no hay prueba susceptible de ser utilizada contra el Sr. Gibert durante los cinco meses en los que se desarrollan los acontecimientos. Sólo cabría su imputación en el caso de que se obtuvieran pruebas, una vez que ese sistema de escuchas deviniera legítimo y, desde entonces, se cometiera algún delito tipificado en el Código Penal. Si de éstas resultase acreditado que el parlamentario Gibert ha cometido actos ilícitos, habría de responder por tales infracciones. Pero si la información de la operación “Oído de Murciélagos” no arroja datos nuevos desde la declaración del Estado de Excepción y el consiguiente establecimiento legítimo de la intervención, seguiríamos careciendo de justificación para proceder penalmente contra Gibert. Cabría, en todo caso, sólo actuar contra él como miembro del Partit Radical Independentiste en actuaciones posteriores a la declaración del Estado de Excepción, pero nada se nos dice sobre la comisión de nuevos delitos desde ese momento, siendo necesario recordar que ostenta la condición de aforado, en cuanto parlamentario autonómico que es.

Un día después de la detención del Sr. Gibert, el 27 de septiembre de 2012, el Gobierno decreta el Estado de Excepción, suspendiéndose, entre otros, el derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el artículo 18.3 de la Constitución española. (Al Estado de Excepción nos referiremos en el otro Fundamento). Por lo que, en principio, desde el momento de la Declaración del Estado de Excepción, no se precisaría la correspondiente autorización judicial previa para las escuchas, sino que se comunicará a Juez la interceptación de escuchas, debiendo igualmente emitir la preceptiva autorización, deviniendo desde ese momento las pruebas obtenidas lícitas.²⁴ Pero recordamos que dicho estado se decreta un día después de su detención, siendo, como sostuvimos, pruebas carentes de validez procesal.

Otra de las medidas que se adoptan en el Decreto de declaración del Estado de Excepción es la de “prohibición de reuniones, manifestaciones y huelgas durante el plazo de excepción”. Los diecisiete parlamentarios del Partit Radical Independentiste detenidos, lo son como sospechosos de estar organizando una “macro-manifestación” para el día 1 de octubre de 2012, actuación que infringe la prohibición dispuesta en el Decreto. Así, la detención de los 17 parlamentarios consideramos que es ajustada a Derecho en cuanto al hecho mismo de la detención, acusándoles de la convocatoria de una manifestación cuando está decretado el Estado de Excepción. Sin embargo, no se ajustan a Derecho las diligencias subsiguientes a la detención. Primero, porque en el Estado de Excepción no cabe suspender los derechos y garantías que reconoce el artículo 17.3 de la Constitución española. En efecto, el inciso último del artículo 55.1 de la Constitución española, dispone que “se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17, para el supuesto de declaración de Estado de Excepción”; esto es, deberían haber sido informados de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligados a declarar y, además, tendrían derecho a ser asistidos de abogado en las diligencias policiales y judiciales. Todo ello con independencia del hecho de que los detenidos son parlamentarios autonómicos, y que gozan, por ello, de los privilegios propios de su condición de aforados.

En referencia a las posibles sanciones a aplicar al Partit Radical Independentiste debemos mencionar que en el libre ejercicio de sus actividades, los partidos políticos deben, según señala el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, respetar los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Las funciones que constitucionalmente se les atribuyen las desarrollarán de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

El apartado 2 del mismo precepto dispone que “un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere principios democráticos, particularmente cuando con la misma persigan deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas realizadas de forma reiterada y grave:

- a) *vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias...*

²⁴ Es relevante señalar que la autorización judicial previa de las escuchas es indispensable para la validez de la misma en una situación normal, pero una vez declarado el Estado de Excepción, el artículo 18.2. de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio permite la interceptación de las escuchas y la posterior comunicación al Juez.

b) fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.

c) complementar y apoyar políticamente la acción de de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

Continúa el propio artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002 determinando, en su apartado 3, que “se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:

a) dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

b) acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

c) incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

d) utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e) ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f) colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúen de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g) apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

h) promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i) dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

El mismo artículo de la Ley Orgánica de Partidos Políticos que estamos considerando, muestra también los criterios que pretenden garantizar el cumplimiento de las reglas que la Ley establece. Así, señala que “para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las resoluciones [...], el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos”.

Por su parte la Ley Orgánica 6/85, del Poder Judicial, dispone en el artículo 61.1.6. que “una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá: “[...] 6) de los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos“. Dejando al margen la propia decisión de sus miembros de disolverlo, conforme a lo que en sus Estatutos se prevea, sólo la Autoridad judicial competente tiene facultad para suspender las actividades o disolver un partido político. Todo ello producirá efectos “*erga omnes*” desde su anotación en el Registro de Partidos Políticos, ya por la notificación que curse el propio partido o la Autoridad judicial que haya procedido a la disolución, a virtud de la resolución que en tal sentido haya dictado.

El artículo 10 de la Ley Orgánica 6/2002, regula la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos en los términos que a continuación señalamos. El apartado 2 del artículo 10 señala los casos en los que la disolución judicial de un partido será acordada por el Órgano jurisdiccional competente:

a) cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal.

b) cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente ley Orgánica

c) cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.

En referencia a la suspensión de un partido político, si bien sólo procede cuando así se disponga en el Código Penal, es posible que la Sala, durante la tramitación del proceso correspondiente, ya de oficio, ya de parte, adopte alguna de las medidas cautelares que recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con reiteración la Sala puede suspender cautelarmente las actividades de un partido político hasta que se dicte sentencia, con el

alcance y efectos que oportuno estime para preservar el interés general. En estos casos, habrá de practicarse la anotación preventiva en el Registro de Partidos Políticos, por orden de la Sala actuante.

Si la disolución deriva de un supuesto de asociación ilícita, al que se refiere el apartado 2, a), del artículo 10 que estamos tratando, será resuelto por el Juez competente en el orden jurisdiccional penal, conforme a las Leyes de aplicación a tales supuestos (de Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Código Penal). Sin embargo, si se trata de los apartados b) y c) arriba reseñados, la resolución compete a la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el carácter preferente que le atribuye el artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, al regular el procedimiento para estos casos.

Los efectos de la disolución de un partido político, una asociación al cabo, serán los establecidos en las leyes y particularmente los que señalan el artículo 12 de la Ley Orgánica 6/2002, en los términos siguientes:

a) tras la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución, procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad, conforme a lo establecido en el Código Penal

b) los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.

c) la disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario.

Como consecuencia de lo expuesto, consideramos, contestando a la cuestión que se nos plantea, que no tiene porque existir una relación directa entre la condena del Sr. Gibert y las posibles consecuencias para el Partit Radical Independentista. El primero será responsable, en todo caso, de sus actuaciones, mientras que el Partido Político lo será en cuanto a organización política, pudiendo decretarse su ilegalidad, pero sólo sus dirigentes podrán ser objeto de reproche penal, no la organización.

V

1. Validez constitucional del procedimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución tal y como se ha llevado a cabo.

Se trata, sin duda, de uno de los aspectos más controvertidos del derecho constitucional español y de amplia discusión doctrinal, que no jurisprudencial, al tratarse de un supuesto que no se ha tenido que juzgar.

Debates doctrinales sobre la naturaleza ordinaria o excepcional del instrumento que brinda el artículo 155 de la Constitución española, o sobre la eventual habilitación del mismo para justificar o no la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de las propias Fuerzas Armadas, presiden relevantes discusiones del constitucionalismo español y que requieren un detallado estudio, mucho más profundo del que podemos aportar en este Dictamen.

Veamos en primer lugar el contenido del artículo 155 de la Constitución española:

“1.- Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2.- Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado Anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”

En la sistemática de nuestra Constitución, los artículos 153 a 155 refieren el control y coordinación entre la Administración central y las autonómicas. Así, el transcrito artículo 155 vendría a complementar el control ordinario de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas, que establece el artículo 153 al disponer que “el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de Ley.

Por el Gobierno, previo Dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.

Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.

Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario”.

Si el artículo 153 representa el control ordinario, acudir al mecanismo del artículo 155 tendría carácter excepcional, susceptible de uso cuando el control y los medios ordinarios no resultasen suficientes para reconducir la situación. En este ámbito, nos encontramos ante medidas para compeler a la Comunidad Autónoma a cumplir sus obligaciones en cuanto a tal Administración, no a sus ciudadanos en conjunto. Como señalan autores como García de Enterría²⁵, el Gobierno no podría utilizar medios militares fuera de los supuestos de Estado de Sitio. En este sentido, no nos parece adecuado, ni eficaz, acudir al mecanismo del artículo 155 para encarar la vuelta a la normalidad. La situación que el Gobierno ha de

²⁵ Eduardo García de Enterría, “La ejecución autonómica de la legislación del Estado”, Cívitas, Madrid, 1983.

reconducir no se trata de un mero incumplimiento, de una falta de la obligación de acatar y cumplir una ley. En efecto, el escenario que el artículo 189 del Reglamento del Senado diseñado, no responde a los hechos que en el supuesto se relatan. En tal ámbito, autores como los reseñados *ut supra*, se refieren a infracción de normas constitucionales o infracción de normas de competencia, cuando haya reserva de ley al Estado o a la propia Unión Europea. Tales, serían supuestos paradigmáticos que justificarían acudir a la iniciativa del artículo 155 de la Constitución española.

Parece más adecuado acudir al mecanismo del Estado de Sitio como medida de choque para empezar a solucionar el problema. Y es que debemos recordar que la situación arde en la calle: manifestaciones incontroladas, llamadas a tomar la calle, declaraciones de independencia del territorio, incendios, ataques a sedes de Instituciones del Estado y de partidos políticos, detención del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma y, entre otros actos, intercambio de disparos entre manifestantes y fuerzas del orden en espacios públicos. Esta situación no parece que requiera una simple advertencia, de inicio, al Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña, para solucionar la cuestión.

Ya adelantábamos lo controvertido de la cuestión a la hora de interpretar el precepto que examinamos. Y es que el alcance del inciso “medidas necesarias” abre un amplio abanico de posibilidades a la hora de interpretarlo. Algunos creen erróneamente que incluye la suspensión del régimen autonómico en esa Comunidad Autónoma. Otros autores, ante lo abierto de la cláusula constitucional, opinan lo contrario, que el Gobierno tiene que conjugar el principio de unidad con el respeto a la autonomía; que la intervención debe ser mínima, sólo la justa para lograr que el principio de unidad se cumpla de manera efectiva. En esta interpretación, el precepto ampararía exclusivamente la sustitución de la inacción de las autoridades autonómicas. Sólo facultaría al Gobierno a dar órdenes directas y a tomar medidas para su cabal ejecución. Ello supondría: a) no suspender la autonomía de ninguna Comunidad autónoma, ni disolver, suprimir o suspender el funcionamiento de ninguno de sus órganos, ni destituir a ninguno de sus cargos. b) Que tal sustitución sólo se extiende al ejercicio de las potestades necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado por el Gobierno y por el tiempo y en la medida necesarios para que se cumpla, y c), a tenor de lo dispuesto en el 155.2 de la Constitución española, el Gobierno podrá dar instrucciones a las autoridades autonómicas “para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior”.

En la materia juegan los principios de unidad, intervención mínima y proporcionalidad. Todos ellos contrarrestan un cierto temor que se aprecia sobre el artículo, por incluir la posibilidad de decretar la suspensión de la autonomía, hipótesis que a nuestro juicio parece forzada. El mandato contenido en el artículo citado atribuye al Gobierno una potestad. La naturaleza de las potestades públicas conlleva su ejercicio obligado para el Ente apoderado, en el caso del relato propuesto, el Gobierno del Estado. No podemos olvidar que la potestad es un deber, no una facultad.

La iniciativa del artículo 155 la tiene la Cámara Alta. Es en esta Cámara donde se estudian las propuestas y requerimientos gubernamentales que se adoptan en cumplimiento del precepto, donde se debaten y votan. Sin embargo, para la declaración de Estado de Sitio que se incorpora en la iniciativa que presenta el Gobierno, el Senado no interviene en forma alguna, como se afirma en el supuesto de hecho. Y es que el artículo 116.4 de la Constitución española establece que “el Estado de Sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones”. Es decir, el Senado no

interviene ni en la declaración de Estado de Sitio ni en los demás estados de emergencia a que se refiere el citado artículo 116 de la Constitución española, sea alarma, sea excepción.

El Título IX del Reglamento del Senado “De las relaciones del Senado con otras Instituciones constitucionales, dedica el Capítulo III a “las Comunidades Autónomas”, señalando en su único artículo, el 189, que:

1. Si el Gobierno, en los casos contemplados en el artículo 155.1 de la Constitución, requiriese la aprobación del Senado para adoptar las medidas a que el mismo se refiere, deberá presentar ante el Presidente de la Cámara escrito en el que se manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas, así como la justificación de haberse realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y la de su incumplimiento por parte de ésta.

2. La Mesa del Senado remitirá dicho escrito y documentación aneja a la Comisión General de las Comunidades Autónomas, o bien procederá a constituir una Comisión conjunta en los términos previstos en el artículo 58 del presente Reglamento.

3. La Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67, requerirá, por medio del Presidente del Senado, al Presidente de la Comunidad Autónoma para que en el plazo que se fije remita cuantos antecedentes, datos y alegaciones considere pertinentes y para que designe, si lo estima procedente, la persona que asuma la representación a estos efectos.

4. La Comisión formulará propuesta razonada sobre si procede o no la aprobación solicitada por el Gobierno, con los condicionamientos o modificaciones que, en su caso, sean pertinentes en relación con las medidas proyectadas.

5. El Pleno de la Cámara someterá a debate dicha propuesta, con dos turnos a favor y dos en contra, de veinte minutos cada uno, y las intervenciones de los Portavoces de los Grupos parlamentarios que lo soliciten, por el mismo tiempo. Concluido el debate, se procederá a la votación de la propuesta presentada, siendo necesario para la aprobación de la resolución el voto favorable de la mayoría absoluta de Senadores.

Recordamos que el Pleno del Senado se reúne de urgencia para tratar la iniciativa del Gobierno de la nación para poner en marcha los mecanismos del artículo 155 de la Constitución española y que, entre las medidas propuestas, incluye la de declarar el Estado de Sitio. Ya hemos visto que no es éste el camino adecuado para tal declaración por incompetencia del órgano; no es el Senado la Cámara a la que corresponde tramitar la iniciativa para declarar “sitio”. Pero extraña igualmente el desarrollo cronológico de la pretensión gubernamental en su tratamiento en la Alta Cámara. En el supuesto, según el relato fáctico, se establece que la iniciativa comienza su desarrollo a las 9.00 horas y finaliza a las 9.25 horas de la misma mañana, es decir han transcurrido 25 minutos en una tramitación que exige, de ordinario, los impulsos que a continuación referimos:

a) Requerimiento bien fundado al Presidente de la C. A., fijando un plazo para contestar al mismo.

b) Trasladar la iniciativa al Senado, en la que conste claramente que se ha hecho caso omiso al requerimiento realizado al Presidente de Cataluña.

c) Remisión a la Comisión General de las Comunidades Autónomas o constitución de una Comisión conjunta.

d) La Comisión debe requerir, a través del Presidente del Senado, al Presidente para que remita el expediente, es decir, antecedentes, datos y alegaciones, designado un representante, si lo estima oportuno.

e) A la vista de lo remitido, la Comisión formula propuesta razonada sobre si procede la aprobación solicitada por el Gobierno, con los condicionantes o límites que estime pertinentes sobre las medidas proyectadas.

f) En su caso, el Gobierno podría matizar la propuesta, si es que la Comisión hubiere puesto condicionantes o límites.

g) Tras todo ello, se somete a debate en el Pleno del Senado, con cuatro turnos de intervenciones, dos a favor y dos en contra, de veinte minutos máximo cada una, y, además, las intervenciones de los Portavoces que quisieran hacerlo.

h) Finalmente, votación.

