

*“Cambios políticos
y sus
repercusiones jurídicas”*

Autora: **Marta Santaolalla Lorenzo**

Tutor: Prof. Dr. Jorge Antonio Quindimil López

4º Grado, Universidad de A Coruña

Trabajo Fin de Grado – Derecho Público

ÍNDICE

- Título.....	3
- Objeto.....	4
- Antecedentes de hecho.....	4
- Consideraciones Jurídicas.....	8
1.- Responsabilidades penales y órganos procesalmente competentes.....	8
1.1.- Sr. Castelo, Presidente del Gobierno.....	8
1.2.- ODM.....	11
1.2.1.- Creación y gestión.....	11
1.2.2.- Posibilidad de aceptar como prueba las escuchas.....	14
1.2.3.- Carácter de Secreto de Estado de la escuchas.....	16
1.3.- Detenciones ilegales.....	19
1.3.1.- Sres. Arán, Baucells, Martí, Cugat y Gibert.....	19
1.3.2.- Delegado del Gobierno.....	27
1.4.- Miembros del TPL.....	29
1.4.1.- Organización terrorista.....	29
1.4.2.- Sres. Baucells, Martí y Cugat.....	30
1.4.3.-Sra. Arán.....	32
1.4.4.- Órgano procesalmente competente.....	34
1.5.- Miembros del Parlamento catalán y Presidente de Cataluña.....	35
1.6.- PRI, Partit Radical Independentiste.....	37
1.6.1.- Miembros de PRI en relación con TPL.....	37
1.6.2.- Sanciones aplicables a PRI en cuanto partido político.....	38
1.7.- Sr. Devries, Embajador francés.....	41
1.8.-Ex-capitán Rama y los soldados Pi y Margall.....	43
2.- Validez Constitucional.....	47
2.1.- Procedimiento del art. 155 CE.....	47
2.2.- Declaración de los Estados de Excepción y Sitio.....	49
2.3.- Ley de Amnistía.....	53
2.4.- Concesión del acta de diputado al ex-capitán Rama.....	59
3.- Pretensiones Internacionales.....	62
3.1.- Posibilidad de que Francia entregue al Sr. Pero.....	62
3.2.- Pretensiones de llevar a España o Francia ante la CPI.....	66
- Conclusiones.....	70
- Normativa aplicable.....	76
- Bibliografía.....	78

**DICTAMEN JURÍDICO EMITIDO A SOLICITUD DE
LAS CORTES GENERALES RELATIVO A LAS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LOS
HECHOS ACAECIDOS EN ESPAÑA RELATIVOS AL
OTOÑO CATALÁN**

Se emite por la Letrada Marta Santaolalla Lorenzo que suscribe el siguiente Dictamen jurídico, requerido por las Cortes Generales, en base al siguiente

OBJETO

El objeto del presente Dictamen se concreta en un análisis jurídico de todas las cuestiones y consecuencias penales, procesales, internacionales y constitucionales que derivan de los hechos acaecidos en España desde el día 1 de agosto de 2012 hasta el 20 de marzo de 2013, correspondiendo esas fechas al período denominado “Otoño Catalán”.

De la revisión de la documentación que me ha sido facilitada, se concretan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha 1 de septiembre de 2012, alarmado ante los indicios de una inminente declaración de independencia de la CCAA de Cataluña, el Presidente del Gobierno, Sr. Castelo, se reunió con el Ministro del Interior, Sr. Villar, y le otorgó plenos poderes para controlar la situación.
- II. Con fecha 2 de septiembre de 2012, el Sr. Villar, reunido con la Secretaria de Estado de Seguridad, Sra. Vasallo, y el Director del CNI, Sr. Rico, acordó establecer un sistema de escuchas telefónicas a diversas personas de las que se sospecha que estuvieron detrás de los sucesos violentos ocurridos en Cataluña en agosto de 2012. Este sistema, denominado “Oído de murciélago” (ODM), no contó en ningún momento con autorización judicial.
- III. Durante los siguientes veinte días, agentes del CNI intervinieron una larga serie de conversaciones habidas entre políticos, sindicalistas y diversos actores sociales catalanes, estableciéndose un nexo entre los ataques de agosto y un grupo denominado “Terra poble i llibertat” (TPL). Dicho grupo estaba liderado por la Sra. Arán y contaba entre sus filas con los Sres. Baucells, Martí y Cugat, siendo éstos los que habían organizado los ataques de agosto (y, más en concreto, el incendio de dos sedes ministeriales en Barcelona y Lleida y una serie de pintadas amenazantes en los domicilios de tres concejales del partido gobernante en España -Partido Liberal-Democrático, PLD). Por su parte, la Sra. Arán, además de dirigir dichas acciones, estaba en contacto permanente con los Sres. Gibert y Queralt, parlamentarios del Partit Radical Independentista (PRI), segunda fuerza política en el Parlamento de Cataluña, de

suerte que el ODM pudo establecer con claridad que los ataques se realizaban en las fechas que los mencionados Sres. Gibert y Queralt determinaban, de acuerdo con criterios de conveniencia política, si bien era la Sra. Arán la que decidía qué tipo de objetivos serían atacados.

- IV. Con fecha 25 de septiembre de 2012, el ODM interceptó una llamada telefónica en la que el Sr. Gibert le sugirió a la Sra. Arán realizar un ataque en la sede del propio PRI para así retroalimentar las protestas independentistas. La Sra. Arán accedió. Asimismo, el Sr. Gibert informó a la Sra. Arán de que Francia aceptaría reconocer el Estado catalán.

Informados los Sres. Rico, Vasallo y Villar de este hecho, establecieron la conveniencia de proceder a la detención de los miembros del TPL. Los Sres. Arán, Baucells, Martí, Cugat y Gibert fueron detenidos en la tarde de la referida fecha por agente de la Policía Nacional. En cambio, el Sr. Queralt, sabiendo de las antedichas detenciones, resuelve suicidarse ante los medios de comunicación; hecho que originó una extraordinaria convulsión en Cataluña.

- V. Con fecha 26 de septiembre de 2012, el Gobierno de España reunido a las 3:00 AM, acordó solicitar al Congreso de los Diputados la autorización para decretar el Estado de excepción. Asimismo, la Sra. Vasallo llamó al Sr. Rico y le instó a extender el ODM a todos los miembros del Parlamento de Cataluña, mientras que el Sr. Villar ordenaba telefónicamente al Sr. Zapata, Director General de la Policía, que mantuviera bajo su ámbito de actuación a los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat y que solamente pusiese a disposición judicial al Sr. Gibert; accediendo el Sr. Zapata.

Personado ante el juez competente, el abogado del Sr. Gibert solicitó su inmediata puesta en libertad, mientras que el Ministerio Fiscal alegó que existía pruebas de las actividades ilícitas del Sr. Gibert, pero que no podían ser ofrecidas al estar clasificadas como secretas por el Gobierno de la Nación. El juez acordó conceder la libertad provisional al Sr. Gibert, decisión que fue recurrida por el Ministerio Fiscal.

- VI. Con fecha 27 de septiembre de 2012, una vez obtenida la autorización del Congreso, el Gobierno decretó el Estado de excepción en Cataluña, con la consecuente suspensión de todos los derechos mencionados en el correspondiente artículo de la Constitución Española durante el plazo de treinta días. Asimismo se decretaron las siguientes medidas: aumento del plazo de la detención preventiva hasta un máximo de quince días; prohibición de entrada o salida del Estado español por la frontera francesa, con suspensión del Espacio Schengen; suspensión de las actividades del Parlamento de Cataluña; sujeción de

la Policía autonómica catalana a la Dirección General de Policía y prohibición de reuniones, manifestaciones y huelgas durante el plazo de excepción.

VII. Con fechas 28, 29 y 30 de septiembre de 2012, agentes de la Policía Nacional llevaron a cabo la detención de diecisiete parlamentarios del PRI, sospechosos, de acuerdo con el ODM, de estar organizando una macro manifestación para el día 1 de octubre. Dichos parlamentarios no fueron informados en ningún momento de las imputaciones que pesaban sobre ellos ni puestos a disposición judicial.

VIII. Con fecha 1 de octubre de 2012, a pesar de la prohibición, el Parlamento de Cataluña celebró una sesión extraordinaria en la que declaró la independencia del territorio catalán. Acto seguido, el Presidente de la CCAA catalana, Sr. Pero, llamó a los ciudadanos a salir a la calle “en defensa de Cataluña.”

Durante las siguientes horas los Mossos de Esquadra, Pi y Margall, procedieron, bajo orden directa del Sr. Pero, a la detención del Delegado del Gobierno en Cataluña mientras el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia daba una rueda de prensa en la que afirmaba que el Gobierno francés estaba dispuesto a reconocer al Estado catalán y que concederían “asilo político” a todos aquellos ciudadanos catalanes que quisieran refugiarse en el Estado francés.

- A las 9:00 a.m. del referido día, el Pleno del Senado se reunió de urgencia para someter a votación la iniciativa del Gobierno de la Nación para poner en marcha los mecanismos constitucionales previstos en el art. 155 CE para la reposición del interés general de España. En la iniciativa aprobada se contempló: la declaración del Estado de sitio; el sometimiento de todos los funcionarios y autoridades dependientes de la Generalidad de Cataluña a las órdenes e instrucciones de la autoridad militar competente y la disolución de todas las entidades locales de Cataluña que contaran con cuerpo de policía local propio.

- A las 13:00 p.m., el Gobierno de España emitió un Decreto proclamando el Estado de sitio por el plazo de una semana, y nombrando al General Bruquetas como autoridad militar competente para ejecutar las medidas de orden público oportunas; bajo su mando, dos divisiones de infantería y una de caballería se despliegan por toda Cataluña.

- A las 15:30 p.m., la compañía de infantería número 12, bajo el mando del capitán Rama, tras tres intentos infructuosos de disolver pacíficamente una concentración ciudadana en el parque Turó de Barcelona, ordena abrir fuego, siendo los soldados Cata y Pedreira quienes realizaron materialmente los disparos (bajo las órdenes del Sr. Rama), provocando la muerte de 16 personas.

- A las 20:00 p.m. la situación era la siguiente: todas las concentraciones ciudadanas habían sido disueltas; el capitán Rama había sido arrestado; el Delegado del Gobierno en Cataluña había sido puesto en libertad; el Sr. Pero y

otros cargos políticos, así como miles de ciudadanos, habían cruzado la frontera francesa y el Gobierno francés había afirmado que se les concedería asilo político; las Fuerzas militares francesas, por orden del Presidente de la República Francesa, Sr. Belgique, y al mando el General Lussen, se habían internado 50 Kilómetros en territorio español para garantizar un “corredor humanitario”; se había producido un enfrentamiento entre las tropas francesas y españolas con intercambio de disparos, pero sin que hubiese víctimas; agentes de la Policía Nacional procedieron a la detención del Embajador francés en España, Sr. Devries ya que el ODM determinó que había sido él quien había organizado la huida del Sr. Pero a Francia y había informado favorablemente al despliegue de tropas francesas en territorio español.

- IX. Con fecha 12 de octubre de 2012, el Gobierno decretó el cese de los Estados de sitio y de excepción, el cierre del sistema ODM y la puesta a disposición judicial de todos aquellos detenidos que aún permanecían bajo el control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- X. Con fecha 13 de octubre de 2012, el Parlamento Español aprobó por vía de urgencia una Ley de Amnistía, cuyo art. 1 establecía que quedaban amnistiados todos los hechos tipificados como delito o falta realizados entre el 1 de septiembre y el 12 de octubre de 2012 (ambos inclusive), siempre que hubiesen tenido como finalidad directa la defensa de la integridad territorial del Estado español.
- XI. Con fecha 27 de enero de 2013, se celebraron elecciones generales en España. Una vez constituidas las Cortes y celebrada la sesión de investidura, el nuevo Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados la iniciativa de constitución de una Comisión de Investigación sobre el Otoño Catalán (CIOC), con el fin de que se investigasen todos los hechos acaecidos en los meses precedentes.
- XII. Con fecha 20 de marzo de 2013, se constituye la CIOC, formando parte de ella, en calidad de diputado miembro del Grupo Parlamentario mixto, el ex-capitán Rama, en situación de segunda actividad en ese momento.

A la vista de todo lo anterior se somete a criterio de la Letrada que suscribe el análisis de las consecuencias jurídicas que se deriven de los anteriores acontecimientos relatados. Por todo ello se precede a informar con arreglo a las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- Responsabilidades penales y órganos procesales

1.1.- Sr. Castelo, Presidente del Gobierno

En primer lugar es necesario hacer referencia al primero de los hechos narrados en el caso: “el presidente del Gobierno de España, Sr. Castelo, le otorga plenos poderes al Ministro del Interior, Sr. Villar.” A este respecto, la Ley del Gobierno 50/1997 de 27 de noviembre, establece en su art. 20 relativo a la delegación de competencias, que el Presidente del Gobierno sí podrá delegar las competencias que le son propias en favor de los Ministros, pero establece en su apartado tercero que no podrá delegar aquellas competencias que le haya atribuido propiamente la Constitución.

Cuando en el enunciado de los hechos se hace referencia a la expresión “plenos poderes”, se entiende que el Presidente del Gobierno está delegando en el Ministro del Interior todas sus competencias, incluidas aquellas que propiamente le atribuye la Constitución. En el Título IV de la CE relativo al “Gobierno y de la Administración”, en el art. 98 en su apartado segundo se le atribuye exclusivamente al Presidente del Gobierno la dirección de la acción del Gobierno y coordinación de las funciones de los demás miembros del mismo.

El art. 101 CE establece que el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente. Lo declarado por dicho precepto constitucional también se recoge exactamente igual en el art. 21 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, sin incorporar elemento clarificador alguno sobre la causa de cese relativa a la “pérdida de la confianza parlamentaria”. La Constitución establece en sus artículos 112 y 113 la cuestión de confianza y moción de censura respectivamente, constituyendo dichas instituciones jurídicas los dos supuestos formalizados en la norma fundamental española de “pérdida de la confianza parlamentaria”.

Es necesario añadir que la interpretación correcta del art. 101.1 CE no sería aquella que concluye que la Constitución obliga al cese del Gobierno con cada decisión, constitucionalmente prevista, que implique una pérdida de la confianza parlamentaria, sino que, por el contrario, dicho artículo lo único que contiene es una remisión a esos otros supuestos constitucionales (recogidos en los arts. 112 y 113 CE) que prevén expresamente el cese del Gobierno. En definitiva, la desaparición de la relación de confianza parlamentaria que sustenta en todo caso al Gobierno español es un elemento común en todos los supuestos de cese previstos en el art. 101.1 CE. Sin embargo, la previsión constitucional acerca de “los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución” como causa de cese no permite incluir entre ellas otras distintas a las que comportan los precedimientos de responsabilidad política por parte del Congreso que, expresamente, vienen acompañados de una previsión constitucional que ordena la dimisión del Gobierno. Este es el caso, exclusivamente, de la derrota gubernamental en una cuestión de confianza y de la aprobación de una moción de censura.