Por tanto, y en referencia a los aspectos formales de la iniciativa, podemos concluir, en primer lugar, que no hay requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que además, habría de ser doble, es decir, del Gobierno de la nación y del Presidente del Senado. Y, en segundo lugar, que el único trámite que se cumple en el procedimiento que diseña el Reglamento es el de la votación final.

La medida del sometimiento de todos los funcionarios y autoridades dependientes de la Generalitat de Cataluña a las órdenes de la autoridad militar competente, nos parece una medida que requeriría una declaración de Estado de Sitio válidamente adoptada.

En cuanto a la disolución de todas las entidades locales de Cataluña que cuenten con cuerpo de policía municipal propio, es una medida para la que no encontramos fundamento legal o constitucional alguno.

Entendemos que cabe descartar la disolución de los órganos de la Comunidad Autónoma o la sustitución de sus titulares, considerándolas medidas innecesarias, pues no se trata de sancionar a los titulares de los órganos de la Comunidad Autónoma, sino de compeler a éstos a cumplir con sus obligaciones.

Creemos que son pertinentes al espíritu del precepto: en primer lugar la subrogación por el Gobierno en los actos que la Comunidad o alguno de sus integrantes no realiza o lo hace con vulneración del ordenamiento jurídico; en segundo lugar la suspensión de la ejecutividad de acuerdos o resoluciones de los órganos autonómicos; y, en tercer lugar, establecer medidas económicas de bloqueo o presión, entre otras. Desde nuestro parecer la disolución de la Cámara es innecesaria, ineficaz y carece de soporte legislativo o jurídico. Lo cual parece razonable, porque si no estaríamos destruyendo una parte del Estado y de las instituciones políticas que lo configuran y lo caracterizan.

VI

1. Validez del Decreto de Declaración del Estado de Excepción.

Formalmente, el Estado de Excepción²⁶ se concreta en un Decreto acordado en Consejo de Ministros, según lo establecido en la autorización previa y necesaria del Congreso de Diputados que, a tenor del artículo 2 de la Ley Orgánica 4/81, se publica inmediatamente en el BOE, entrando en vigor simultáneamente a tal publicación “desde el instante mismo de su publicación en aquél”.

Para establecer el marco de las actuaciones gubernativas hay que tener en cuenta, especialmente, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en el Capítulo 1º, referido a las “Disposiciones comunes a los tres estados”, donde se señala en el apartado 4º del artículo 1 que: “la declaración de los Estado de Alarma, Excepción y Sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los Poderes Constitucionales del Estado”.

El tratamiento de este apartado del Dictamen exige partir de las normas constitucionales que se refieran a este aspecto. Así, el Título V, que recoge las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, señala en su último artículo, el 116, que “una Ley Orgánica regulará los estados de alarma, excepción y sitio y las competencias y limitaciones correspondientes”.

A la declaración de Estado de Excepción se refiere también el artículo 55 de la Constitución española, en el Capítulo V del Título I, al tratar de “la suspensión de los derechos y libertades”. Concretamente, relaciona taxativamente los derechos que pueden ser suspendidos en los casos de declaración de Estado de Excepción y sitio, disponiendo en el último inciso del apartado 1 que “Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17, para el supuesto de declaración del Estado de Excepción”. Es decir, que aun en el supuesto de estar declarado el Estado de Excepción, los detenidos “deben ser informados de forma inmediata y de modo comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligados a declarar, garantizándose la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la Ley establezca”.

²⁶ Los verdaderos orígenes de la institución jurídico-política del Estado de Excepción se encuentran ya en los romanos en la figura del “*iustitium*”. Mediante ella, si se conocía una situación que podía poner en peligro la República, los romanos emitían un “*senatus consultum ultimum*”, es decir, consultaban generalmente a los cónsules, en algunos casos al pretor y a los tribunos de la plebe y, en los casos más extremos, a todos los ciudadanos, para que se adoptara alguna medida para salvar el Estado. Este senadoconsulto tenía por condición un decreto que debía declarar el “*tumultus*” y daba lugar posteriormente a la proclamación de un “*iustitium*”. Etimológicamente “*iustitium*” significa “detención, suspensión del derecho”, no sólo de la administración de la justicia, sino que se genera un vacío jurídico. Cicerón relata un caso de “*iustitium*”. Frente a la amenaza de Antonio, que se dirige a Roma armado para enfrentarse a Octavio, el propio Cicerón se dirigió al Senado pidiendo que se confirmara el “*tumultus*” y se proclamara el “*iustitium*”. El objetivo era un la creación de un momento de neutralización del derecho, puesto que Roma se encontraba en un Estado de Excepción, por lo que Cicerón defiende que era necesario suspender el derecho para no tener que transgredirlo. La diferencia entre “dictadura” y “*iustitium*” reside en que este último no crea una magistratura, como sí lo hace la dictadura, sino que todos los ciudadanos consultados parecen investidos por un *imperium* para establecer el “*iustitium*” y hacer frente a la situación política excepcional.

En el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución española dispone que “el Estado de Excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del Estado de Excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos”. Y el apartado 6 establece que “la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las Leyes”.

Será la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio, la norma que ha de regir la declaración de Estado de Excepción, teniendo en cuenta que la exigencia de previa autorización del Congreso de Diputados nos remite a las reglas que a este respecto contenga el Reglamento del Congreso de los Diputados, aprobado por Resolución de la Cámara de 24 de febrero de 1982. En concreto, el citado Reglamento se refiere a la cuestión en su Título VII, “Del otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Congreso con eficacia jurídica directa”, Capítulo III, “De los estados de alarma, excepción y sitio”, en los artículos 162 a 165.

En los hechos que se relatan, el 27 de septiembre de 2012, una vez obtenida la autorización del Congreso, el Gobierno decreta el Estado de Excepción en Cataluña. Así pues, en principio, la Declaración cumple el requisito formal constitucional de la previa autorización del Congreso. Y del artículo 13.1 de la Ley Orgánica se desprende el encaje de los hechos que se están produciendo en territorio catalán con el tenor literal del mismo. Éste establece que “cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los Servicios Públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el Estado de Excepción. Creemos que no cabe reproche jurídico para que el Gobierno solicite la autorización del Congreso.

Enseguida nos detendremos en cada una de las medidas de la Declaración de Estado de Excepción para calificar su conformidad a Derecho. Para ello debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el mencionado Capítulo V del Título I de la Constitución, cuyo único artículo, el 55, establece que:

1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a y d, y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del Estado de Excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de Estado de Excepción.

2. Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes”.

Ya nos hemos referido al artículo 116 de la Constitución española, que reproducimos ahora íntegramente, dada la relevancia que tiene para la cuestión objeto de Dictamen.

1. Una Ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El Estado de Excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del Estado de Excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El Estado de Sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las Leyes.

Consideramos necesario precisar que en el relato de los hechos se da por supuesto que se suspenden todos los derechos, pero lo cierto es que, tal y como señala el artículo 55 de la Constitución española, no todos los derechos son susceptibles de ser suspendidos y no tienen porque ser suspendidos todos a la vez, sino que se pueden suspender unos sí y otros no, eso sí dentro de los que señala el artículo 55 de la Constitución española, que establece:

1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a y d, y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del Estado de Excepción

o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de Estado de Excepción.

2. Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes.

En cualquier caso, esos derechos serán efectivamente suspendidos en la medida en que exista la previa autorización del Congreso, cuyo contenido ha de delimitar el alcance. Puntualizada así la cuestión, continuamos con el análisis de las medidas recogidas en el Decreto de Declaración del Estado de Excepción.

Conforme a la Ley Orgánica 4/1981 que regula el procedimiento de Declaración del Estado de Excepción y a los hechos que se nos aportan, analizamos a continuación por separado cada una de las medidas que incluye la declaración de Estado de Excepción en el caso objeto de análisis.

a) Aumento del plazo de detención preventiva hasta un máximo de 15 días.

El artículo 16 de la Ley Orgánica 4/81 señala que “la Autoridad Gubernativa puede detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya provocar alteraciones del orden público. La detención no puede exceder de 10 días y los detenidos disfrutan de los derechos del artículo 17.3 de la Constitución española” [...] “la detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de 24 horas”. Es decir, deben ser informados de sus derechos, de las razones de su detención, no pudiendo ser obligados a declarar, garantizándose la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, que son las garantías que recoge el señalado artículo 17.3 de la Constitución española.

Así, podemos entender que no parece coherente ni adecuado autorizar la medida del aumento del plazo de detención preventiva hasta los 15 días. La Constitución española no refleja límite alguno y la Ley Orgánica tampoco se refiere a ello de modo directo. Desde esta óptica, nada impediría el aumento del plazo de detención preventiva hasta el máximo de 15 días. Sin embargo, podría tomarse como referencia el plazo de 10 días a que se refiere el citado artículo 16 de la ley Orgánica, cuando se trata de detener preventivamente a aquellas personas respecto de las cuáles haya indicios fundados de que van a provocar alteraciones de orden público. Y sostenemos nuestra posición en base al argumento de que, tratándose de restringir el pleno ejercicio de derechos fundamentales, la hermenéutica ha de ser siempre tendente a minimizar las limitaciones al libre ejercicio de tal clase de derechos, de modo que la suspensión de los mismos sea resultado de la estricta necesidad, derivada directamente de la finalidad de mantener la normalidad en el orden público, servicios esenciales y seguridad para persona y bienes.

b) Prohibición de entrada o salida del Estado español por la frontera francesa, con suspensión del Espacio Schengen.

Sobre la entrada o salida nada que objetar, pues el artículo 19 de la Constitución española, que reconoce tales derechos, puede ser suspendido a tenor de lo establecido en el artículo 55 de la Constitución española. Pero en cuanto a la medida de suspensión del espacio Schengen,²⁷ habría al menos, por estricta elegancia diplomática, que llamar a consulta al Embajador francés, Sr. Devries, además de ponerlo en conocimiento de la Unión Europea y demás trámites exigidos por normas europeas u obligados por Tratados Internacionales firmados por el Estado español que puedan afectar a los hechos acaecidos. Nada de lo cual obsta la legítima posibilidad de que el Estado español suspenda transitoriamente el Espacio Schengen, como ha ocurrido recientemente, con ocasión de la Celebración en Barcelona de una Cumbre Internacional con ocasión de una reunión del Banco Central Europeo.

El propio Ministerio de Interior español nos brinda la definición de que tratamos en un comunicado oficial: “Schengenland es la denominación dada al territorio que comprende a aquellos Estados de la Unión Europea que han acordado la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre estos países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas. En particular, establece el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea que:

“la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

c) Suspensión de las actividades del Parlamento de Cataluña.

Controvertida medida. Debe tenerse en cuenta que el Decreto de Estado de Excepción se publica y entra en vigor el día 27 de septiembre y, en el desarrollo cronológico de los hechos, no se relatan a tal fecha eventos en los que el Parlamento haya cometido infracción alguna contra la Constitución o Altos Organismos del Estado o adoptado medida de tal repercusión que exigiese una medida de tal calado.

Es en la mañana del 1 de octubre cuando en el relato se data la declaración de independencia por el Parlamento, reunido en sesión extraordinaria a tales efectos “a pesar de la prohibición”, se dice en el supuesto. La realidad que comienza a dibujarse ese primer día de octubre es, a nuestro juicio, lo que permitiría justificar que el Pleno del Congreso aprobase por mayoría absoluta exigida la declaración de Estado de Sitio, la suspensión de las actividades del Parlamento y las demás medidas que requiera el restablecimiento de la normalidad, incluyendo la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, designando, a tales efectos, la Autoridad militar que, bajo dirección del Gobierno,

²⁷ Los acuerdos de España y Francia en virtud de los cuáles se produce la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, se producen por Acuerdo de 25 de junio de 1991.

ejecutase, vigente el Sitio, todas las medidas adecuadas y dirigidas a reponer el orden constitucional y la defensa del Estado.

La suspensión de las actividades de una Asamblea Legislativa autonómica o la suspensión de la autonomía exigiría una acción legal contra la Constitución o el Estatuto. No hay que confundir un acto contrario a la Constitución con declaraciones independentistas. La defensa de la posición del Estado se debería articular a través del Tribunal Constitucional, ya mediante un conflicto de competencias, ya planteando un recurso de inconstitucionalidad. Eventualmente, cabría acudir a la Jurisdicción ordinaria en vía penal si los actos pudiesen encajar en los tipos de la prevaricación o la desobediencia. Cabe recordar, como antecedente similar, el hecho ocurrido durante la II República cuando Companys proclamó el Estado catalán, lo que obligó a Lerroux a la suspensión temporal de la vigencia del Estatuto.

d) Sujeción de la policía autonómica catalana a la Dirección General de Policía

Estamos ante una cuestión similar a la anterior. En el relato, hasta este momento, el Gobierno autonómico catalán no ha tomado medidas que puedan considerarse infracciones; de hecho, ni la Generalitat ni el Presidente autonómico han entrado aún en juego. En cualquier caso, consideramos que el marco legal en el que podría tomarse una medida como la propuesta sería el que permite la declaración de Estado de Sitio, con intervención de las Fuerzas Armadas incluso, siempre que los hechos mereciesen tal respuesta. Y este escenario será el que, a nuestro entender, se va a producir a partir del 1 de octubre, cuando el Parlamento proclama el Estado catalán y su Presidente autonómico, el Sr. Pero, llama a tomar las calles “en defensa de Cataluña”, en clara actitud rebelde.

La justificación de nuestra argumentación la sustentamos, *ab initio*, en el principio según el cual en el ámbito de la restricción del ejercicio de derechos, la interpretación de las normas debe hacerse en el sentido de que el pleno ejercicio de ese derecho se vea lo menos perturbado posible.

e) Prohibición de reuniones, manifestaciones y huelgas durante el período de excepción.

Nada que objetar a este respecto. En efecto, el artículo 55 de la Constitución española recoge en su apartado 1 la posibilidad de que, declarado el Estado de Excepción, puedan ser suspendidos, entre otros, los artículos 21 y 28.2 de la Constitución referidos, respectivamente, a los derechos de reunión y manifestación y huelga.

En cuanto al hecho de la macro-manifestación, el artículo 22 de la Ley Orgánica establece que “cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 21CE, la Autoridad Gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la Celebración de reuniones o manifestaciones”; “también podrá disolver las reuniones y manifestaciones a que se refiere el apartado anterior”. No obstante el apartado tres del mismo precepto señala que “las reuniones orgánicas de los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos 6 y 7 de la Constitución española, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa”.

Dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/81 que “procederá la declaración de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el

mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”. Parece, en efecto, que las circunstancias han alcanzado ya la gravedad suficiente para adoptar un período de excepción. La violencia en las calles, incluso con intercambio de disparos entre las fuerzas de antidisturbios y los manifestantes, con incendios y ataques a sedes de instituciones del Estado, no sólo recomiendan que se adopte un período de excepción, sino que nos coloca a las puertas de la necesidad de declarar un Estado de Sitio. Lo cual se produce, según nuestro entender, en el momento en que el Parlamento autonómico declara el Estado catalán, es decir la “independencia del territorio catalán”.

Cabe resaltar que, tras la proclamación del Estado de Excepción, dice el relato que durante los siguientes tres días, agentes de la Policía Nacional llevan a cabo la detención de hasta 17 parlamentarios del Partit Radical Independentiste, sospechosos, de acuerdo con la operación “Oído de Murciélagos”, de estar organizando una macro-manifestación para el día 1 de octubre de 2012. Dichos parlamentarios no fueron informados en ningún momento de las imputaciones que pesaban sobre ellos ni puestos a disposición judicial.

Dos breves consideraciones sobre esta parte de los hechos. En primer lugar hay que tener en consideración el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/81, que establece que “cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 18.3 de la Constitución española, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. Dicha intervención solo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público. La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al juez competente. Nada se dice en el supuesto de haber realizado tal comunicación.

En segundo lugar, resaltar que se ha cometido, presuntamente, un delito de los que se recogen en el Título XXI del Código Penal “Delitos contra la Constitución”, ya que, como hemos visto anteriormente, el Estado de Excepción no permite suspender los derechos que recoge el artículo 17.3 de la Constitución española, relativo a la información de derechos, razones de la detención, obligación de declarar y asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales.

En particular, dentro del mencionado Título, en el Capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, Sección 3ª, bajo el epígrafe “De los delitos cometidos por funcionarios públicos contra otros derechos individuales, dispone en el artículo 537 que “la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención será castigado [...]”.

Así pues, junto a lo expuesto, podemos afirmar, con las salvedades manifestadas, la validez del Decreto de Declaración de Excepción. Por tanto, la Declaración cumple el requisito formal constitucional de la previa autorización del Congreso y es conforme al artículo 13.1 de la Ley Orgánica, dado que los hechos que se están produciendo en territorio catalán encajan en los preceptos jurídicos analizados.

VII

1. Validez constitucional del Decreto de 1 de octubre de Declaración del Estado de Sitio.

Dice el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución española que “el Estado de Sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso delimitará su ámbito territorial, duración y condiciones”.

Así, el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/81, establece que “cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de Diputados la Declaración de Estado de sitio. La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del Estado de Sitio”.

A nuestro entender, sí se dan las circunstancias que se adecúan a la declaración de un Estado de Sitio, por tanto la declaración del Estado de Sitio sería pertinente. Pero detengámonos en las cuestiones formales, ya que apreciamos numerosas irregularidades de procedimiento en la declaración del Estado de Sitio, al ser decretado por un órgano no competente y ejecutado por plazo superior al autorizado en la Declaración.

En cuanto a la suspensión de derechos, la declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los Estados de Alarma y Excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido, que se reconocen en el apartado 3 del artículo 17 de la Constitución española. Es decir, ahora sí cabe suspender las garantías de informar de los derechos, de las razones de la detención, de la obligación de declarar y de la asistencia de abogado a los detenidos.

Respecto a la Seguridad y Defensa del Estado, señala el artículo 33 de la Ley Orgánica 4/81, que “en virtud de la declaración del Estado de Sitio, el Gobierno, que dirige la Política Militar y de la Defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente Ley”. Y continúa disponiendo que “a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el Estado de Sitio se refiera”.

Pero la cuestión principal en este supuesto, en lo que a la Declaración de Estado de Sitio atañe, es el aspecto formal del mismo, lo relativo al procedimiento establecido por las normas para su adopción. Primero, no es el Senado la Cámara competente para la declaración y segundo no es el Gobierno el órgano que decreta el Estado de Sitio. El artículo 116 de la Constitución española establece claramente que “el Estado de Sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones”.

Así pues, no se han observado las normas procedimentales establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica. Y es que no es el Consejo de Ministros el que decreta el Estado de Sitio. El Gobierno debe ceñirse a su competencia, exclusiva y excluyente en este caso, de proponer tal declaración. Según establece el artículo 164 del Reglamento del Congreso de Diputados, “cuando el Gobierno propusiera la declaración del Estado de Sitio, el debate en

el Pleno del Congreso se ajustará a las normas establecidas en él. El Estado de Sitio quedará declarado dentro del ámbito territorial y con la duración y condiciones que prevea la propuesta que en el Pleno obtuviera la mayoría absoluta de los miembros del Congreso.

El Presidente del Congreso lo comunicará al del Gobierno y ordenará que se publique la resolución de la Cámara en el Boletín Oficial del Estado, entrando en vigor simultáneamente a su publicación. En efecto, el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1981 dispone que “la declaración de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio será publicada de inmediato en el Boletín Oficial del Estado y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, y entrará en vigor desde el instante mismo de su publicación en aquél. También serán de difusión obligatoria las disposiciones que la autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de dichos estados”.

En la relación de hechos propuesta se señala que “a las 13:00 del día 1 de octubre”, el Gobierno de España emite un decreto proclamando el Estado de Sitio por el plazo de una semana [...]”. Ya hemos hecho referencia a los defectos formales de la declaración del Estado de Sitio, ahora debemos aludir a otra infracción, también formal, si cabe más intensa, en cuanto que referida al plazo de vigencia de aquél. “Por el plazo de una semana”, se dice. La declaración de Estado de Sitio se realiza el día 1 de octubre.

Recordemos que el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución española dispone que “el Estado de Sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones”. Y que el artículo 164 del Reglamento del Congreso reitera “[...] quedará declarado dentro del ámbito territorial y con la duración y condiciones que prevea la propuesta que en el Pleno obtuviera la mayoría absoluta de los miembros del Congreso”.

Resulta sin embargo que el antepenúltimo párrafo del relato comienza diciendo que “el día 12 de octubre el Gobierno decreta el cese de los estados de sitio y excepción [...]”. Es decir, el Estado de Sitio, que se declara por el plazo de una semana, se extiende hasta alcanzar un plazo de doce días, sin atenerse a fundamento o justificación legal alguno e incumpliendo ostensiblemente la Resolución del Pleno del Congreso, único órgano competente para declarar el Estado de Sitio, y que ordenó la vigencia del mismo por “una semana”, y no por doce días.

Y, por otra parte, siendo el Pleno del Congreso el órgano competente para declarar mediante Resolución del Pleno el Estado de Sitio, será el propio órgano el que ostenta la competencia para declarar el cese del mismo; sin embargo, en el relato se consigna que “el Gobierno decreta el cese de los estados de sitio y excepción”. Según nuestro parecer se vuelve a cometer una infracción de procedimiento, pues sería el Pleno del Congreso el órgano competente para declarar el cese de la vigencia de sitio.

VIII

1. Regularidad constitucional de la concesión del acta de diputado al ex capitán Rama y posibilidad y procedimiento, en su caso, de exigencia de responsabilidades penales por su actuación en los sucesos acaecidos en el parque Turó el día 1 de octubre.

Sólo tres datos concretos se ofrecen en el relato respecto al Capitán Rama. Uno que soldados bajo su mando, tratando de disolver pacíficamente una manifestación en el Parque Turó, disparan a los manifestantes provocando la muerte de 16 de ellos. Dos, que apenas 5 horas después, es arrestado por su superior como consecuencia del incidente señalado y, tres, que tras las elecciones generales de enero, resulta elegido diputado del Congreso.

Para calificar la regularidad de la concesión del acta de diputado han de examinarse las causas de inelegibilidad de los parlamentarios, a cuyo efecto ha de acudir a la normativa que regula el régimen electoral, en concreto la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En concreto, hemos de acudir al Título I, que contiene las disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo y cuyo Capítulo 2º contiene las reglas del derecho de sufragio pasivo.

En el artículo 6.1 de la ley Orgánica, se dispone que “son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad: [...] i.) Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo”.

En el supuesto de hecho planteado se refieren al nuevo diputado como “ex capitán Rama, en situación de segunda actividad en este momento”. Si bien la segunda actividad es término propio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se trata de una situación análoga a la “reserva” que las normas establecen para los militares profesionales, para miembros de las Fuerzas Armadas. Nada que objetar, pues, en este sentido, respecto al diputado Rama, ya que es perfectamente elegible diputado a Cortes.

Y el apartado 2 del mismo artículo 6 de la Ley Orgánica señala que son inelegibles:

a. “Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

b. Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal”.

Del Capitán Rama sólo sabemos que ha sido arrestado como consecuencia de los incidentes acaecidos en el Parque Turó, con resultado de muerte de 16 personas. Esta es la última información que respecto a su situación tenemos. De este modo, careciendo de datos relativos a que haya sido objeto de procesamiento siquiera, tampoco puede objetarse nada en cuanto a la regularidad de la concesión del acta de diputado al Sr. Rama. No consta que esté imputado y, por tanto, menos que se haya dictado Sentencia contra él.

2. Posibilidad y procedimiento, en su caso, para exigir responsabilidades penales al ex-capitán Rama.

Dada la condición de militar del Capitán Rama en el momento de los hechos y el régimen penal al que han de sujetarse las eventuales infracciones que pudiera haber cometido,

conviene recordar el artículo 33 de la Ley Orgánica 4/81 de los estados de alarma, excepción y sitio establece:

- 1. En virtud de la declaración del Estado de Sitio, el Gobierno, que dirige la Política Militar y de la Defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente Ley.*
- 2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el Estado de Sitio se refiera.*

Procede, asimismo, referirse al artículo 35 de la misma Ley Orgánica 4/81, que señala que “el Congreso de los Diputados podrá asimismo determinar en esa declaración "los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar".

Veamos lo que al respecto establece el Código Penal Militar en sus artículos 9 y 10. El artículo 9 del Código Penal Militar señala que “a los efectos de este Código se entenderá que son autoridades militares:

El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.

Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.

Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.

Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada”.

Y en el artículo 10 establece que:

“A los efectos de este Código se entenderá que constituyen Fuerza Armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución”. Se refiere a la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Es preciso hacer otra mención al Código Penal Militar, en concreto al artículo 7 del mismo que dispone que “las disposiciones del Código Penal (se refiere al ordinario, lógicamente)

serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.

No se ha producido, aún, una situación como la que propone el supuesto y, cuando se produzca, habrá de ser abordada por el Tribunal Constitucional. Según nuestro criterio, pese a estar declarado el Estado de Sitio, la actuación que se produce en el Parque Turó es una cuestión de orden público, de seguridad ciudadana, cuya gravedad podría plantearse perfectamente sin estar en juego, como es el caso, el orden constitucional y la integridad territorial del Estado.

El artículo 7 del Código Penal militar, que acabamos de transcribir, refleja el espíritu del legislador al deslindar jurisdicción militar y ordinaria, atendiendo a reservar la primera para delitos estrictamente militares; tal fue la intención de los parlamentarios en los debates que en el Parlamento sostuvieron los diputados y senadores intervinientes en las discusiones en las Cámaras.

Tras este análisis acerca de aspectos competenciales concretados en cuál habría de ser la Jurisdicción competente, corresponde indagar en torno a los hechos en sí para calificarlos jurídicamente y procurar su encaje en los tipos penales adecuados a ellos. Y no es mucho el margen de que se dispone. Simplemente sabemos que agentes al mando de Rama, tras no lograr disolver pacíficamente una concentración después de tres infructuosos intentos, se producen disparos que causan la muerte a 16 manifestantes. A partir de aquí todo dependerá de la instrucción sumarial.

No obstante, sí hay algunas normas que con seguridad estarán presentes en esa fase del proceso. Nos referimos a los principios que deben presidir las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando se produzcan en el ámbito de preservar la seguridad ciudadana y mantener el orden público. Acudimos para ello a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en el Título I, Capítulo 2º, bajo la rúbrica “Principios básicos de actuación”, establece en el artículo 5 que “son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes, que como se desprende de la jurisdicción militar afectan a la actuación de los militares:

1.- Adecuación al Ordenamiento Jurídico, especialmente:

- a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico.
- b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.
- c) Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente.
- d) Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley.

2.- Relaciones con la comunidad. Especialmente:

a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.

b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.

c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

3.- Tratamiento de detenidos:

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.

b) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.

c) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona.

4.- Dedicación profesional, deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

5.- Secreto profesional, deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

6.- Responsabilidad, son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas.

Finalmente es obligado reseñar lo que dispone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 2/86, respecto a la Jurisdicción competente: “la Jurisdicción Ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones”. Y el último inciso del propio artículo 8.1 establece que “se exceptúa en lo dispuesto en los párrafos anteriores los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar”.

Es el Congreso de Diputados, como señala el artículo 35 de la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, el que determina en su declaración, los delitos que durante la vigencia del Estado de Sitio quedan sometidos a la Jurisdicción Militar. Así, habrá que estar a lo que el Congreso haya dispuesto en tal declaración, de cuya concreción no se aportan datos en el supuesto planteado.

Por tanto, en referencia concreta a la posibilidad y procedimiento, en su caso, para exigir responsabilidades penales al ex-capitán Rama, es preciso tener en cuenta su condición de militar, el régimen penal con el que han de enjuiciarse su presuntas infracciones que pudiera haber cometido y si los actos fueron cometidos en tiempo ordinario o declarados los estados de alarma, excepción y sitio, tal y como se desprende del citado artículo 33 de la Ley Orgánica 4/81 que los regula.

IX

1. Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los miembros del Parlamento catalán, en general, y, en particular, el señor Pero, por su participación en la declaración de independencia y por su llamamiento a la población a salir a la calle, en contravención del decreto de Estado de Excepción.

Estamos ante hechos que encajan en el tipo penal de la rebelión, cuyo tratamiento abre el Título XXI del Código Penal, “Delitos contra la Constitución”; y que dedica el Capítulo primero a este delito bajo la rúbrica “Rebelión”. De entre los artículos que comprenden el capítulo que tratamos, hemos de referirnos, en lo que a nuestro caso atañe, a los siguientes:

El artículo 472 establece que: “Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*
- 2. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*
- 3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.*

4. *Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*
5. *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 facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*
6. *Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.*

En el Dictamen se solicita hacer una referencia particular a las responsabilidades Sr. Pero, en cuanto que resulta ser Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña. La responsabilidad del Presidente autonómico, diferenciada de los demás autores, deriva de su condición de promotor, inductor y jefe de la rebelión como se infiere de los hechos que se especifican en el relato propuesto. En concreto se dice: “en la mañana del día 1 de octubre, a pesar de la prohibición, el Parlamento de Cataluña realiza una sesión extraordinaria, en la que declara la independencia del territorio catalán. Acto seguido, el presidente de la Comunidad Autónoma, Sr. Pero, llama a los ciudadanos a salir a la calle “en defensa de Cataluña”.

Las distintas consecuencias que derivan para jefes, subalternos y meros participantes se concretan en el artículo 473 del Código Penal, en los siguientes términos:

1”. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

2. Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos”.

Igualmente, debemos referirnos al artículo 478 del mismo Capítulo, que contempla el supuesto de que el presunto rebelde se halle constituido en autoridad. El precepto que tratamos señala que “en el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años, salvo que tal circunstancia se halle específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate”.