En cuanto a la experiencia de aplicación del art. 101.1 CE en la historia de España desde 1978, hay que decir que el cese del Gobierno sólo ha tenido lugar tras la celebración

de las distintas elecciones generales que se han convocado desde 1979 y por la dimisión del Presidente Adolfo Suárez en 1981. Desde la aprobación de la Constitución en 1978 sólo en dos ocasiones se ha presentado una moción de censura a un presidente del Gobierno y en otras dos ha sido el propio Jefe del Ejecutivo el que ha planteado una cuestión de confianza.

Por lo que respecta al caso concreto, interesa aludir brevemente a las dos mociones de censuras presentadas. La primera de ellas se presentó, tras la aprobación de la Constitución en 1978, en mayo de 1980 y fue planteada por los socialistas contra Adolfo Suárez; la misma fue rechazada por los 166 votos del grupo parlamentario centrista. La segunda moción de censura fue presentada por el grupo popular contra el gobierno socialista de Felipe González el 23 de marzo de 1987 y de los 332 votos emitidos, 195 de ellos fueron en contra de la misma.

Por todo ello, no siendo posible la referida delegación de competencias, es necesario analizar los cauces por los cuales es posible exigir la responsabilidad del Presidente (del Sr. Castelo en el caso concreto) por dicha delegación. En este sentido, el control-exigencia de responsabilidad política pretende la caída del Gobierno una vez constatado que se ha quebrado la relación de confianza establecida en el acto de investidura del mismo. Cuando el órgano parlamentario, concretamente el Congreso, constata a través de un procedimiento formalizado que el Presidente investido no cuenta con la confianza del Congreso puede investir a otro Presidente (moción de censura) o se produce su dimisión (cuestión de confianza).

En primer lugar, la previsión expresa de cauces para exigir la responsabilidad política del Gobierno significa, en su envés, que a través de los mecanismos de control ordinario no puede provocarse ésta desde una perspectiva jurídica; a los sumo, se prepara la alternativa, que deberá ser ratificada por el cuerpo electoral en la siguiente convocatoria electoral. Además, en segundo lugar, los mecanismos de exigencia de responsabilidad están tasados y no resulta posible una interpretación extensiva de éstos.

Puesto que la cuestión de confianza sólo puede ser interpuesta por el Presidente y la exigencia de la responsabilidad política es una posible consecuencia ulterior, si no alcanza el apoyo siquiera de la mayoría simple del Congreso, la moción de censura se configura en nuestro ordenamiento como el único cauce que permite al Congreso, a partir de su propia iniciativa, exigir responsabilidad política al Gobierno, en la persona de su Presidente.

El art. 113.1 CE señala que “el Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción de la mayoría absoluta de la moción de censura.” Además, el art. 114.2 CE completa esta previsión al indicar que “si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquella se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el art. 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.”

Los dos rasgos fundamentales de la institución de la moción de censura constitucionalmente previstos son los siguientes:

- Se exige la mayoría absoluta para considerar aprobada la moción de censura, cuando el Presidente podía haber sido investido con mayoría simple y la confianza podía haber sido ratificada a través de la cuestión también por mayoría simple.

- Debe incluirse en la moción un candidato alternativo que resulta automáticamente investido como Presidente del Gobierno (nombramiento extraordinario). Se pretende evitar con ello que la exigencia de responsabilidad política genere inestabilidad. Es por ello por lo que se denomina moción de censura constructiva en cuanto el acuerdo parlamentario no debe producirse sólo para exigir la responsabilidad política al Presidente, sino que debe concitarse también en torno a la figura del Presidente que lo sustituirá.

En España, el procedimiento para interponer la moción de censura está regulado en el art. 113 CE y en el artículo 175 del Reglamento del Congreso. Por lo que respecta a los requisitos necesarios para la presentación de la moción, simplemente decir que se presenta mediante escrito dirigido a la Mesa del Congreso precisándose como mínimo una décima parte de las firmas de los miembros del Congreso (treinta y cinco diputados). Es necesario además incluir la motivación de dicha moción, es decir, las causas que han llevado a presentar la misma; debe incluirse un candidato alternativo a la Presidencia y la moción puede ser presentada en cualquier momento de la legislatura, incluso cuando el Congreso no esté reunido.

Después de la tramitación y debate parlamentarios de la moción, se procede a la votación de la misma. Así, en caso de que la moción fuese aprobada, esto supondría que el Gobierno estaría obligado a presentar su dimisión al Rey de manera inmediata y se produciría la investidura automática del candidato propuesto en la misma.

Resulta claro tras la exposición realizada que el objeto de la moción de censura es la exigencia de responsabilidad política en torno a la figura del Presidente del Gobierno, es decir, en el caso concreto mediante esta institución jurídica el Congreso de los Diputados podría exigirle responsabilidad política al Sr. Castelo (Presidente del Gobierno de España que realiza la referida delegación de competencias contraviniendo lo establecido en la Constitución y en la Ley del Gobierno 50/1997). Nuestra Constitución parte de la consideración del Gobierno como un órgano colegiado que responde solidariamente, pero configurado en torno a la figura del Presidente. Esta preeminencia en origen se manifiesta en la potestad del Presidente de fijar las líneas generales del programa político, nombrar a los Ministros, y dirigir y coordinar la acción de gobierno. Se comprende entonces que los mecanismos de reponsabilidad, en este caso, la moción de censura, giren exclusivamente sobre el Presidente.

Finalmente hacer alguna referencia a la inexistencia en el ordenamiento jurídico de mecanismos de exigencia de responsabilidad política individual a los Ministros por parte del Congreso. La investidura se produce en virtud del programa de gobierno presentado por el Presidente excluyéndose así de la confianza parlamentaria a los Ministros, que son nombrados y cesados exclusivamente por el Presidente. En la práctica parlamentaria se producen las denominadas mociones de reprobación, que son una manifestación de la voluntad de la Cámara en las que se expone la falta de confianza política de la Cámara respecto a un Ministro, exposición de desconfianza que no tiene consecuencias jurídicas pues únicamente el Presidente puede cesar a un Ministro.

1.2.- ODM, “Oído de Murciélago”

1.2.1.- Creación y gestión del ODM

En el supuesto de hecho se establece que: “el Ministro del Interior, facultado por la delegación de competencias que el Presidente del Gobierno hizo a su favor, se reúne con la Secretaria de Estado de Seguridad y con el Director del CNI y acuerdan establecer un sistema de escuchas telefónicas a diversas personas de las que se sospecha que están detrás de determinados incidentes violentos relacionados con una inminente declaración de independencia de Cataluña. Además se dice que este sistema denominado ‘Oído de murciélagos’ (ODM), no contó en ningún momento con autorización judicial.”

Antes de comenzar a analizar las posibles responsabilidades en las que hayan podido incurrir los señores Castelo, Villar, Rico, Vasallo y Zapata, es necesario realizar un previo análisis doctrinal sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Este derecho fundamental aparece consagrado en el art. 18.3 de la CE. Su encuadramiento, pues, ha de efectuarse en el conjunto de garantías que la Constitución ofrece a los llamados derechos “personalísimos” o “de la personalidad”. Ahora bien, procede añadir que la delimitación constitucional del derecho comprende la posibilidad de que su protección ceda ante la necesaria tutela de otros bienes constitucionales (fundamentalmente, la averiguación de hechos con apariencia de delito), mediante la correspondiente autorización judicial.

La autorización judicial no procederá de cualquier forma: habrá de efectuarse en el curso de una investigación sobre hechos revestidos de relevancia penal. De acuerdo con la Constitución (art. 118 CE) y con la jurisprudencia constitucional (STC 85/1994 y 86/1995), la autorización judicial habrá de ser también motivada, proporcional y adecuada a la gravedad de los hechos de cuya investigación se trate, y limitada en el tiempo. Quedan por tanto prohibidas las interceptaciones sine die.

Por lo que respecta a su titularidad subjetiva, ésta descansa sobre todas las personas, nacionales y extranjeras, incluso, cuando proceda, las personas jurídicas son titulares del mismo. En lo referido a su objeto, ha de entenderse que nos hallamos ante la garantía constitucional de los “secretos” derivados de la intimidad personal. El objeto del derecho es por tanto puramente formal, es decir, la comunicación es inviolable por terceros ajenos a la interlocución, cualquiera que sean las circunstancias de ésta. La comunicación protegida por la Constitución es, pues, toda aquella a la cual no se pueda acceder “normalmente”, sino por medio de artificios especialmente diseñados para su interceptación (con o sin difusión posterior).

Existe un régimen excepcional de suspensión del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones al que la Constitución dedica en su Título I el Capítulo V (art. 55 CE). El objetivo es el de ayudar a combatir el terrorismo o cualesquiera atentados de intensidad equivalente contra el orden constitucional. En relación con el supuesto de hecho, interesa el régimen actual recogido en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se establece que siempre será necesaria autorización judicial previa para llevar a cabo las escuchas telefónicas. En el apartado cuarto del citado artículo referido a los casos de terrorismo se establece que se podrán intervenir las comunicaciones si así lo dispone el Ministro del Interior o el Director de Seguridad del Estado siempre y cuando se comunique inmediatamente por escrito a la autoridad judicial, la cual habrá de resolver en un plazo

máximo de setenta y dos horas. Es decir, en el más grave de los supuestos la autorización judicial sería necesaria pasadas las setenta y dos horas de ordenarse las escuchas, y el supuesto de hecho establece que en ningún momento se contó con autorización judicial.

La LO 4/1981 de 1 de junio reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en desarrollo del art. 116 CE prevé para los Estados de excepción y sitio la posibilidad de suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18 CE. Sin embargo, el momento en el que es creado el sistema de escuchas ODM en el supuesto, no nos encontramos bajo ninguno de los dos supuestos en los que podría haber la legalidad de dicha medida.

En este sistema de escuchas denominado ODM interviene el Centro Nacional de Inteligencia. Este organismo se encuentra regulado por la Ley 11/2002 de 6 de mayo. Según el art. 1 de la citada Ley, el CNI es el organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones. En su art. 12 relativo al control judicial previo, la Ley remite a la Ley Orgánica 2/2002 de 6 de mayo reguladora del control judicial previo del CNI. Esta LO se compone de un artículo único y establece en el apartado primero de este artículo que el Secretario de Estado, Director del Centro Nacional de Inteligencia, deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo, autorización para la adopción de medidas que afecten al secreto de las comunicaciones.

En conclusión a toda la exposición anterior, no cabe ningún supuesto en el que se pueda acordar la intervención de las comunicaciones sin autorización judicial. Por lo tanto, el sistema ODM establecido por el Ministro del Interior, por la Secretaria de Estado de Seguridad y por el Director del CNI, es un sistema ilegal de interceptación de las comunicaciones.

En cuando a la protección de este derecho fundamental, el Código Penal tipifica la interceptación ilícita de las comunicaciones; ya sea por terceros particulares (art. 19 y 198 CP), sea por funcionarios públicos (arts. 535 y 536 CP), con o sin difusión, castigando incluso a los responsables de ésta que no hayan participado en la captación ilegítima, siempre que esta difusión sea operada a sabiendas de su origen ilícito.

El Ministro del Interior, la Secretaria de Estado de Seguridad y el Director del CNI, incurren en calidad de coautores (art. 28 CP) en un delito contra la inviolabilidad de las garantías de la intimidad tipificado en el art. 536 CP correspondiéndoles una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. El Director General de la Policía no tiene ningún tipo de responsabilidad penal por lo que se refiere a este hecho concreto. Los referidos sujetos (Srs. Vasallo, Villar y Rico) son coautores del delito del art. 536 CP porque existió por parte de los mismos un concierto o unidad de voluntades, siendo esto establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo 810/2011 en su FJ 5º: "...es patente que el relato probatorio describe una conducta, referida al recurrente, de coautor, en cuanto existió un concierto o unidad de voluntades que le hace solidariamente responsable y en el mismo grado con todos los demás partícipes..."

Es necesario especificar que se trata de un caso de concurso real, es decir, una pluralidad de delitos cometidos por las personas anteriormente citadas (el Ministro del

Interior, la Secretaria de Estado de Seguridad y el Director del CNI). No puede tener la misma pena el hecho de intervenir las comunicaciones de una sola persona, que el hecho de intervenir las comunicaciones de cinco sujetos diferentes. Se ha de suponer a falta de una mayor concreción en el supuesto de hecho, que las cinco personas que han sido detenidas (Arán, Baucells, Cugat, Martí y Gibert) son los sujetos a los cuales se les han intervenido las comunicaciones telefónicas. El bien jurídico que protege el art. 536 CP es la intimidad personal, es decir, bienes jurídicos personalísimos, por lo que el hecho de intervenir las comunicaciones de cinco sujetos distintos, afecta a cinco bienes jurídicos diferenciados, constituidos por la intimidad personal de cada uno de los sujetos.

El concurso real de delitos, es decir, cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos, se tipifica en los arts. 73 a 76 del CP por lo que según dichos preceptos, el Ministro del Interior, la Secretaria de Estado de Seguridad y el Director del CNI son coautores de cinco delitos de violación de las garantías de la intimidad del art. 536 CP. La pena a imponer será la resultante de sumar la pena de cada uno de los delitos que haya cometido cada uno de los sujetos, es decir, a cada uno de los imputados en caso de una sentencia condenatoria, se le impondría la pena resultante de sumar cinco veces una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Con respecto a una posible consideración de estar ante un caso de delito continuado, es necesario analizar brevemente esta hipótesis. Se habla de delito continuado cuando la pluralidad de infracciones cometidas por el mismo sujeto se sustrae a las reglas de concurso y es contemplada jurídicamente como una unidad, es decir, como un solo delito. En el art. 74.1 CP se regulan los requisitos necesarios para apreciar esta figura pero el art. 74.3 excluye expresamente del delito continuado las infracciones contra bienes eminentemente personales y en este caso nos encontramos con que la intimidad personal (el bien jurídico protegido por el art. 536 CP) cumple esta característica. La intimidad personal es un bien jurídico personalísimo por lo tanto no es posible apreciar las previsiones jurídicas del delito continuado.

Finalmente y ya para terminar por lo que respecta al delito del art. 536 CP, puede darse la posibilidad de que los supuestos autores del referido delito, aleguen en su defensa una de las causas que eximen la responsabilidad penal, y es la recogida en el art. 20.5º CP, el estado de necesidad justificante. Esta causa de justificación exige que el bien jurídico que se trata de proteger sea mayor que aquel que será sacrificado, es decir, se estaría hablando de bienes de desigual valor. En el caso concreto sucedería así, los tres sujetos a los que se les imputa el delito de escuchas ilegales argumentarían que el bien jurídico que trataban de proteger era el orden constitucional (la Constitución en sí misma) o el orden público, frente al bien jurídico sacrificado que sería la intimidad personal de cada una de las personas a las que se le hubiesen intervenido las comunicaciones telefónicas.