Resulta, además, que el Sr. Pero, Presidente de la Generalitat de Cataluña, en el trámite de la iniciativa del artículo 155 de la Constitución, ha hecho caso omiso de los requerimientos que le han debido hacer el Gobierno de la nación y el Presidente del Senado. Del mismo

modo ha ignorado la medida que en la declaración de Estado de Excepción prohibía “las reuniones, manifestaciones y huelgas durante el período de excepción”, al llamar a los ciudadanos a salir a la calle en defensa de Cataluña.

Entendemos que el Sr Pero ha cometido, presuntamente, un delito de desobediencia, según se desprende del artículo 410 del Código Penal, en sede del Título XIX “Delitos contra la Administración Pública”, cuyo Capítulo 3º se refiere a “Desobediencia y denegación de auxilio” y que dispone que, “las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Si presumimos que el Sr. Pero y los demás parlamentarios no sólo llaman a participar en la manifestación en defensa de Cataluña, sino que participan en ella, cabría presumir que cometen otro delito. En concreto, el que recoge el artículo 513 del Código Penal, dentro de la sección 1ª del Capítulo 4º, del Título XXI. Establece el citado artículo que “son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: 1. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito y 2. aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso”.

Además, el Sr. Pero comete otro delito ya que en el relato de los hechos se dice que el día 1 de octubre de 2012, sobre las 20:00 horas, la situación es la siguiente: “[...] el Sr. Pero, otros cargos político, así como miles de ciudadanos han cruzado la frontera francesa, con el apoyo de miembros de la policía autonómica catalana [...]” Por consiguiente, el Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña comete delito de desobediencia, pues incumple la medida decretada al declarar el estado de Excepción, que incluye la prohibición de entrada o salida del estado español por la frontera francesa, con suspensión de espacio Schenguen.

2. ¿Cuál habrá de ser en su caso el órgano jurisdiccional competente?

En cuanto al órgano jurisdiccional competente para conocer de la causa contra el Sr. Pero, Presidente de la Comunidad Autónoma, y los diputados del Parlamento debe hacerse una consideración previa a la que nos hemos referido anteriormente a propósito de otra de las cuestiones. Y es que, en efecto, al tratarse de una situación en la que está en vigencia el Estado de Sitio, el artículo 35 Ley Orgánica 4/81, que regula los tres estados de emergencia, señala al tratar del Estado de Sitio que “el Congreso de los Diputados podrá asimismo determinar en esa declaración "los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar".

Según tal precepto, habríamos de conocer si el Congreso estableció o hizo uso de la potestad que le atribuye el artículo 35 ley Orgánica 4/81 y determinó que los delitos cometidos por el Sr. Pero y los demás diputados intervinientes quedaban sometidos a la Jurisdicción Militar. Si no fue tal el caso, tratándose de cualquier delito, digamos, “común en el ejercicio de sus funciones”, el órgano competente sería el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a tenor de lo establecido en el Artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que señala que “en las causas contra Diputados es competente el

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.²⁸ Y para los delitos cometidos fuera del territorio catalán el órgano jurisdiccional competente sería la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Sin embargo, debemos tener presente que estamos ante un delito de rebelión que tiene en nuestro Derecho especificidades en cuanto al órgano competente para el enjuiciamiento. En efecto, ya hemos tratado la cuestión a propósito del órgano competente para enjuiciar, en su caso, al Presidente del Gobierno o al Ministro de Interior, y veámos como, en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución española, se promulgó la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, cuyo artículo 11 residenciaba en la Audiencia Nacional “la instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley”.

Una vez derogada esta Ley Orgánica por la Disposición Final de la Ley Orgánica 3/1988, de Reforma del Código Penal, hay que acudir a la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se mantuvo la competencia de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción “para la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuye a su actividad, por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos”.

A tenor de tal disposición, y tratándose de delito de rebeldía, sería la Audiencia Nacional la competente para el enjuiciamiento del Presidente autonómico y de los parlamentarios. No obstante, la cuestión está sujeta a mejor criterio que sólo podría establecer el Tribunal Constitucional. Y decimos esto, porque no faltarían voces discordantes que se alzasen en tal situación defendiendo el enjuiciamiento en sede del Tribunal Superior de Cataluña; no es tal nuestra opinión.

3. Posibilidades de que Francia entregue al Sr. Pero a las autoridades españolas, teniendo en cuenta que dicho Estado insiste en que se trata de un “asilado político”.

A la vista del espíritu fundacional, de los objetivos y de la normativa vigente en el ámbito de la Unión Europea, carece de fundamento jurídico y de justificación legal alguna el hecho de que Francia otorgue y mantenga la condición de “asilado político” al Sr. Pero.

El Presidente de Cataluña, presuntamente autor de delitos calificados como graves, promotor, instigador y jefe principal de la rebelión que se está produciendo en el territorio del que es la máxima autoridad, subvierte el orden constitucional de un Estado miembro de pleno derecho de la Unión Europea, por lo que no son admisibles las actuaciones que el Estado francés lleva a cabo en el relato de hechos del “Otoño Catalán”. La actitud del Sr. Belgique, Presidente de la República, del Ministro de Exteriores, del embajador Sr.

²⁸ Como sabemos, el Presidente del Gobierno de España no tiene por qué ser miembro del Parlamento. Por el contrario, en Galicia, el Presidente del Ejecutivo lo elige el Parlamento “de entre sus miembros”; así pues, en Galicia sí debe ser diputado. De modo análogo, el artículo 67.2 del Estatuto establece que el Parlamento elige al Presidente de entre sus miembros. De tal modo, el Presidente autonómico ha de ser diputado autonómico.

Devries y del General Lussen, contravienen los principios que según los Tratados de la Unión, han de presidir las relaciones entre sus socios.

Veamos, en parte del Preámbulo del Tratado de la Unión, alguna de las aspiraciones fundacionales para ilustrar esta primera consideración:

“[...] RESUELTOS a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países,

RESUELTOS a desarrollar una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común de acuerdo con las disposiciones del artículo 42, reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo,

RESUELTOS a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,

RESUELTOS a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad,

ANTE LA PERSPECTIVA de las ulteriores etapas que habrá que salvar para avanzar en la vía de la integración europea [...]

Examinemos lo sustancial del artículo único del Protocolo Sobre Asilo a Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea,²⁹ que recuerda en la Exposición de Motivos que “todo nacional de un Estado miembro, como ciudadano de la Unión, disfruta de un estatuto y de una protección especiales que los Estados miembros garantizarán con arreglo a las disposiciones de la segunda parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

El artículo único del Protocolo Sobre Asilo a Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que “dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, se considerará que los Estados miembros constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo. En consecuencia, la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro sólo podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro en los siguientes casos:

a. si el Estado miembro del que el solicitante es nacional procede, después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, amparándose en las disposiciones del artículo 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a adoptar medidas que establezcan en su territorio excepciones a sus obligaciones con arreglo a dicho Convenio;

b. si se ha iniciado el procedimiento mencionado en el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea y hasta que el Consejo o, en su caso, el Consejo Europeo adopte una decisión al respecto en relación con el Estado miembro del que es nacional el solicitante;

²⁹ Publicado el 17 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009.

c. si el Consejo ha adoptado una decisión de conformidad con el apartado 1 del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea respecto al Estado miembro del que es nacional el solicitante, o si el Consejo Europeo, de conformidad con el apartado 2 del artículo 7 de dicho Tratado, ha adoptado una decisión respecto al Estado miembro del que es nacional el solicitante;

d. si un Estado miembro así lo decidiera unilateralmente respecto de la solicitud de un nacional de otro Estado miembro; en este caso, se informará inmediatamente al Consejo. La solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada sin que afecte en modo alguno, cualesquiera puedan ser los casos, a la facultad de toma de decisiones del Estado miembro”.

Ante la situación concreta en el caso del Sr. Pero, el Estado español deberá cursar una orden de detención al Estado francés ateniéndose a lo establecido en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega. Establece el artículo 1 de la citada Ley, definiendo tal figura, que: “la orden de detención europea es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro, de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”.

El artículo 5 de la citada Ley recoge los supuestos en los que cabe la emisión de tal orden en los siguientes términos, “Las autoridades judiciales de emisión españolas podrán dictar una orden europea en los siguientes supuestos:

a. Con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses.

b. Con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

Cuando se trate de delitos para los que se prevea una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, tres años y sean susceptibles de integrarse en alguna de las categorías previstas en el artículo 9.1, la autoridad judicial de emisión deberá hacerlo constar expresamente”.

Abundando en esta legislación, el artículo 9 de la Ley que estamos tratando, dispone una extensa relación de los hechos que pueden originar la detención y entrega al Estado emisor de la orden. Detengámonos sólo en las que puedan afectar al supuesto planteado:

“Cuando la orden europea hubiera sido emitida por un delito que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delitos que a continuación se relacionan, y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal”.

Queda probado que el Presidente de Cataluña es, presuntamente, autor de delitos calificados como graves y que es el promotor, instigador y jefe principal de la rebelión que se está produciendo en el territorio del que Presidente. El Sr. Pero está subvirtiendo el

orden constitucional en una parte de un Estado miembro de pleno derecho de la Unión Europea, por lo que consideramos carentes de amparo legal internacional y sin sentido alguno, las actuaciones que el Estado francés acomete.

El artículo único del Protocolo Sobre Asilo a Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, implícitamente no contempla la posibilidad de que ocurran los hechos que se relatan, debido al grado de protección de los derechos y libertades fundamentales en los estados miembros de la Unión Europea, así como su constitución recíproca como países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo. Como ya señalamos, la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro sólo podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro en los supuestos fijados en el artículo único del mencionado Protocolo.

La actitud del Sr. Belgique, Presidente de la República, del Ministro de Exteriores, del embajador Sr. Devries y del General Lussen contravienen los principios que según los Tratados de la Unión, han de presidir las relaciones entre sus socios, así como el ordenamiento jurídico internacional que regula las relaciones entre estados.

Por tanto, en referencia a las posibilidades de que Francia entregue al Sr. Pero a las autoridades españolas, teniendo en cuenta que dicho Estado insiste en que se trata de un “asilado político”, sostenemos, como anunciamos, que carece de fundamento o justificación alguna el hecho de que Francia otorgue y mantenga la condición de “asilado político” al Sr. Pero.

X

1. Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los Mossos de Esquadra y los Sres. Pi y Margall que, bajo orden directa del Sr. Pero llevaron a cabo la detención del Delegado del Gobierno en Cataluña.

Creemos que se produce, presuntamente, un delito de detención ilegal.

Según el artículo 154 de la Constitución española “un delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la Administración propia de la Comunidad”.

La figura se regula en los artículos 22 a 28 de la Sección 1ª del Capítulo II de la Ley 6/1997, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. Entre sus competencias se recogen las relativas a la dirección de la Delegación del Gobierno: nombrar a los Subdelegados del Gobierno o elevar anualmente un informe al Gobierno, a través del Ministerio de Administraciones Públicas, sobre el funcionamiento de los servicios públicos estatales y su evaluación global; así como competencias en materia de información a los ciudadanos, sobre simplificación de estructuras, competencias en la Dirección de los servicios territoriales integrados o, en la relación con otras Administraciones territoriales; pero también ejercer la jefatura de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bajo la dependencia funcional, en esta materia, del Ministerio del Interior.

El estatuto personal de Delegado del Gobierno de la nación, esencialmente en su condición de jefe de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la Comunidad Autónoma, hace imposible la detención del mismo por ninguna autoridad de la Administración de la Comunidad Autónoma. Las fuerzas competentes para su eventual detención serían las propias Fuerzas de Seguridad del Estado, ya por orden del Secretario de Estado, ya del Ministro de Interior, ya de la autoridad judicial competente. Obviamente nos referimos a situaciones ordinarias, si se tratase de flagrancia delictiva, cualquiera podría detenerlo, incluso un particular, según recoge el Código Penal, para ponerlo a disposición de las Fuerzas estatales o de la Autoridad judicial, pero no consta tal situación.

Es por ello, como anunciamos, que consideramos que nos encontramos, presuntamente, ante un delito de detención ilegal. Para su tratamiento nos remitimos a lo reseñado con ocasión del análisis de las responsabilidades derivadas de las detenciones llevadas a cabo a consecuencia de las escuchas de la operación “Oído de Murciélago”, al inicio de este Dictamen.

Simplemente concretar que consideramos autores del delito tanto a los agentes actuantes Srs. Pi y Margall, como al Sr. Pero que ordena la detención del Delegado del Gobierno. Y es que en condiciones normales los agentes Pi y Margall deben conocer que la persona a cuya detención proceden se trata del Delegado del Gobierno de la nación, para cuya detención carecen de competencia.

Aceptando que los hechos han discurrido así, los agentes Pi y Margall deben realizar sus funciones profesionales ateniéndose a los principios básicos de actuación que recoge y exige la Ley Orgánica 2/86 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en cuyo artículo 5.1.d.) se dispone que han de sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes. Así pues, podemos considerar a los agentes como autores de un delito de detención ilegal, sin que la obediencia debida pueda eximirles de su responsabilidad.

2. Órgano procesalmente competente.

Respecto al órgano competente para el enjuiciamiento, establece el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que “la Jurisdicción Ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones”.

El propio artículo 8.1 establece que “se exceptúa en lo dispuesto en los párrafos anteriores los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar”. Y es el Congreso de Diputados, como señala el artículo 35 de la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, el órgano competente para determinar en su declaración, si lo estima oportuno, los delitos que durante la vigencia del Estado de Sitio quedan sometidos a la Jurisdicción Militar. Así, habría que estar a lo que el Congreso haya dispuesto en tal declaración, de cuya concreción no se aportan datos en el supuesto.

Ha de resaltarse que los Mossos de Escuadra forman parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de suerte que están sujetos a la mencionada Ley como se desprende del artículo 2 de la misma, al establecer que “son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

- a) las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la nación.
- b) los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.
- c) los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

En conclusión, salvo que se dé el supuesto referido de que el Congreso, en la Resolución de Declaración del Estado de Sitio, haya señalado que este delito queda bajo competencia de la Jurisdicción Militar, será la Jurisdicción Ordinaria, es decir el Juez ordinario al que corresponda la instrucción, según las normas comunes, el competente para conocer de la causa contra los Srs. Pi y Margall.

XI

1. Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los cargos políticos Sres. Castelo y Villar y los mandos militares Sres. Bruquetas y Rama, por los hechos acaecidos en Barcelona el día 1, en particular, la muerte de 16 personas en el parque Turó.

En el relato se omiten datos esenciales que sólo trata, tangencialmente, al plantear las cuestiones finales. Así, por ejemplo, la primera y única vez que en el supuesto se refiere a los autores de los disparos en el Parque es en la cuestión décima, fuera ya del cuerpo del escrito del relato, cuando se mencionan las “posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los cargos políticos Sres. Castelo y Villar y los mandos militares Sres. Bruquetas y Rama, por los hechos acaecidos en Barcelona, en particular, la muerte de 16 personas en el parque Turó. Y prosigue: “posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los Sres. Cata y Pedreira, soldados al mando del Sr. Rama que, según se ha probado, se cuentan entre los que realizaron materialmente los disparos, bajo órdenes del Sr. Rama”.

Se solicita, asimismo, Dictamen acerca de la legislación aplicable y órganos procesalmente competentes, debiendo incluir referencia a la importancia del cumplimiento del deber y de la cadena de mando a la hora de depurar responsabilidades.