Además, para poder apreciar la concurrencia de esta circunstancia, es necesario que cumpla con los tres requisitos exigidos por el art. 20.5 del CP que son los siguientes: que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. Estos tres requisitos se dan en el caso concreto, pero sin embargo, es necesario que se cumpla un último presupuesto, y es que no existe otro remedio posible para proteger ese bien jurídico de mayor valor (seguridad del Estado,

orden público) que la vulneración de un bien jurídico de valor inferior y en este caso concreto no ha sido así. Los tres imputados deberían haber pedido la autorización judicial y consecuentemente no se habría lesionado la intimidad personal de esas personas. Con el mero hecho de haberle comunicado a la autoridad judicial la procedencia por parte del Gobierno y el CNI a la intervención de las comunicaciones telefónicas, ese bien jurídico aquí lesionado de la intimidad personal, habría quedado salvaguardado, y en el supuesto de hecho se procede por medio de una decisión unilateral del Gobierno actuando completamente al margen de la legalidad y en contra de lo establecido en la Constitución en el art. 97 cuando dice que “el Gobierno ejerce la función ejecutiva de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Una actuación del Gobierno con estas características, contraria a la Constitución, a las leyes y constitutiva de delito, no puede quedar amparada por una causa de justificación del art. 20.5° CP puesto que se podría haber procedido de otra manera.

Hay que destacar la posibilidad de que las personas que las personas que han visto vulnerado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) debido a las interceptaciones ilícitas de las comunicaciones llevadas a cabo por el Gobierno, podrán interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo el cual se regula en la Ley Orgánica 2/1979 de 2 de octubre del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante). El recurso de amparo se recoge en los arts. 41 a 58 de la citada Ley, siendo necesario haber agotado previamente todos los medios de impugnación disponibles para el caso concreto en la vía judicial (art. 44.1.a, LOTC).

1.2.2.- Posibilidad de aceptar como prueba las escuchas

Ya analizado en el apartado primero la legalidad del sistema ODM, a modo de síntesis, es necesario recordar lo siguiente: el Ministro de Interior, la Secretaria de Estado de Seguridad y el Director del Centro Nacional de Inteligencia ponen en marcha un sistema de escuchas telefónicas denominado ODM. En este sistema, tal y como hemos dicho, interviene el CNI el cual se encuentra regulado por la Ley 11/2002 de 6 de mayo. En el art. 12 de esta Ley se hace referencia a la LO 2/2002 de 6 de mayo reguladora del control judicial previo del CNI. Esta LO se compone de un único artículo en el que se establece que se deberá solicitar en cualquier caso al Magistrado del Tribunal Supremo autorización para la adopción de cualquier tipo de medidas que puedan afectar al secreto de las comunicaciones.

En la exposición de los hechos del caso se hace referencia a que este sistema ODM no contó en ningún momento con autorización judicial y ello a pesar de ser un requisito impuesto por la LO 2/2002. A continuación se ha de entrar a analizar si existe alguna posibilidad de aceptar como prueba las escuchas que hemos tipificado anteriormente de ilegales y constitutivas de un delito del art. 536 del CP contra la inviolabilidad de las garantías de la intimidad.

La cuestión de la ilicitud de la prueba atiende a cómo se ha obtenido la fuente (es decir, el contenido de las escuchas en nuestro caso concreto) que pretende aportarse al proceso. Si la prueba se ha obtenido de modo ilícito estaremos ante la aplicación del art. 11

de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

Los derechos a los que se refiere el art. 11 LOPJ sólo son los derechos y libertades fundamentales así reconocidos constitucionalmente. A las fuentes obtenidas ilícitamente pero que no afectan a estos derechos y libertades fundamentales no puede predicárseles este carácter de ineficaces desde el punto de vista probatorio, lo que no impedirá la correspondiente responsabilidad del autor de la actividad de obtención.

En la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que se presentó como fuente de prueba una cinta magnetofónica en la que se grababa de manera oculta una conversación entre dos personas que luego se utilizó como medio de prueba para establecer los hechos que fundamentaban una decisión de despido, se insistía en dos aspectos: por un lado en que la referencia a los derechos fundamentales hay que entender a los constitucionalizados en el art. 24.2 CE; y por otro lado que la situación preferente de los derechos fundamentales proclamada en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE) conlleva a que todo acto que comporte una violación de los mismos, debe considerarse nulo. Se trataba en suma, de acoger la teoría anglosajona denominada “fruto del árbol envenenado” (fruit of the poisonous tree doctrine), que durante décadas (desde 1920) presidió las decisiones de la jurisprudencia americana, asentada en el postulado fundamental de que es inadmisibles todo lo obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos policiales ilícitos.

La doctrina anglosajona (difundida por toda Europa por la jurisprudencia del TEDH¹ de Estrasburgo) de “la fruta del árbol prohibido” consiste en la imposibilidad de validar en juicio ningún material probatorio (“el fruto”) ilícitamente obtenido a través de una violación (“árbol prohibido”) de derechos constitucionalmente garantizados.

Dentro del capítulo de los derechos y libertades fundamentales es posible distinguir entre aquellos que tienen un carácter absoluto (derecho a la vida y a la integridad física) y los derechos relativos, de carácter limitado. Los derechos absolutos no pueden ser limitados ni por los particulares, ni por la policía y ni siquiera por el juez unilateralmente. Sin embargo, los derechos relativos (como el que se recoge en el art. 18.3 CE relativo al secreto de las comunicaciones el cual nos interesa para el caso concreto), sólo podrán ser limitados unilateralmente por el juez, dado que mediante resolución judicial y con el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales es posible llevar a cabo una restricción o limitación de estos derechos para obtener fuentes de prueba. Así, podría haberse limitado el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) si se hubiese obtenido autorización del Magistrado del Tribunal Supremo por parte del Centro Nacional de Inteligencia, pero nunca sin la misma (art. único de la LO 2/2002).

La consecuencia procesal de la ilicitud en la obtención de la prueba es su ineficacia, por lo tanto, las escuchas telefónicas que se pretendan proponer como prueba serán ineficaces ya que fueron ilícitamente obtenidas al vulnerarse las garantías legales y constitucionales establecidas.

Con respecto a la extensión de la ineficacia probatoria de los medios que incorporan al proceso fuentes ilícitamente obtenidas, se cuestiona el posible efecto expansivo o reflejo

¹ La jurisprudencia interpretativa del CEDH (art. 8) aparece condensada en la decisión del TEDH en el caso *Schönenberg*, STEDH de 20 de junio de 1988.

de las pruebas que se obtienen de manera indirecta de las que se obtuvieron ilícitamente. Así, pese al hecho de que se decreta la nulidad de las intervenciones telefónicas debe significarse que la invalidez de los elementos probatorios derivados de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas, no sólo requiere que tal violación se haya producido efectivamente en la práctica de la prueba matriz, sino que, aun en este caso, haya quedado acreditada la conexión de antijuricidad entre la prueba viciada de inconstitucionalidad y las pruebas derivadas o reflejas, según la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y que se plasma, entre otras, en sus sentencias 166/1999 de 27 de septiembre y 171/1999 de la misma fecha.

La STC 85/1994 de 14 de marzo establece en su FJ 4º en relación con la extensión de la ineficacia probatoria lo siguiente: “una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes [...] vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ.”

1.2.3.- Carácter de Secreto de Estado de las escuchas

La regulación legal de los secretos oficiales es una cuestión que adolece de lagunas doctrinales y legales. Para su estudio, hay que centrarse en la Ley 9/1968 de 5 de abril reguladora de los Secretos Oficiales (modificada por la Ley 48/1978 de 7 de octubre), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (principalmente las relativas a los “papeles del CESID”) y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, y la doctrina y análisis elaborado por el jurista Joaquín Navarro.

La Ley 9/1968 reguladora de los Secretos Oficiales, comienza en su exposición de motivos aludiendo al principio de publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, es decir, uno de los deberes del Estado es el de informar, el de dar publicidad a todas las normas y acuerdos que desarrollen. Este principio básico de publicidad se reconoce en el art. 9.3 CE: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas...”, el cual ya era propugnado por Kelsen como la garantía más fuerte de la democracia en su obra *Das Problem des Parlamentarismus*².

² “Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por lo tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control que sirvan de garantía a la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolamente de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar; ausencia de medidas de control -que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado- y

Dos párrafos más abajo a la referida alusión al principio de publicidad en la exposición de motivos de la citada Ley, se hace referencia al carácter limitado de ese carácter de publicidad, y establece la Ley que así será cuando debido a ese carácter público pueda derivarse perjuicio para la seguridad del Estado. Así, en consonancia con esta limitación, la Constitución Española reconoce las excepciones a la libre información. Por un lado el art. 105 apartado b), relativo a los Secretos Oficiales, limita el libre acceso de los ciudadanos a archivos y registros administrativos; y por otro lado, el art. 120.1 CE relativo a la publicidad de las actuaciones judiciales, salvo las excepciones previstas en las leyes de procedimiento. En este sentido, el TC ha interpretado en numerosas ocasiones el secreto sumarial intentando garantizar siempre el principio de publicidad, limitando al máximo esta técnica judicial tal y como se reconoce en el FJ 3º de la STC 13/1985 cuando dice que “un órgano judicial no puede privar sin más a la sociedad del derecho a la información amparándose en el mero principio del secreto sumarial y sin invocación expresa de causa legítima”.

En el art. 20.1 d) CE se reconoce como derecho fundamental el derecho a la información que se define como el derecho del ciudadano a ser y estar debidamente informado (STC 104/1986 de 17 de julio). Además, esta concepción básica del derecho a la información también fue reconocida por el TEDH en su sentencia del 23 de abril de 1992 relativa al caso “Castell” en donde se define como “uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución”. Sin embargo, nuevamente este derecho a la información, al igual que ocurría con el principio de publicidad, no es absoluto. En este sentido, dos artículos constitucionales limitan el ejercicio del referido derecho. Por un lado, el art. 20.4 CE establece como límite los demás derechos reconocidos en ese mismo título (Título I); por otro lado, el art. 105 b) nuevamente en todo aquello que afecte a la seguridad y defensa del Estado.

El concepto de “Secreto de Estado” se encuentra recogido en la Ley 9/1968 sobre Secretos Oficiales (LSO en adelante), modificada por la Ley 48/1978 de 7 de octubre. Pese a la denominación de la citada Ley, la regulación vigente no emplea el término “secretas” para referirse a aquellas materias reservadas por razones de seguridad del Estado, sino que emplea el término “clasificadas”. En este sentido, el art. 2 LSO establece como tales: “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas puedan dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”. Dicho artículo comienza diciendo “podrán ser declaradas” y en el art. 4 LSO se establece que será el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor quienes puedan ejercer exclusivamente esa competencia de declarar una materia como clasificada por razones de potencial lesividad para la seguridad del Estado.

En el art. 3 LSO se reconocen dos grados de protección en lo referido a las materias calificadas de clasificadas. Por un lado el grado de “secreto”, que según el art. 3 del Reglamento que desarrolla la disposición legal son aquellas que gozan del más alto grado de protección por su excepcional importancia en lo relativo a posibles riesgos o perjuicios para la Seguridad del Estado; y, por otro lado, aquellas clasificadas con el grado de “reservadas” (párrafo segundo del art. 3 del citado Reglamento) serán aquellas no

nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado.” (*Palacio de Injusticia*. Joaquín Navarro, pág. 131.).

comprendidas en el grado de secretas (criterio de exclusión). De cualquier modo, ambas categorías gozarán de análogos efectos restrictivos respecto a su conocimiento y divulgación.

Pese a este breve análisis del marco legal de la regulación de los Secretos Oficiales, es necesario acudir a las Sentencias del Tribunal Supremo (especialmente aquellas relativas a los “papeles del CESID”) y del Tribunal de Jurisdicción para conocer el alcance y límite del poder judicial en lo relativo a la potestad ejecutiva de declaración de determinadas materias como “calificadas”. Siguiendo esta línea, tenemos que decir que han sido tres las sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado en relación con la desclasificación de los documentos del CESID.

En la Sentencia TS 4 de abril de 1997, el TS afirma la validez desde el punto de vista constitucional de la LSO, al menos en los aspectos que se atribuyen al Consejo de Ministros, la competencia para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos. El TS llega a esta conclusión tras efectuar una lectura e interpretación conjunta de los arts. 97 y 105 b) CE, relativos a las funciones del Gobierno y a los límites del derecho a la información, respectivamente.

Por otro lado, la Sentencia del 14 de diciembre de 1995 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, establece en su FJ 4º que la labor del poder judicial discurre necesariamente dentro del cauce de las leyes, el límite que estas le impongan no significa en palabras del tribunal “dejar fuera de la labor del Juez espacio delictivo alguno”; lo que sucede es que se modulan restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios. En este sentido, la negativa a desclasificar una materia por parte del Gobierno no supone que el Juez o Tribunal no puedan acudir a otras vías para continuar su labor investigadora. Nada impide al Juez dirigirse al Consejo de Ministros a través del titular del correspondiente Departamento Ministerial por medio de exposición razonada, para solicitar la desclasificación de una determinada materia. Sin embargo, ello “no significa que pueda imponer sin más al Ministro responsable su entrega y aportación” (FJ 5º). El Gobierno podrá negarse a entregarlos, por lo que el órgano judicial tendrá que desviarse a otros medios indirectos de prueba a no ser que las partes en el proceso en curso entablen recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Gobierno que clasifica dichas materias como secretas y niega su entrega al Juez que las requiere.

Es de singular importancia para este caso concreto, la doctrina asentada por el Consejo de Estado en el dictamen nº 2776/96 de 18 de julio acerca de las consultas emanadas por el Gobierno en relación con el asunto de los “papeles del CESID”. El Consejo se muestra rotundo a la hora de afirmar que no es posible permitir a la autoridad judicial el acceso al amparo del art. 11.2 LSO a los documentos clasificados ya que “no cabe pues, en este caso, el acceso al conocimiento de los documentos clasificados, mientras lo 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.”

Atendiendo a la doctrina asentada por el Consejo de Estado en el dictamen anteriormente mencionado, es el propio Consejo de Estado el que declara el carácter

incompatible de una materia clasificada con su utilización como medio de prueba. Es decir, en el presente caso, no es el Juez quien requiere al Ministro competente para que le entregue una serie de documentos que están clasificados como secretos, sino que es el propio Gobierno el que pretende proponer como prueba unos documentos clasificados pero sin que el Tribunal tenga acceso a ellos. La pretensión del Gobierno carece totalmente de sentido y está infundada jurídicamente si se atiende al criterio asentado por el Consejo de Estado en el dictamen nº 2776/96, lo que conllevará la desestimación de dicha prueba.

Asunto distinto sería si fuese la autoridad judicial quien requiriese al Ministro competente para la entrega de documentos clasificados, ante lo cual el Gobierno amparándose en la LSO podría negarse a dicha petición. En este caso concreto, se estaría ante un vacío legal, pues si bien es cierto que una parte interesada puede interponer recurso contencioso-administrativo contra la decisión del Consejo de Ministros que clasifica como secretos determinados documentos, “nada se dice sobre la aportación de pruebas acordadas de oficio por el Juez cuando no haya parte legítima que discuta la negativa del Consejo de Ministros” (voto particular del Magistrado Sr. Peces Morate en la STS de 4 de abril).