2. Legislación aplicable

Señalamos a continuación la relación de las normas que habrán de servir de fundamento jurídico para calificar los acontecimientos del Parque, especialmente la muerte de 16 personas, respecto de los que se exige pronunciamiento.

La ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece, en su artículo 55, las Salas que integran el Tribunal Supremo, dispone: [...] “Quinta: de lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo”.

Conviene en este punto consignar una relación de las normas que han servido de fundamento jurídico para calificar los acontecimientos que se describen en el relato. Un primer estadio estaría constituido por las normas constitucionales aplicables al caso, y que ya hemos ido viendo en anteriores apartados del Dictamen.

Así el artículo 116 de la Constitución española, que se refiere a los estados de alarma, excepción y sitio, del Título V, “De las relaciones del Gobierno con las Cortes Generales”; y el artículo 55 de la Constitución española, del Capítulo V, “De la suspensión de los derechos y libertades”, dentro del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, así como los concretos derechos y libertades que pueden ser objeto de suspensión cuando se decreten los estados de excepción y sitio; y que son los que dispone el mencionado artículo 55, haciendo referencia a los apartados correspondientes de los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 28 y 37.

Atendiendo al principio de jerarquía normativa, el segundo estadio habrá de integrarse por las normas contenidas en las Leyes Orgánicas de aplicación y, posteriormente, las leyes ordinarias y las distintas disposiciones normativas con fuerza de ley.

- Ley Orgánica 13/85, del Código Penal Militar.
- Ley Orgánica 4/87, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.
- Ley Orgánica 2/89, Procesal Militar.
- Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional.

- Ley Orgánica 10/95, del Código Penal.
- Ley Orgánica 4/81, de los Estados de alarma, excepción y sitio.
- Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, señaladamente en cuanto a los principios básicos de actuación en lo referente a cuestiones de orden público y seguridad ciudadana, que constituyen la mayor parte de las actuaciones que se describen en el supuesto sometido a Dictamen.
- Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar.
- Ley 4/1987 de 15 de julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.
- Ley 17/99, del Régimen del Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- R.D. 1385/90, Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de Militar y de las situaciones administrativas del Personal Militar Profesional.
- R.D. 96/2009 de las Reales Ordenanzas para la Fuerzas Armadas.

Como establece el artículo 33 de la Ley Orgánica 4/1981, “en virtud de la declaración del Estado de Sitio, el Gobierno, que dirige la Política Militar y de la Defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución española, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente Ley. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el Estado de Sitio se refiera”.

En el artículo 34 de la misma Ley Orgánica se dispone que “la autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones

necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente Ley y las condiciones de la declaración del Estado de Sitio”.

Nos parece importante por su trascendencia a efectos de determinar la Jurisdicción competente y para entender de las causas que pudieran generarse durante la vigencia del Estado de Sitio, transcribir el artículo 35 de la misma Ley Orgánica, que señala que “en la declaración del Estado de Sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar”.

De esto resulta que el Gobierno asume todas las facultades, ordinarias y extraordinarias, que recogen la Constitución española y la L. O. 4/81, y designa la autoridad militar que, bajo la dirección del Gobierno, deberá ejecutar las medidas que conduzcan a restablecer la normalidad. En nuestro caso, restablecer el orden constitucional, el orden público, la seguridad ciudadana y la adecuada prestación de los servicios públicos esenciales de la comunidad en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, así como defender la integridad territorial del Estado.

3. Posibles responsabilidades en las que hayan incurrido los Srs. Cata y Pedreira, soldados al mando del Sr. Rama que se cuentan entre los que realizaron materialmente los disparos, bajo las órdenes del Sr. Rama.

Así establecida la ordenación orgánica, jerárquica y las responsabilidades derivadas de la dirección y ejecución de las medidas, examinemos lo que sabemos en torno a los sucesos acaecidos en Parque Turó. El General Brusquetas es el mando militar designado para ejecutar las medidas de orden público oportunas para restablecer la normalidad. Suponemos que ordena al Capitán Rama que acuda, al frente de su Compañía de Infantería nº 12, al Parque Turó a sofocar pacíficamente la concentración ciudadana que celebra la declaración de independencia. Después de tres infructuosos intentos de hacerlo, abren fuego causando la muerte de 16 personas. Posteriormente se viene a conocer que los Srs. Cata y Pedreira se encuentran entre los que realizaron materialmente los disparos, pero nada se dice acerca de las circunstancias en que se produjeron los disparos.

No sabemos si los concentrados esgrimen armas, ni si han abierto fuego y si lo han hecho antes que los soldados. Así las cosas, no tenemos datos acerca de si los disparos de los soldados repelen el fuego de los manifestantes o si son los soldados los que disparan primero. Cuestión esencial para la calificación, porque está en juego considerar si los subordinados del Capitán Rama han respetado los principios básicos de actuación que la Ley les exige, señaladamente, la proporcionalidad en sus actuaciones.

Es coherente que una actuación del Ejército desempeñando funciones de orden público, de seguridad ciudadana, deba sujetarse a las normas que rigen este tipo de actuaciones cuando las ejecutan Fuerzas o Cuerpos de Seguridad. Igualmente esencial resulta el principio de actuación acerca del uso de las armas, sobre lo que volveremos al examinar los preceptos correspondientes del Código Penal Militar. A este respecto, ya hemos visto que el artículo 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/86 dispone que “solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo

para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”.³⁰

Resulta difícil un pronunciamiento riguroso y cabal por la falta de datos al respecto. Así, cabe que no pueda imputarse delito alguno a los soldados o que sean responsables de homicidio u homicidio imprudente. La única certeza es que horas más tarde de los incidentes en Parque Turó, el Capitán Rama es arrestado por el General Brusquetas. Pero de este arresto no puede inferirse la presunta comisión de delitos, sea de homicidio o de cualquier otro. Las muertes acaecidas constituyen hechos gravísimos, desde luego, y depurar las responsabilidades que presuntamente resulten de los incidentes, es exigencia de la propia defensa de la legalidad y de los eventuales derechos de las víctimas. Pero el arresto no implica “*per se*” indicio alguno.

En ese escenario, la declaración del Capitán Rama, como Jefe de la 12ª Compañía. actuante, resulta básica en cualquier investigación o diligencia que persiga aclarar tan graves hechos. Pero nada más. De este modo, si se ha actuado conforme a los principios básicos que al respecto establece la Ley, no cabría imputar responsabilidad penal por los incidentes.

Cuestión distinta sería la relativa a los daños y perjuicios que hayan sufrido los ciudadanos. Así, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/81, de los estados de alarma, excepción y sitio, dispone que

“Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes”.

En la misma línea, el artículo 5.6 de la Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece que:

“Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas”.

En cualquier caso, si resultase que la actuación de las Fuerzas que actuaron en el Parque Turó fue contraria a Derecho, parecería muy forzado que la responsabilidad penal alcanzase al Sr. Castelo Presidente del Gobierno y al Sr. Villar, Ministro de Interior. De los términos del relato propuesto no cabe deducir que las órdenes que el Gobierno da a la Autoridad Militar impliquen una contravención de las normas, constituyendo alguna de ellas infracción del Ordenamiento Jurídico. El responsable de dirigir la ejecución de las

³⁰ Son los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad que recoge el mencionado artículo 5 de la Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En esta línea, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por R.D. 96/2009, de 6 de febrero establece en el artículo 84 que “en el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma.

medidas adoptadas en la Resolución de la Declaración de Estado de Sitio, que aprueba el Congreso de Diputados, es el General Brusquetas, como Autoridad Militar al efecto, designada por el Gobierno. Y el Capitán Rama es el responsable material y directo de las actuaciones de los soldados que, bajo sus órdenes directas, acuden a Parque Turó a disolver pacíficamente la concentración ciudadana que allí se produce.

La cuestión de una eventual responsabilidad penal del Presidente del Gobierno, o del Ministro Sr. Villar, ha sido objeto de adecuado tratamiento en este mismo Dictamen, al realizar el análisis correspondiente a las responsabilidades de los distintos aforados y de los órganos procesalmente competentes para su enjuiciamiento.

En cuanto a los militares, General Brusquetas, Capitán Rama, Soldados Cata, Pedreira y demás miembros de la 12ª Compañía de Infantería que acudieron al Parque y que puedan resultar presuntamente imputados como consecuencia de las diligencias de investigación que el Juez instructor competente vaya a llevar a cabo, habrán de examinarse las distintas posibilidades según puedan o no ser imputados a la luz de las investigaciones.

Teniendo en cuenta la ausencia de información, precisa y rigurosa, respecto de lo ocurrido en Parque Turó, parece adecuado analizar, siquiera sucintamente, los principios y normas que inexcusablemente han de estar presentes en cualquier Dictamen acerca de los eventos solicitados. Tales normas y principios se contienen dispersas en las normas *ut supra* relacionadas, sin ánimo exhaustivo.

Para indagar en el espíritu del legislador conviene, generalmente, acudir a las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes, que muestran las intenciones, el espíritu de las normas, con mayor intensidad que el propio articulado. Veamos, pues dos ideas del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar: “Se ha entendido que la esfera militar no puede ofrecer sustanciales particularidades respecto al significado de las causas de inimputabilidad, bastando lo que diga el Código Penal ordinario sobre dicho extremo.

Este Preámbulo del Código Penal Militar se refiere a legítima defensa y a las causas de justificación, señalando “las amplias formulaciones que las Leyes comunes hacen del estado de necesidad y del cumplimiento de deberes civiles o militares resultan suficientemente elásticas para su utilización en el ámbito militar”. Para a continuación añadir que “el problema de la obediencia se resuelve al margen del viejo concepto de una ciega obediencia para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes. La fórmula que figura en este Código Penal Militar no difiere de la establecida por las Reales Ordenanzas, a fin de evitar confusiones y de puntualizar bien su adecuación al texto constitucional”.

Los preceptos concretos del Código Penal Militar que consideramos necesarios para el análisis y calificación de los hechos de Parque Turó, son el artículo 5 del Código Penal Militar, que refiriéndose al del Código Penal Ordinario, dispone que:

“Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código”.

El artículo 10 del Código Penal Militar establece que:

“A los efectos de este Código se entenderá que constituyen Fuerza Armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución española”.

Recoge el artículo 16 del Código Penal Militar que:

“A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución”.

El artículo 18 del mismo del Código Penal determina que:

“a los efectos de este Código las fuerzas terrestres, navales o aéreas están frente al enemigo o frente a rebeldes o sediciosos cuando se hallen en situación tal que puedan entrar inmediatamente en combate directo con alguno de ellos o ser susceptibles de sus ataques directos, así como cuando sean alertadas para tomar parte en una misión de guerra”.

Y, finalmente, el artículo 19 del Código Penal Militar señala que:

“A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta”.

Como no cabe deducir del relato la comisión de actos ilícitos por parte de los soldados, debería prevalecer, a virtud del artículo 24.2 de la Constitución española, la presunción de inocencia. Establece, en efecto, el apartado 2 del artículo 24 de la Constitución española que “[...] asimismo, todos tienen derecho [...] a la presunción de inocencia”. Esto es, sólo una prueba de cargo válidamente obtenida puede arruinar la presunción de inocencia de la que todos gozamos. En nuestro caso, el único indicio que podría deducirse del relato sería favorable a la inocencia de las fuerzas actuantes, en la muerte de las 16 personas. En la descripción de los hechos se dice que “tras tres intentos infructuosos de disolver pacíficamente una concentración ciudadana en el Parque Turó”; si los intentos fueron pacíficos cabría pensar, fundadamente, que repelen agresiones realizadas desde los concentrados, pudiendo cumplir así con la proporcionalidad exigida en normas diversas, tanto la legislación común como la militar.

No obstante, tampoco podemos aventurar el resultado final de la investigación y, por ello, tratamos a continuación la posibilidad de la existencia de conductas imprudentes en los soldados armados, que finalizaron con la muerte de 16 personas. Ya dijimos que sólo una prueba indubitada, en contrario, podría desvirtuar la presunción de inocencia a la que todos tenemos derecho.

No contemplamos la incidencia de un comportamiento doloso por parte de los soldados. No parece poder deducirse de los intentos pacíficos de disolver la concentración. Pese a ello, examinamos la figura del homicidio, que se regula en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, al comienzo del Libro II del Código Penal, “Delitos y sus penas”; en el Título I, “Del homicidio y sus formas”; Artículos 138 a 143. Es en el artículo 142 donde se trata el homicidio imprudente. En lo que a nuestro análisis atañe, importan los apartados 1 y 3, que señalan, sucesivamente, que “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”. Y el apartado 3^a establece que “cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.”³¹

La imprudencia, sea por acción y omisión, sólo se castiga, según señala el artículo 12 del Código Penal, cuando una Ley lo disponga expresamente.

Entendemos que lo esencial del homicidio imprudente, lo que lo caracteriza, es la ausencia de dolo. Este carácter es lo que distingue la figura que tratamos del homicidio doloso que castiga el artículo 138 del Código Penal. Por otra parte, el artículo 142.1 exige «imprudencia grave», que sirve para distinguir este delito de la falta prevista en el artículo 621.2 del Código Penal: «los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados [...], falta que sólo podrá perseguirse mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.»³²

El término imprudencia grave alude a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigibles a cualquier ciudadano. Para poder apreciar la imprudencia y, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será necesario que concurran los siguientes requisitos:³³

- a) Una acción u omisión no voluntariamente intencional o maliciosa.
- b) Una actuación negligente por falta de previsión.
- c) Un factor normativo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado.
- d) Producción de un daño: el delito de homicidio imprudente es un delito de resultado.
- e) Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado o inobservante y el daño o mal sobrevenido.

Como anunciábamos, resulta difícil un pronunciamiento riguroso y cabal por la falta de datos al respecto. Así, cabe que no pueda imputarse delito alguno a los soldados o que sean responsables de homicidio u homicidio imprudente. La única certeza es que horas más

³¹ Este apartado se aplica, generalmente a cuestiones médicas y, desde luego, a los actos de los agentes de la autoridad en uso de armas de fuego.

³² Artículo 621.6 del Código Penal español de 1985.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1995.

tarde de los incidentes en Parque Turó, el Capitán Rama es arrestado por el General Brusquetas. Pero de este arresto no puede inferirse la presunta comisión de delitos, sea de homicidio o de cualquier otro. Las muertes acaecidas constituyen hechos gravísimos, desde luego, y depurar las responsabilidades que presuntamente resulten de los incidentes, es exigencia de la propia defensa de la legalidad y de los eventuales derechos de las víctimas. Pero el arresto no implica “*per se*” indicio alguno.

En ese escenario, la declaración del Capitán Rama, como Jefe de la 12ª Compañía. actuante, resulta básica en cualquier investigación o diligencia que persiga aclarar tan graves hechos. De este modo, si se ha actuado conforme a los principios básicos 3+ que establece la Ley, no cabría imputar responsabilidad penal por los incidentes. Cuestión distinta sería la relativa a los daños y perjuicios que hayan sufrido los ciudadanos.

4. Órganos procesalmente competentes.

En lo que respecta a la Jurisdicción y órganos procesalmente competentes para el enjuiciamiento de los militares intervinientes en los incidentes del Parque Turó, conviene referirse, en primer lugar, a lo que al respecto establece la Constitución. Así, en sede del Título VII, “Del Poder Judicial”, señala el artículo 117.5 que:

“El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de Estado de Sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.”

El carácter restrictivo del artículo 117.5 ha sido según el Juez Togado Militar Fernández Segado³⁴ vertebrado en dos fundamentos. En primer lugar, en la presunción general de competencia de la Jurisdicción Ordinaria. En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado que: “no basta para la atribución de una causa a la Jurisdicción Militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen”.³⁵

En segundo lugar, en un criterio hermenéutico al desarrollar el artículo 117.5 de la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene un valor interpretativo de aquella regulación, resultando claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la Jurisdicción Militar, reducida al ámbito estrictamente castrense. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente aplicable al caso objeto de Dictamen.

Para conocer la competencia y los órganos jurisdiccionales que habrán de conocer del enjuiciamiento de los militares, que eventualmente puedan ser imputados por los sucesos

³⁴ Francisco Fernández Segado: “La Jurisdicción Militar en la Constitución española. Su organización y ámbito competencial”. En Bidart Campos y José Palomino Manchego, (Coordinadores). “Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica”, libro homenaje a Domingo García Belaunde, Grijley, Lima, 1997.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1982, de 13 de diciembre de 1982.

de Parque Turó³⁶, debemos acudir en primer lugar a la Ley 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que, que como no puede ser de otra forma, no difiere de la correspondiente ley de la jurisdicción ordinaria, en cumplimiento de los principios constitucionales que obligan por igual. De este modo, en sus dos primeros artículos establece que “la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, administra justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios y a las leyes. Y que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley”.

Señalar, igualmente, que en el artículo 12 de la propia Ley 4/1987, que abre el capítulo “De la competencia de la Jurisdicción Militar” se dispone que “en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas:

[...] 2.- Los cometidos durante la vigencia del Estado de Sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.

La Ley 44/1998, de 15 de Diciembre de Planta y Organización territorial de la Jurisdicción Militar, establece en su artículo 2, al tratar la división territorial que a efectos jurisdiccionales militares, el territorio español se divide:

[...] Territorio tercero: comprende las Comunidades Autónomas de Cataluña, de Aragón, de las Islas Baleares y la Comunidad Foral de Navarra.

En cuanto a los Tribunales territoriales militares, el artículo 3 de la misma Ley señala que la sede del Tribunal Militar territorial tercero estará en Barcelona. Y, finalmente, el artículo 9, al establecer las demarcaciones de los Juzgados Togados Militares del territorio tercero determina que “en el territorio tercero, las demarcaciones, planta, número de orden y sede de los Juzgados Togados Militares Territoriales serán las siguientes:

“Provincias de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona. Un Juzgado Togado con el número 31 y sede en Barcelona”.

Por tanto, la Jurisdicción y los órganos procesalmente competentes para el enjuiciamiento de los militares intervinientes en los incidentes del Parque Turó, es la jurisdicción militar. En concreto el Juzgado Togado correspondiente, en función de su competencia territorial, esto es, Barcelona.

5. Importancia del cumplimiento del deber y de la cadena de mando a la hora de depurar responsabilidades

Ya hemos hecho referencia al párrafo del Preámbulo del Código Penal Militar, en el que se recoge que “el problema de la obediencia se resuelve al margen del viejo concepto de

³⁶ Ya hemos señalado que cabe la coherente posibilidad de que no sean responsables penalmente, habida cuenta de que los concentrados han esgrimido armas de fuego y hecho uso de las mismas en la luctuosa noche del 25 al 26 de septiembre y cabe presumir que puedan haberlo hecho el día 1 de octubre en Parque Turó, incidente que en este apartado del Dictamen tratamos.

obediencia ciega [...]”. Conviene en este punto hacer también una sucinta referencia a las Reales Ordenanzas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, concretamente a aquellos preceptos que nos brindan conceptos conexos con el Dictamen solicitado.

El artículo 45 de las Reales Ordenanzas de la Fuerzas Armadas señala que “obedecerá las órdenes, que son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento. Y el artículo siguiente, el 46, al referirse a las instrucciones y órdenes de autoridades, señala que “cumplirá igualmente las instrucciones y órdenes de autoridades y superiores civiles de los que dependa jerárquicamente [...]”.

Por otra parte, al tratar de la responsabilidad en la obediencia, dice el artículo 47 que “en el cumplimiento de las órdenes debe esforzarse en ser fiel a los propósitos del mando, con responsabilidad y espíritu de iniciativa. Ante lo imprevisto, tomará una decisión coherente con aquellos propósitos y con la unidad de doctrina”.

Ahora bien, la obediencia también tiene sus límites, así el artículo 48 de las Reales Ordenanzas de la Fuerzas Armadas que estamos tratando, determina que “si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión”.

Este último inciso del precepto que hemos transcrito, avisa de lo delicado de la situación a la que se enfrenta el subordinado en el momento de cumplir o no las órdenes. Pongámonos en la escena que dibuja el relato que se hace en el supuesto planteado. Desórdenes, violencia, armas y disparos por parte de los manifestantes, etc. En este punto conviene recordar el artículo 102 de la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar cuando establece que:

“el militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión”.

La cuestión no es tan sencilla, ya que en el artículo 49 de las Reales Ordenanzas advierte que:

“en el supuesto de que considere su deber presentar alguna objeción a la orden recibida, la formulará ante quien se la hubiera dado. Si su incumplimiento perjudicase a la misión encomendada, se reservará la objeción hasta haberla cumplido.

Ya hemos indicado la importancia que tiene la escasa información de que disponemos para un riguroso análisis y calificación de la secuencia de eventos acaecida el primero de octubre en el Parque Turó. De ahí que hayamos contemplado las hipótesis más probables.

Insistimos en que cabe como la más ajustada al contexto de la situación de esos días, (quiebra del orden constitucional, violencia, incendios, declaración ilegal de independencia

de un territorio, intercambio de disparos en la noche del 25 de septiembre), que la actuación de los soldados Cata y Pedreira, así como de su Oficial al mando, el Capitán Rama, se ha realizado conforme a Derecho, cumpliendo los principios de actuación exigidos por las Leyes y Reglamentos aplicables. En este escenario habría de contemplarse el artículo 20 del Código Penal que, al relacionar las eximentes de la responsabilidad criminal, refiere, en el nº 7 que “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Para concluir, y en sucinto resumen de estos apartados referentes a los eventos de Parque Turó, de una parte cabría presumir la inocencia de los soldados y mandos militares si consideramos que pueden estar repeliendo disparos de los concentrados. En tal caso se verían amparados por los preceptos que reiteradamente hemos tratado sobre principios básicos de actuación y normas para el uso de armas, tanto en la legislación que regula la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como de los Militares de carrera o profesionales. Recordemos que han intentado disolver pacíficamente la concentración por tres veces, que actúan en cumplimiento de un deber y en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

XII

1. Posibles responsabilidades en las que haya incurrido el Sr. Devries, legalidad de su detención y órgano procesalmente competente, en su caso.

El conflicto que el Estado español sostiene en el relato ofrecido es con la República Francesa, no con el Sr. Devries. Se trata de una Autoridad del Estado francés, que cumple órdenes del Ministro de Exteriores de su país, quien en rueda de prensa afirma que el Gobierno francés está dispuesto a reconocer al Estado catalán, así como a conceder “asilo político” a los ciudadanos catalanes que quieran refugiarse en el Estado francés.

El embajador Devries comete de modo manifiesto una infracción de la que consideramos tener prueba válida, entendiéndolo que la operación “Oído de Murciélagos” actúa ya dentro de la legalidad, con autorización y conocimiento judicial. Siendo así, es responsable del delito que cometen igualmente el Sr. Pero y los ciudadanos que le siguen, en su huida a territorio francés, contraviniendo la medida dictada en la declaración de Estado de Sitio y suspensión del Espacio Schengen.

En cuanto al hecho de informar favorablemente el despliegue de tropas francesas en territorio español, deberán abrirse diligencias e investigar el desarrollo de sus actos. Sostenemos esta postura considerando que el Sr. Devries, embajador de la República Francesa en el Reino de España, no deja de ser una autoridad-funcionario, una de cuyas obligaciones es, precisamente, informar, trasladar su parecer a su superior, el Ministro de Exteriores, que junto con el resto del Gobierno gallo toma la decisión que tienen por conveniente, sin que los informes recibidos de su embajador tengan carácter vinculante en modo alguno. No obstante, de ser hallado culpable, lo sería de colaboración con elementos imputados por rebeldía y los demás delitos de los que se acusa a los infractores, según analizamos en anteriores apartados del presente Dictamen.

Obviamente, tratándose de un agente diplomático extranjero acreditado ante el Reino de España, han de tenerse en cuenta las Convenciones y Tratados internacionales ratificados por España y que otorgan al Sr. Devries un estatuto personal especial, derivado de tales acuerdos.

Así, en primer lugar hemos de acudir a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, cuyo artículo 29 dispone que:

“La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

Y en la misma Convención, el artículo 31, inciso primero señala que:

“El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor.

En términos jurídicos, se considera la inmunidad como el conjunto de normas y costumbres internacionales reconocidas a los agentes y las misiones diplomáticas, a quienes se les otorgan privilegios, prerrogativas y exenciones, para facilitar su misión en el territorio del Estado receptor, con la debida protección y resguardo.

Si bien en el último inciso del propio artículo 31 aclara que:

“La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante”.

Conviene diferenciar la inmunidad del privilegio, pues el privilegio se concibe como la exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial de la que goza alguien por concesión de otro, o por alguna circunstancia propia. Los privilegios se fundamentan en razones de cortesía y reciprocidad otorgados a los agentes diplomáticos y que, habitualmente, se relacionan con las leyes fiscales, los reglamentos administrativos y de policía y con los aspectos protocolarios.

En el supuesto planteado se dice que “[...] en respuesta a lo anterior, agentes de Policía Nacional proceden a la detención del embajador francés en España, Sr. Devries, quien pasa a disposición judicial”. Pues bien, no sólo es ilegal la detención del embajador, sino que, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal,³⁷ “[...] también están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados”.

Con esta referencia a la ley procesal penal queremos significar que ni siquiera se ajusta a Derecho la puesta a disposición judicial del embajador. Se trata, como consecuencia de los Tratados y Acuerdos Internacionales, y en virtud del principio de reciprocidad, de una

³⁷ Art. 411 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 17 de septiembre de 1882. La exención de declarar de este artículo comprende, junto a los agentes diplomáticos, al Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino; tal es la protección que se brinda al embajador Devries en el caso que nos ocupa.

cuestión de índole más política que jurídica, en la que la competencia para resolver el asunto pasaría en primer lugar por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

En referencia a la competencia para instruir diligencias y dictar, en su caso, procesamiento y apertura de juicio, no corresponde a órganos españoles. Serían los órganos jurisdiccionales franceses, según su propia normativa los competentes en este caso.

XIII

1. Constitucionalidad de la Ley de Amnistía. Virtualidad de esta norma para eximir de responsabilidad a todos aquellos que puedan acogerse a ella.

La institución de la gracia, clemencia o perdón, constituye un instrumento jurídico utilizado tanto en nuestro Derecho histórico como en el comparado. El derecho de gracia es la denominación que da a la clemencia, o perdón la Constitución. Ésta hace alusión a la figura en tres preceptos distintos.

El primero, en el Título II, “De la Corona”, en el artículo 62, i), al relacionar las funciones del Rey, señalando entre ellas: “ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”.

El segundo en el Título III, que bajo la rúbrica “De las Cortes Generales”, dedica el Capítulo 3º a la “Elaboración de las leyes”, disponiendo en el artículo 87.3 que se excluyen de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley [...] la materia relativa a la prerrogativa de gracia.

El tercero de los preceptos en la Constitución española que se refiere a la institución de la gracia, se encuentra en el Título IV, que dedica al “Gobierno y la Administración”, y cuyo artículo 102 contempla los casos de responsabilidad penal del Presidente y demás miembros del Gobierno, haciendo, en su apartado 2, referencia concreta a los delitos de traición u otro cualquiera contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones. Y finaliza, en el apartado 3, ordenando que “la prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”.

Como vemos, los artículos mencionados no contienen una definición del instituto de la gracia, que tampoco hallamos en ninguna ley, ya orgánica, ya ordinaria. Siendo necesario acudir, por tanto, a la teoría general del Derecho. Debemos resaltar que la institución del derecho de gracia es el género, cuyas especies o manifestaciones más comunes son el indulto y la amnistía. Y, si bien es en el ámbito criminal donde la institución es más conocida, se aplica también, con frecuencia acaso excesiva, en materia fiscal, así como en cuestiones relativas al campo militar, laboral o administrativo. En fin, el derecho de gracia puede definirse como la potestad de unos órganos en cuya virtud pueden beneficiar discrecionalmente a los individuos respecto a las consecuencias desfavorables que acarrea la aplicación de las normas.

En el Derecho Penal, el derecho de gracia se concreta en las dos figuras señaladas: el indulto y la amnistía. Hemos visto la parquedad de la Constitución española al referirse a

los instrumentos de clemencia, pero sí establece taxativamente la prohibición de que la Ley autorice indultos generales, lo que a contrario sensu supone la posibilidad de indultos particulares. Hacemos a continuación una aproximación a los conceptos de amnistía e indulto con el fin de concretar y distinguir ambas figuras.

El término amnistía tiene la misma raíz etimológica que amnesia, es decir, olvido. Siguiendo a Puig Peña, puede entenderse por amnistía la institución en virtud de la cual el poder público, por razones de alta política, anula la relevancia penal de ciertos hechos extinguiendo las responsabilidades punitivas que dimanen de los mismos.³⁸ Supone una derogación retroactiva que puede afectar, bien a la norma que califica un acto como ilícito, bien a la norma que dispone la imposición de una sanción. La amnistía extingue el delito mismo, no sólo la pena como el indulto, y puede tener efectos retroactivos incluso sobre penas ya ejecutadas. Extingue toda responsabilidad penal o civil y anula los antecedentes penales, actuando sobre todos los que cometieron el delito y no sobre individuos concretos. La Ley que decreta la amnistía no deroga la ley penal que estableció el tipo delictivo cometido. Sólo impide su aplicación a los sujetos amnistiados.

El indulto, en nuestro Derecho es una medida de gracia de carácter excepcional, consistente en la remisión total o parcial de las penas de los condenados por sentencia firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Es una causa de extinción de la responsabilidad penal que supone el perdón de la pena, mientras que la amnistía supone el perdón del delito.

Pueden ser indultados los reos de toda clase de delitos que hayan sido condenados por sentencia firme y que se encuentren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena. Así, no pueden ser indultados los que estén siendo procesados criminalmente, es decir lo que no hayan sido condenados por sentencia firme, ni quienes no se encuentren a disposición del tribunal sentenciador para cumplir la condena. Tampoco podrán beneficiarse de indulto los reincidentes en el mismo y otro delito cualquiera por el que hayan sido condenados, salvo informe favorable del Tribunal sentenciador.

Son normas aplicables al indulto:

- La Ley de 18 de junio de 1870, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la ley de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.
- Orden del MM. JJ. de 10 septiembre de 1993, sobre tramitación de solicitudes de indulto.
- R.D. 1879/1994, de 16 de septiembre sobre normas procedimentales en materia de Justicia e Interior.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, señaladamente el artículo 666.4:
- “Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:
- [...] 4.- La de amnistía o indulto.