A modo de conclusión, hay que decir que las tres Sentencias del Tribunal Supremo (una para cada caso GAL: Oñaederra, Lasa-Zabala y Lucía Urigoitia) tienen un trasfondo común en el sentido de que el derecho prima sobre la razón de Estado, entendida ésta como encubrimiento de los abusos y crímenes del poder político. Así, la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado y no la de sus autoridades y funcionarios que personalmente puedan resultar relacionados con causas penales. La justicia ha de intervenir de oficio siempre que existan indicios de delito, aunque el posible delincuente sea un funcionario o una autoridad política y actúe bajo la cobertura del secreto oficial. En un estado de derecho, ni existen ni pueden existir zonas de impunidad. La seguridad ciudadana puede verse negativamente afectada si no descansa en la confianza de los ciudadanos de que la actuación judicial, cuando investiga presuntas ilegalidades políticas, se desarrolla libremente.

1.3.- Detenciones ilegales

1.3.1.- Sres. Arán, Baucells, Martí, Cugat y Gibert

En el supuesto de hecho se establece que: “los Sres. Rico, Vasallo y Villar establecen la conveniencia de proceder a la detención de los miembros de TPL. Así, en la tarde del 25 de septiembre, los Sres. Arán, Baucells, Martí, Cugat y Gibert son detenidos por agentes de la Policía Nacional.”

Es preciso realizar un previo análisis doctrinal del derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el art. 17 CE. Su apartado primero consagra el “derecho a la libertad y a la seguridad”. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ni una ni otra pueden ser confundidas con el principio general de libertad consagrado como valor superior en el art. 1.1 CE. Mientras el valor de libertad comprende la licitud de hacer todo lo que la ley no prohíbe, el derecho fundamental se predica esencialmente de la libertad deambulatoria o física, esto es, de conducirse y autodeterminarse sin otras restricciones que las establecidas expresamente en la ley y, desde luego, sin ser sometido a ningún género de detenciones, interceptaciones o inspecciones arbitrarias (STC 98/1986 y 341/1993).

Afirmado lo anterior, procede añadir de inmediato que tampoco la libertad personal, como sucede con todos los derechos fundamentales, es un derecho ilimitado: puede procederse a la delimitación legal de sus contornos y, consiguientemente, a su restricción legítima. A este respecto, es de interés una de las formas de intervención restrictiva de la libertad: la detención preventiva (plasmada en el art. 17.2 CE).

La detención preventiva y los derechos del detenido (art. 520 LECrim) conforman un capítulo esencial del régimen constitucional de la libertad personal. La propia Constitución distingue para la detención preventiva un régimen ordinario (art. 17 CE) y un régimen excepcional (art. 55 CE, relativo a la suspensión individual por pertenencia a banda armada o elementos terroristas).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica en su Título VI el Capítulo II a la detención. En el art. 492 de la citada Ley se establecen los supuestos³ (cuatro) en los que la Autoridad o agente policial puede llevar a cabo una detención. Por lo que respecta al caso concreto, puede decirse que las cinco detenciones llevadas a cabo por agentes de la Policía Nacional estaría amparadas en el apartado cuarto del art. 492 que habilita a la autoridad o agente a proceder a la detención de personas cuando tuvieren motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres del delito y para creer que la persona que se intenta detener tuvo participación en él. Esto puede deducirse de los hechos porque se ha de suponer que los Sres. Rico, Vasallo y Villar, quienes ordenan la detención, informan a los agentes de la situación.

En consonancia con lo anteriormente expuesto hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 626/2007 de 5 de julio que establece en su FJ 3º lo siguiente: “... la detención es una injerencia en la libertad del ciudadano en la que es necesario que el funcionario policial que la acuerda pueda justificar su realización en los ‘motivos racionales bastantes’, esto es, que el agente se represente como razonable la perpetración de un hecho punible y la participación en el mismo del detenido. Si esa apariencia se corresponde con una realidad posterior, que ha sido investigada, dará lugar a la incoación del proceso contra el detenido y, en su caso, la condena, pero la ausencia de esa correspondencia con la realidad posteriormente probada no es suficiente para declarar incorrecta la injerencia. Lo relevante es que el autor de la detención aparezca justificado en su acción por la existencia de ‘motivos racionales’. El centro de gravedad en el análisis de la injerencia no radica en que el detenido sea efectivamente culpable sino que lo decisivo es comprobar que el funcionario policial se comportó, en la adopción de la injerencia, bajo las previsiones legales, en este supuesto, bajo la cobertura del art. 492 de la Ley procesal penal, es decir,

³ La Autoridad o agente de la Policía judicial tendrá la obligación de detener: 1) a cualquiera que se halle en alguno de los supuestos del art. 490; 2) al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional; 3) al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente; 4) al que estuviere en el caso del número anterior, aunque no se hallase procesado, con tal de que concurran las dos circunstancias siguientes: i) que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho presente a los caracteres del delito y ii) que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

los ‘motivos racionales bastantes’ sobre la perpetración de un delito y sobre la participación en el mismo de una persona, la detenida.”

Para proceder al análisis de las detenciones de los Sres. Arán, Baucells, Martí, Cugat y Gisbert es necesario determinar qué garantías constitucionales fueron violadas, lo cual justificaría la imputación del delito del art. 530 CP. Es necesario diferenciar dos situaciones: por un lado las detenciones de Arán, Baucells, Martí y Cugat y por otro lado la que tuvo por objeto a Gibert, el cual tiene la condición de parlamentario en el momento en que la detención se lleva a cabo (en la tarde del 25 de septiembre de 2012).

En primer lugar, por lo que respecta a las detenciones de Arán, Baucells, Martí y Cugat, el art. 489 de la LECrim establece que ninguna persona, ya sea española o extranjera, podrá ser detenida sino en los casos y en la forma que establezcan las leyes. La detención preventiva se regula en los arts. 490 y ss de la LECrim en la forma analizada anteriormente. Además la LECrim establece en su art. 496 que el particular, agente o autoridad que detuviere a una persona, habrá de ponerla en libertad o entregarla al juez, es decir pasarla a disposición judicial, dentro de las 24 horas siguientes a dicha detención. Frente a este artículo de la LECrim, la Constitución (art. 17.2) establece un plazo de 72 horas, produciéndose así una incongruencia entre la CE y la LECrim. De acuerdo con el art. 17.2 de la CE, el art. 520 de la LECrim establece nuevamente un plazo máximo de 72 horas para la puesta en libertad o la puesta a disposición de la Autoridad judicial en aquellos supuestos de detención preventiva. El artículo que resulta aplicable es el 17.2 de la CE y el 520 de la LECrim, no siendo aplicable el art. 496 LECrim el cual debería ser derogado.

Atendiendo al caso concreto, se dice que “el Sr. Zapata mantiene bajo su ámbito de actuación a los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat y pone a disposición judicial solamente al Sr. Gibert”. Se produce una violación de la garantía constitucional del art. 17.2 CE ya que en ningún momento se pone en libertad o a disposición judicial a los Sres. Arán, Baucells, Martí ni Cugat, lo cual es constitutivo del delito tipificado en el art. 530 CP relativo a las detenciones ilegales por violación de garantías constitucionales.