³⁸ Puig Peña, F., “Nueva Enciclopedia Jurídica”, (Colaboración), Seix Editor, Tomo II, 1995.

La finalidad perseguida en este apartado del Dictamen exige analizar las formas y contenido de la gracia en el Derecho español vigente, para examinar la posibilidad de un encaje constitucionalmente adecuado de la amnistía en la estructura de un Estado como el nuestro. El Preámbulo de nuestra Carta Magna señala como uno de sus objetivos “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Y cuyo artículo 1.1 establece que: “España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

La formalización de estos principios y valores, que son los propios de los estados democráticos occidentales, hace que no pocos autores consideren la amnistía injustificable e irracional. Otros, por el contrario, ven en ella el dispositivo adecuado para lograr o restablecer la paz y la concordia tras situaciones de anormalidad. Lo cierto es que la doctrina dista mucho de ser unánime.

La propia denominación origina confusión. En la Constitución española se habla de la gracia refiriéndose indistintamente a ella como derecho, según vimos al tratar el artículo 62.i) de la Constitución o como prerrogativa, en los artículos 87.3 y 102.3.

En Derecho comparado puede variar la denominación de los institutos referidos,³⁹ pero lo propio ocurre en nuestro Derecho histórico, donde encontramos términos como merced o misericordia. Posteriormente, se generaliza el uso de indulto, general o particular y de la amnistía.

Sea como fuere, siempre hay un carácter común a todos ellos: constituir una excepción de la legalidad. Este hecho de constituir una excepción a los derechos y garantías constitucionales pudiera hacer pensar que carece de límite alguno; antes al contrario, su naturaleza extraordinaria implica que deba ser delimitada o interpretada restrictivamente. Debe ser labor de los Tribunales de Garantías constitucionales de los ámbitos que corresponda, sean nacionales o supranacionales los que decidan si las leyes de amnistía resultan o no opuestas a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. En concreto, los artículos 3, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6 y 14) o la Convención Europea de Derechos Humanos.

En la amnistía ya no se parte de consideraciones individuales como en el indulto. Lo que importa es el interés general de la comunidad, de ahí que la doctrina suela señalar que la amnistía cumple una finalidad política, cual es la de contribuir a la paz, al orden y la concordia nacionales en momentos en que estos valores, intrínsecos a toda organización política, han sido alterados por hechos que caen bajo el rigor de la Ley penal, lo que agrava la situación. Para restaurar la paz, el orden, en ocasiones es necesario acudir a la amnistía. Valga de ejemplo la reciente transición española a la democracia.

Un presupuesto necesario resulta, pues, que en un Estado o en una parte de él, se viva una situación compleja, delicada, que altera su normal desenvolvimiento.

³⁹ En Italia, por ejemplo, se usa el nombre de gracia para el indulto particular, es decir, el que en España utilizamos para referirnos al perdón o clemencia como género, y cuyas especies o manifestaciones más comunes son, como hemos señalado, la amnistía y el indulto.

La naturaleza de la amnistía es legislativa. No puede ser acordada sino por un acto en forma de Ley. Hay que tener en cuenta que es una derogación parcial de la ley penal y, por tanto, para que los efectos de la amnistía se produzcan, es decir, para que sea válida, el Parlamento debe proceder a través de un acto legislativo de igual jerarquía que la ley penal, es decir, otra ley (Ley Orgánica si el Código Penal lo es, como en el caso español).

Hay que recordar que en España, tras la celebración de elecciones generales, en junio de 1977, las Cortes aprobaron el 15 de octubre la Ley 46/1977, llamada Ley de Amnistía, cuyo ámbito incluía a presos políticos del régimen franquista, así como a los crímenes que originaron la Guerra Civil y los que a partir de ella se cometieron hasta el final de la dictadura.

La Ley 46/1977 ha sido objeto de múltiples críticas, muchas de ellas basadas en la utilización de los llamados “mecanismos de autoamnistía”. Se ha objetado a la misma que se resiste a ser sometida a los designios e imperativos de la legislación internacional, al haber suscrito España, unos meses antes de la entrada en vigor de la Ley 46/1977, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que en su artículo 15.2 establece que nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, debemos tener en cuenta la Disposición derogatoria que en su apartado 3 declara derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución. Precisamente en el pórtico del Título I, que la Carta Magna dedica a los derechos y deberes fundamentales, su artículo 10 señala que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La corriente crítica sostiene que la Ley 46/77 establece en la práctica un mecanismo de “autoamnistía” que el citado artículo del Pacto prohíbe, recordando que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha advertido en más de quince ocasiones que las autoamnistías no están contempladas, al tiempo que ha pedido a España al menos cuatro veces que derogue esa Ley, la última de las cuáles fue en el año 2008. No faltan autores y jurisperitos, miembros de Tribunales de Garantías Constitucionales, incluido nuestro Tribunal Constitucional que señalan que, desde el punto de vista jurídico, mantener en vigor la Ley de Amnistía es una posición insostenible, absurda e inconstitucional. Frente a esta posición doctrinal, no puede negarse la virtualidad de las leyes de amnistía para superar escenarios de conflicto que el excesivo tiempo transcurrido han convertido en luchas crónicas, cuya resolución definitiva habrá de pasar por alguna suerte de mecanismo cercano a la amnistía. Defensores de esta última tesis señalan que una Ley de Amnistía sería bienvenida si resolviere efectivamente la situación, pese a la indudable vulneración formal de los principios y valores que defienden el imperio de la ley y el principio de legalidad como pilar del Estado de Derecho.

Obviamente, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece su exclusiva competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley postconstitucional.

En la amnistía gravitan importantes consideraciones de orden político, como son devolver la paz, el orden, en nuestro supuesto, defender la integridad territorial del Estado y

restablecer la normalidad para hacer posible el desenvolvimiento de una convivencia armónica en la sociedad convulsionada, por una situación compleja de crisis. La gravedad de los conflictos es común denominador en toda amnistía. Si no se da la gravedad o trascendencia no cabría acudir a la institución de la amnistía; estaríamos quebrando la virtualidad de la misma para alcanzar sus fines. Así, el artículo 1 de la Ley de Amnistía excluye de la misma a los independentistas. Esta circunstancia supone la ausencia de la condición de generalidad que debe estar presente en la amnistía. De otro modo abonaríamos la posición de aquellos que señalan que tal ley no busca la concordia y el restablecimiento de la normalidad, puesto que una de las partes del conflicto quedaría excluida.

La amnistía implica una autoderogación de la potestad soberana de administrar justicia e implica una negación de la misma.⁴⁰ Un abuso de la institución supondría una burla para la función jurisdiccional, cuya actividad en la administración de justicia no puede ser obstaculizada por ningún órgano del Estado, en virtud del principio de independencia judicial. K. Loewenstein ya señalaba que la independencia de la función judicial constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de Derecho, de lo que se deriva la exigencia de que los tribunales ordinarios detenten el monopolio de la Administración de Justicia, lo que excluye también todas las funciones judiciales por parte del Gobierno y del Parlamento.⁴¹

De este modo, si usamos indebidamente la amnistía, si vulneramos su naturaleza jurídico-política, los resultados serán opuestos a los pretendidos, violando además normas constitucionales y los principios básicos del Derecho.

Examinar la adecuación al texto constitucional de la Ley de Amnistía del supuesto planteado es obviamente competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, ya sea por iniciativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por medio del planteamiento de un conflicto de competencias, ya por cualquiera de los legitimados para plantear un recurso de inconstitucionalidad.⁴²

Desde nuestra óptica, y salvo excepciones, una Ley de amnistía no siempre resulta adecuada para cumplir los fines de restablecimiento de la normalidad. Antes al contrario, puede perpetuar un escenario de conflicto, al verse perjudicado uno de los grupos o sentir ese grupo social que no se cumple la Ley y que no se hace Justicia. Sólo en el caso de que exista un amplio consenso social, que no provoque fisuras en la sociedad civil, seríamos proclives a la promulgación de una Ley de amnistía, pero como una circunstancia política extraordinaria.

XIII

⁴⁰ "Extingue la acción penal y la condena", declara el Código Penal.

⁴¹ Karl Loewenstein, "Teoría de la Constitución", traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1983.

⁴² Están legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad, según el artículo 162.1 CE: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los Órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

1. Posibilidades de que la “Asociación de Madres de víctimas del Parque Turó” y el Estado francés puedan llevar ante la Corte Penal Internacional a los implicados en los sucesos del Parque Turó. El Estado español pretende, asimismo, llevar ante la Corte Penal Internacional a los responsables de la entrada de las tropas francesas en territorio español, solicitándose Dictamen acerca de las posibilidades de que tal pretensión prospere.

La Corte Penal Internacional se establece en virtud del Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de una corte penal internacional. El Preámbulo del citado Estatuto refiere los motivos que aconsejan a la Comunidad Internacional la creación de un órgano de tal naturaleza, que responda a las motivaciones que en el mismo se consignan. Así, el párrafo cuarto del Preámbulo viene a establecer que:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

A tal fin, continúa en los dos párrafos siguientes declarando que:

“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Y, subrayando la Exposición de Motivos lo más relevante acerca del supuesto sometido a Dictamen, al establecer en los párrafos sexto a octavo que:

“Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado en los asuntos internos de otro Estado”.

Resaltando que, por todo ello, se deciden a:

“[...] establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga

competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

Y puntualizando, finalmente, que:

“la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

Como consecuencia, el artículo 1 del Estatuto de Roma viene a definir “La Corte”, tal como a ella se refiere el propio texto, señalando que:

“La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

Interesa, a los efectos de nuestro análisis, delimitar la legitimación, activa y pasiva, para actuar válidamente ante “La Corte”, así como perfilar la competencia de la misma, por razón de las personas, el tiempo y la materia.

En efecto, se solicita Dictamen acerca de la posibilidad de que prospere la pretensión de la Asociación de Madres de Víctimas del Parque Turó y del Estado francés de llevar ante la Corte Penal Internacional a los implicados en los sucesos del “otoño catalán”. Igualmente respecto de la posibilidad de que el Estado español acuda a la Corte para proceder contra los responsables de las tropas francesas que se internaron en territorio nacional.

La primera cuestión que abordamos, siguiendo el orden del articulado del Estatuto de Roma, es la relativa a los crímenes competencia de la Corte. A ello responde el artículo 5 disponiendo que:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

*2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.*⁴³

El Estatuto continúa en los artículos siguientes definiendo los crímenes que enumera en el artículo transcrito, pero dejó sin definir el tipo penal del crimen de agresión. La delimitación del contenido

⁴³ Este párrafo fue suprimido en virtud de la Resolución 6, Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010.

de este delito requirió la aprobación posterior de la Resolución 6 que enmienda el Estatuto, de acuerdo con los artículos 121 y 123 del mismo, relativos, respectivamente, a “Enmiendas” y “Revisión del Estatuto”. La Conferencia de Revisión, celebrada en junio de 2010, en cumplimiento de la previsión del artículo 5.2, dispone en su Exposición de Motivos que:

“Resuelta a activar la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a la mayor brevedad posible:

Decide aprobar, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante el “Estatuto”), las enmiendas del Estatuto que figuran en el anexo I de la presente resolución, que estarán sujetas a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 121 del Estatuto; y señala que cualquier Estado Parte podrá depositar una declaración como establece el artículo 15 bis antes de la ratificación o aceptación.

Decide asimismo revisar las enmiendas relativas al crimen de agresión siete años después del inicio del ejercicio de la competencia de la Corte”.

Así, en el Anexo I de la citada Resolución se ordena insertar a continuación del artículo 8, el artículo 8 bis, que, definiendo el crimen de agresión, queda redactado como sigue:

“A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Y continúa en el apartado 2:

“A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

En el artículo 9 del Estatuto se establecen los elementos del crimen que, según el propio precepto, ayudan a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del Estatuto, y requieren para su aprobación una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados parte.⁴⁴ En el apartado 2 de este precepto, se señala que pueden proponer enmiendas a los elementos del crimen: a) cualquier Estado parte; b) los magistrados, por mayoría absoluta; y c) el Fiscal. Las enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la asamblea de los estados parte. Los elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

En cuanto a la legitimación activa para la remisión de casos ante la Corte Penal Internacional, es importante señalar que sólo tres entidades gozarán de legitimación activa, para someter un caso a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Es lo que se llama en doctrina la “noticia *criminis*”, que sirve para activar el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

De acuerdo con el artículo 13 del Estatuto de Roma, para el ejercicio de la competencia la Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

Se aprecia, por tanto, la falta de legitimidad activa de la llamada “Asociación Madres de víctimas de Parque Turó” para llevar ante la Corte Penal Internacional a los implicados en los sucesos acaecidos el día 1 de octubre. En tales incidentes, en principio, y como sostuvimos en el apartado correspondiente del Dictamen, ni siquiera queda probado de modo manifiesto que las fuerzas actuantes hayan cometido delito alguno.

Recordamos que no aparece, según los hechos descritos en el relato y considerando el escenario de orden público que con carácter general se describe, prueba que pueda quebrar el principio de presunción de inocencia de los soldados integrantes de la 12ª Compañía,

⁴⁴ Redacción consecuencia de la Conferencia de Revisión de junio de 2010.

que al mando del Capitán Rama, intentan infructuosamente disolver pacíficamente en tres ocasiones la concentración que se produce en el Parque.

En las manifestaciones de esos días el clima de violencia es generalizado, con ataques de naturaleza terrorista, con grupos radicales armados enfrentados a miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen legítimamente en el restablecimiento de la normalidad, cumpliendo las órdenes recibidas de sus jefes, que en vigencia de Estado de Sitio, han sido encargados por el Gobierno del Estado para reconducir la situación.

La misma falta de legitimación apreciamos en el caso del Estado francés. Por razón de la materia, hemos visto, a tenor del transcrito artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los crímenes competencia de la Corte, y no nos parece que los hechos vertidos en el relato puedan encajar en los tipos penales de referencia.

Por el contrario, la actuación de la República francesa, como Estado, y la de sus diferentes Autoridades competentes, supone una injerencia injustificada en asuntos internos de un Estado socio de la Unión Europea, que trata de reconducir una situación gravísima de orden interno, cual es la intención de subvertir el orden constitucional y la secesión de una parte del territorio del Estado, por parte de grupos rebeldes y terroristas. Las Autoridades españolas tratan, en ejercicio de sus funciones, de defender el orden constitucional y la integridad territorial del Estado, misiones cualificadas según nuestra Carta Magna, que las recoge en el propio Título Preliminar de la misma.

Las Autoridades, que actúan de modo tan carente de rigor y objetividad, son el propio Jefe del Estado francés, el Presidente de la República Sr. Belgique, su Ministro de Asuntos Exteriores, su embajador en el Reino de España, Sr. Devries, y el General Lussen, mando militar al frente de las tropas galas que invaden territorio nacional.

En la Revisión del Estatuto, de 11 de junio de 2010, que se produce en virtud de la Resolución 6 de la que estamos tratando, se ordena insertar, a continuación del artículo 15, el siguiente texto:

“Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, proprio motu),

1.- La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.⁴⁵

⁴⁵ El artículo 13 al que se refiere el texto que dice que “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

2.- *La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes*”.

En cuanto a la competencia “*ratione temporis*”, la Corte Penal Internacional tendrá competencia respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del estatuto (artículo 11) y estos no prescribirán (artículo 29). El Estatuto establece una competencia irretroactiva en su artículo 24.1, señalando que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

Cuando un Estado se constituya en parte del Estatuto después de la entrada en vigor del mismo, la Corte podrá ejercer su competencia sobre sus nacionales y territorio por crímenes cometidos únicamente desde la entrada en vigor para tal Estado, a menos que consienta que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su jurisdicción sobre un crimen determinado desde la entrada en vigor del Estatuto, o sea desde el 1º de julio de 2002 (artículos 11.2 y 12.3). En éste único caso, la Corte podrá ejercer su jurisdicción de manera retroactiva, con el consentimiento del Estado en cuestión.

Asimismo, el Estatuto permite que un Estado cuando se constituya en parte del mismo, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor respecto a él, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cuando se denuncia la comisión de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio (artículo 124).

Por tanto, el Estatuto recoge de conformidad con los principios generales del derecho penal, el principio de irretroactividad (artículos 22 y 24) y el principio de imprescriptibilidad (artículo 29).

En cuanto a la competencia “*ratione personae*”, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción sobre: personas físicas (artículo 1) mayores de 18 años (artículo 26) por conductas posteriores a la entrada en vigor del estatuto (artículo 24), sin distinción alguna basada en el cargo oficial (artículo 27). Estas conductas serán reprochables tanto para quien las cometa por sí solo, con otro o por conducto de otro, las ordene, proponga o las induzca, tanto si se han consumado como si hubiesen quedado en grado de tentativa, o con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, siendo cómplice, encubridor o colaborador suministrando información.

Por tanto, las personas que se encuentran excluidas de la competencia de la Corte serán: los menores de 18 años y aquellos que padezcan de una enfermedad o deficiencia mental, que priven de su capacidad para apreciar la ilicitud de la conducta o de la capacidad para controlar esa conducta, como estado de intoxicación que le prive de la misma capacidad que el anterior, salvo que se hubiera intoxicado voluntariamente. Incluyendo también la defensa propia razonable, la defensa de un bien esencial para la supervivencia, dimanante de amenazas inminentes de muerte o lesiones graves (artículo 31).

Asimismo, el error de hecho o de derecho que hagan desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen, eximirá de responsabilidad (artículo 32).

Desde nuestro punto de vista, el Estado francés y las autoridades del mismo que intervienen en los incidentes que se originan por la entrada en territorio nacional español de su ejército, sin consentimiento de España ni justificación objetiva alguna, comenten

delito de agresión. Y éste sí es uno de los supuestos que contempla la Corte Penal Internacional como incluidos en su ámbito competencial. Así pues, el Estado español puede acudir ante la Corte Penal Internacional para denunciar todas las actuaciones del Estado francés que vulneran los principios esenciales de actuación en las relaciones de la Comunidad Internacional.

CONCLUSIONES

A lo largo de este Dictamen hemos ido respondiendo de forma sistemática a las cuestiones que se nos planteaban en el caso propuesto, de brillante elaboración, aunque no exento de complejidad, no sólo por la relevancia de las figuras jurídicas a las que se refiere, sino también por la pluralidad de sujetos y los cargos de los mismos.

El relato de los hechos no deja de ser paradójico en un doble sentido. En primer lugar, se trata de una situación jurídico-política que no sucedió nunca, salvo la amnistía, por lo que no siempre existe jurisprudencia al respecto, aunque sí amplio debate doctrinal jurídico y politológico. En segundo lugar, por la actualidad y vigencia del supuesto de hecho, ya que salvando las amplias diferencias, lo cierto es que el Estado español se encuentra en estos momentos inmerso en una situación en la que el Presidente de la Generalitat está dando pasos, aparentemente inequívocos, de iniciar el camino hacia la declaración de la independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña. No son comparables la situación descrita en el caso y la situación real que vivimos. En la situación actual no hay violencia, pero no es menos cierto que una parte relevante de los preceptos a los que en este Dictamen nos hemos referido, si pueden ser usados para calificar hipotéticas infracciones penales que pudiera cometer el Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Permítase al firmante del Dictamen, la licencia de establecer una analogía entre los hechos que se nos detallan y la situación jurídico-política actual. ¿Qué ocurriría y qué previsiones legislativas existen en el caso de que un Presidente de una Comunidad Autónoma declarase unilateralmente la independencia de un territorio del Estado? Simplemente ese Presidente estaría cometiendo una infracción o una pluralidad de infracciones penales, entre otras muchas posibles: prevaricación, desobediencia, delitos contra la Constitución, etc. En consecuencia el sujeto, siguiendo los oportunos trámites procesales, sería presuntamente condenado con las consiguientes inhabilitaciones para el ejercicio del cargo público. Nadie está por encima de la Ley. De ello derivamos, y sólo lo podemos enunciar, que constitucionalmente no es posible el ejercicio del derecho de secesión de un territorio del Estado, ni siquiera, creemos nosotros, mediante mecanismos de reforma constitucional. Consideramos que sólo mediante la redacción de una nueva Constitución, es decir, a través de un nuevo proceso constituyente, es posible llegar a ejercer el derecho de secesión, que, obviamente, debe estar recogido en el nuevo texto constitucional. Sostenemos estos argumentos, porque si introdujéramos mediante reforma constitucional el derecho de secesión, en realidad estaríamos sometiendo a la Carta Magna a un proceso ilegítimo de “mutación constitucional” y un “fraude constitucional”.⁴⁶

⁴⁶ Al respecto la doctrina francesa distingue entre “falseamiento de la Constitución”, consistente en otorgar a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen, los que supone una modificación no formal de la Constitución; y “fraude constitucional”, consistente en la utilización del procedimiento de reforma para crear un nuevo régimen político con un ordenamiento constitucional diferenciado.

Aunque al final de cada uno de los Fundamentos en los que estructuramos este Dictamen fuimos haciendo las conclusiones específicas para cada caso concreto, procedemos ahora a una breve recapitulación final de la calificación penal de los hechos y de las posibles consecuencias políticas que de ella se derivan.

El Presidente del Gobierno no tiene responsabilidades penales, pero sí debería tener responsabilidades políticas por omisión. Si las tuviera, el órgano competente para su juicio sería la Sala 2ª del Tribunal Supremo, previa aceptación del preceptivo suplicatorio por parte del Congreso de los Diputados, dada su condición de diputado y el fuero especial al que está sujeto.

El Ministro del Interior es el principal responsable de la creación de la ilegal operación “Oído de Murciélagos”, de la que son coautores la Secretaria de Estado de Seguridad y el Director del Centro de Inteligencia. El Director General de la Policía no puede ser responsable de las escuchas porque no participa en estos hechos, en todo caso podría ser acusado de violaciones de derechos fundamentales relacionadas con las detenciones.

Las detenciones llevadas a cabo son ilegales, por derivar de pruebas obtenidas ilícitamente.

Las pruebas obtenidas carecen de virtualidad probatoria y son nulas de pleno derecho, ya que su obtención se produce por medios ilegales y sin autorización judicial.

Las responsabilidades penales en las que han incurrido los miembros de “Terra, Poble y Llibertat” son las relacionadas con los tipos penales recogidos bajo el epígrafe delitos contra la Constitución, específicamente terrorismo.

Los parlamentarios integrantes del grupo político Partit Radical Independentista son coautores de los delitos de terrorismo, puesto que son ellos los que señalan las fechas en las que se han de producir los ataques. Este partido político podría ser ilegalizado, mientras el grupo TPL no podría ser en ningún caso un partido político legal.

En referencia a la validez constitucional del procedimiento previsto en el artículo 155 de la Constitución española tal y como se ha llevado a cabo, hemos señalado nuestras reticencias a la interpretación dada y hemos expuesto que el espíritu del artículo no es suspender el régimen autonómico, sino obligar al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Salvo matizaciones de interpretación hemos validado el procedimiento seguido para la declaración del Estado de Excepción y hemos detectado múltiples irregularidades e ilegalidades en el procedimiento de declaración del Estado de Sitio, hasta el punto de poder considerar que en realidad el Estado de Sitio nunca fue formalmente declarado, ya que el órgano que lo declaró no tenía atribuida esa competencia.

El ex capitán Rama, que finalmente es elegido Diputado, lo es sin reproche jurídico, pero posiblemente no sean el mismo caso sus actuaciones en el Parque Turó. Como argumentamos en su momento, carecemos de datos suficientes para una calificación jurídica rigurosa.

El Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña comete, presuntamente, entre otros delitos, desobediencia, prevaricación, delitos contra la Constitución, entre otros la rebeldía.

Los parlamentarios catalanes, al margen de los delitos de terrorismo señalados, presuntamente, cometen otros delitos contra la Constitución, entre ellos la rebeldía.

Los Mossos de Escuadra cometen, presuntamente, un delito de detención ilegal del delegado del Gobierno en Cataluña, del que así mismo es responsable el Sr. Pero, que da la orden directa.

Los soldados Sr. Cata y Sr. Pedreira, que han realizado materialmente los disparos bajo órdenes del Sr. Rama, consideramos que no son responsables, y si lo fuesen, tras tres intentos pacíficos de disolver la concentración, lo sería por delito imprudente.

El Embajador Devries tiene inmunidad diplomática y no puede ser detenido. No obstante, incumple los Tratados de la Unión Europea y la normativa internacional convencional y consuetudinaria que preside las relaciones diplomáticas entre los estados. Creemos que dada la gravedad de sus actuaciones la República Francesa podría exigir responsabilidades a su Embajador.

Respecto a la constitucionalidad de la Ley de Amnistía, a falta de un consenso entre la doctrina, queremos posicionarnos del lado de los que sostienen que no se adecúa a las normas constitucionales y que es contraria a los principios generales del Derecho. Dicho esto, es preciso señalar que la amnistía es una potestad del poder legislativo y perfectamente encajable en el ordenamiento constitucional, lo cual no obsta para que adolezca de legitimidad y que el Tribunal Constitucional pueda ponderar su validez.

La “Asociación Madres de Víctimas del Parque Turó” carece de legitimación activa para acudir a la Corte penal Internacional. Sólo los Estados parte, el Consejo de Seguridad y la Fiscalía de oficio, o a virtud de denuncia, tienen esta legitimación activa.

El Estado español tiene legitimación activa para acudir a la Corte Penal Internacional en defensa de sus posiciones y sus intereses frente a la República Francesa

Tal es nuestro parecer, que lo sometemos gustosos a otro Derecho mejor fundado.

E. KOSTKA FERNÁNDEZ FDEZ.
4º CURSO DE GRADO EN DERECHO

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

Alonso Pérez, Francisco, "Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas", Dynkinson, Madrid, 2001.

Álvarez García, Francisco Javier, "Doctrina Penal de los Tribunales Españoles", Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Arroyo Zapatero, Luís; Berdugo Gómez de la Torre, I.; Ferré Olivé, J.C.; García Rivas, N; Serrano Piedecabras, J.R. y Terradillos Basoco, J.M. (dir.) et al., "Comentarios al Código Penal", Iustel, Madrid, 2007.

Asencio Mellado, José M^a, "Prueba prohibida y prueba preconstituida", Trivium, Madrid, 1989.

Bajo Fernández, M. (dir.) *et al*, "Compendio de Derecho Penal. Parte Especial", vol. II, Ed. C.E.R.A., Madrid, 2003.

Bernal Cuéllar, Jaime, "Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal", Revista Universitaria de Derecho Penal, UNED, nº 4, 1990.

Cobo del Rosal, Manuel, "Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II", Marcial Pons, Madrid, 1997.

Díez-Picazo, L. M^a, "La criminalidad de los gobernantes", Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996.

Fernández Carnicero, J., (Coord.), "Comentarios a la Ley del Gobierno", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

García Mahamut, Rosario, "La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno", Tecnos, Madrid, 2000.

Lamarca Pérez, C., (Coord.), "Delitos y Faltas. La parte especial del Derecho penal", Colex, Madrid, 2012.

Muñoz Conde, Francisco, "Derecho Penal. Parte especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Queralt Jiménez, J., "Derecho Penal Español, Parte especial", Atelier, Barcelona, 2011.

Serrano Gómez. A., "Curso de Derecho penal. Parte Especial", Dykinson, Madrid, 2012.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Díez de Velasco, M., “Instituciones de Derecho Internacional Público vol. I; Organizaciones Internacionales vol. II, Tecnos Madrid, 2011

Juste Ruiz, J. y Castillo Daudi, M., “Lecciones de Derecho Internacional público”, Tirant lo Blach, Valencia 2005.

Mariño Menéndez, F. “Derecho Internacional Público. Parte General”, Trotta, Madrid, 2011.

Pastor Ridruejo, J.A., “Curso de Derecho Internacional Público”, Tecnos, Madrid, 2008.

Remiro Brotóns, A.; Riquelme Cortado, R. M.; Díez Hochleitner, J.; Orihuela Calatayud, E. y Pérez -Prat Durbán, L. “Derecho Internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

Sáenz de Santa María, P. A., González Campos, J.D. y Sánchez Rodríguez, L.I., “Curso de Derecho Internacional Público”, Thomson/Civitas, Madrid, 2008.

Sáenz de Santa María, P. Andrés, “Curso de Derecho Internacional Público. Sistema de Derecho Internacional Público”, Thomson/Civitas, Madrid, 2011.

Sánchez Ramos, B., “La Unión Europea y la relaciones Diplomáticas” Tirant Lo Blanch e Instituto Universitario de Estudios Europeos-UDC, Valencia, 2004.

Sobrido Prieto, M., “Las Comunidades Autónomas ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, Tirant Lo Blanch e Instituto Universitario de Estudios Europeos-UDC, Valencia, 2003.

Sobrino Heredia, J.M., “Recopilación de Textos Internacionales y de la Unión Europea”, Netbiblo, A Coruña, 2012.

DERECHO CONSTITUCIONAL

López Guerra. L.; Espín Eduardo; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P., y Satrústegui, Miguel, “Derecho Constitucional, Vol. I”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Martínez Sospedra, M., “Manual de Derecho Constitucional. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

Molas, Isidre, “Derecho Constitucional”, Tecnos, Madrid, 2008.

Rubio Llorente, F. “Constitución”, en M. Aragón Reyes, Temas básicos de Derecho Constitucional. Civitas, 2001

Santaolalla, Fernando, “Derecho Constitucional”, Dykinson, Madrid, 2004.

DERECHO ROMANO

Fernández Barreiro, A. y Paricio Serrano, J. "Fundamentos de Derecho Privado romano", El Faro ediciones, 5ª ed., Madrid 2002.

Fernández Barreiro, A; García Camiñas, J. y Rodríguez Montero, R., "Prácticas de Derecho romano", Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 2005.

DERECHO PROCESAL PENAL

Pérez-Cruz Martín, A. J., "Derecho procesal penal", Civitas, Madrid, 2010

Asencio Mellado, J. Mª "Derecho procesal penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

De la Oliva Santos; Aragonese Martínez; Hinojosa Segovia; Muerza Esparza y Tomé García, "Derecho procesal penal", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012.

Gimeno Sendra, V., "Derecho Procesal Penal", Colex, Madrid, 2010.

Ramos Méndes, "El proceso penal. Sexta lectura constitucional", José Mª Bosch, Barcelona, 2001.