La Sentencia del Tribunal Supremo 626/2007 de 5 de julio, define y delimita el contenido del citado artículo relativo a las detenciones ilegales cometidas por funcionario público. En este sentido, la Sentencia establece en su FJ 3º lo siguiente: “El Código Penal de 1995 prevé dos figuras típicas con un contenido de antijuridicidad, en principio, semejante y que es preciso clarificar para dar la adecuada respuesta a la pretensión revisora formulada por el Ministerio fiscal. El art. 167 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa por delito, comete alguno de los hechos descritos los artículos anteriores, esto es, la detención ilegal. Por su parte, el art. 530 castiga a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. En ambas figuras típicas se trata de privaciones de libertad no ajustadas a legalidad. La diferencia entre ambas figuras delictivas resulta de la expresión ‘mediar causa por delito’, que aparece como requisito de la tipicidad en el art. 530, criterio de distinción que debe ser acompañado del que resulta de la distinta penalidad que una y otra figura típica establecen, pues el art. 530 prevé como pena la privativa de derechos, que hace referencia al ejercicio de una profesión, en tanto que la penalidad del art. 167 es privativa de libertad. De ambos criterios resulta que ha de inferirse que la aplicación del art. 167

protege la privación de libertad, en sentido material, en tanto que el art. 530 la protege en el aspecto de la formalidad de la detención.”

En el caso concreto se han producido cuatro detenciones ilegales del art. 530 CP (sobre los Sres. Baucells, Martí, Cugat y Arán), el problema ahora radica en determinar sobre qué sujetos recae la responsabilidad penal del referido delito. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 635/2003 de 30 de abril establece que “el delito del art. 530 del Código Penal es un delito especial que sólo puede ser cometido, como autor directo, por aquellos funcionarios públicos con capacidad legal de acordar la detención de una persona. La acción típica se describe en torno a los verbos nucleares de acordar, practicar o prolongar una detención de una persona, mediando causa por delito, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales. Se hace preciso acudir a las normas constitucionales y a las normas reguladoras de los supuestos de detención, para rellenar el tipo penal.” Así en el caso concreto, el Sr. Villar (Ministro del Interior) es quien ordena (“acordar” según el tenor literal del art. 530 CP) al Sr. Zapata (“prolongar” según el tenor literal del referido artículo) que mantenga bajo su ámbito de actuación a los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat sin pasarlos a disposición judicial. Ambos sujetos, Sr. Villar y Sr. Zapata, eran conocedores de la ilegalidad de la detención no siendo posible alegar por parte del Director General de la Policía que obedecía órdenes del Ministro del Interior (superior jerárquicamente en la organización del Ministerio del Interior) ya que “el ordenamiento procesal y orgánico responsabiliza y atribuye la posición de garante sobre la persona del detenido al funcionario policial a quien se encomienda el detenido que se convierte en responsable de su realización conforme a derecho de modo y manera que sólo este funcionario es quien puede realizar la acción típica del delito del art. 530 del Código penal respecto a los detenidos bajo su custodia” (STS 635/2003 de 30 de abril). Esto último excluye de la autoría a los Sres. Vasallo y Villar, ya que en ningún momento en los hechos se hace mención a un acuerdo de voluntades, siendo el Sr. Villar el único que ordena al Sr. Zapata que no se ponga a disposición judicial a los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat.

A modo de conclusión decir, que los Sres. Villar y Zapata son autores de cuatro delitos de detención ilegal tipificado en el art. 530 CP, sobre los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat.

Anteriormente se hacía referencia a que había que analizar dos supuestos, por un lado el de los cuatro sujetos anteriormente citados y por otro lado la detención sufrida por el señor Gibert. En el supuesto de hecho se dice que este sujeto es el único de las cinco detenciones llevadas a cabo que se pone a disposición de la Autoridad judicial. Es detenido en la tarde del 25 de septiembre y pasa a disposición judicial horas más tarde (a las 3:00 AM del día 26). La violación de la garantía constitucional en este caso concreto no radica en una violación de los plazos constitucionalmente establecidos en los casos de detención preventiva, sino que está relacionada con la condición de parlamentario que tiene el sujeto en cuestión en el momento de la detención. Es necesario un análisis previo de las prerrogativas parlamentarias concretamente de la inmunidad, antes de proceder a calificar jurídicamente la detención ejercida sobre el parlamentario Gibert.

Con la denominación de prerrogativas parlamentarias, se hace referencia a los tratamientos singulares de los parlamentarios, constitucionalmente previstos, que excepcionan al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos con la finalidad de garantizar el libre ejercicio de la función representativa por los parlamentarios,

concretado en la protección personal de diputados y senadores. En este sentido, el art. 71 CE se refiere en sus apartados primero y segundo a la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias respectivamente. En su apartado tercero hace referencia al fuero especial (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) al que están sometidos los parlamentarios.

En relación con el análisis de la detención del Sr. Gibert, nos interesa centrarnos en la prerrogativa del art. 71.2 CE, la inmunidad parlamentaria. El citado artículo dispone que “durante el período de su mandato, los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin previa autorización de las Cámaras respectivas”. El TC sostiene que la inmunidad “es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes contra decisiones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y fundamento” (STC 243/1988/3).

En relación al tiempo de protección, el art. 71.e CE menciona expresamente “durante el período de su mandato”. Esto significa que no abarca a las acciones formuladas antes de adquirir la condición de parlamentario (STC 90/1985) y finaliza con el mandato parlamentario, salvo que se haya concedido el suplicatorio y los hechos estén relacionados con el desempeño del cargo (STC 227/1997).

El elemento más significativo de la inmunidad es el suplicatorio como manifestación formal de la petición de autorización a la Cámara por el órgano judicial para que se pueda proceder penalmente contra uno de sus integrantes. Con este acto, las Cámaras no evalúan la pertinencia procesal del procesamiento penal, tarea que corresponde a los jueces; a las Cámaras, mediante el suplicatorio, les compete emitir un juicio de oportunidad, una valoración política sobre la intención espúrea de un hipotético procesamiento que pudiera esconder la pretensión de manipular la composición de las Cámaras (STC 90/1985). La denegación del suplicatorio supone la paralización de la acción penal iniciada y la imposibilidad de proceder criminalmente contra el parlamentario. Si bien es cierto, cabe la presentación de un recurso de amparo contra esa denegación por vulneración del art. 24.1 CE sobre la tutela judicial efectiva.

En relación con el supuesto de hecho concreto por lo que se refiere a la detención del Sr. Gibert, es cierto que este sujeto es el único de las cinco detenciones llevadas a cabo que fue puesto a disposición judicial, pero la violación de garantías constitucionales sobre la que se fundamenta el delito del art. 530 CP radica en este caso, en la condición de parlamentario que el citado sujeto tenía en el momento de la detención. En la narración de los hechos, en ningún momento se hace mención del suplicatorio, es decir, para poder llevar a efecto la detención ordenada sobre la persona de Gibert, es necesario que la Cámara del Congreso de los Diputados autorizase el suplicatorio que se debería haber manifestado por el órgano judicial competente ante la misma, debido a la prerrogativa de inmunidad de la que gozan los parlamentarios en nuestro Estado de Derecho.

Una vez analizado que sobre la persona de Gibert se comete un delito de detención ilegal del art. 530 CP, nuevamente el problema radica en determinar la autoría en el referido tipo delictivo. Para ello, es necesario hacer referencia a la Sentencia 635/2003 de 30 de abril, relativa a un delito de detención ilegal del art. 530 CP, que establece lo

siguiente: “caben formas de participación pero éstas ni fueron objeto de acusación, lo que plantearía problemas desde la observancia del principio acusatorio, ni, si se superara la anterior objeción, resulta del hecho probado pues éste emplea la expresión «convino» desprovista de una nueva argumentación que nos permite entender, y a la parte recurrente desarrollar su impugnación, si es referida a una inducción al delito, forma de participación que ha sido objeto de acusación, o a una autoría –el acuerdo de voluntades–, que, como hemos visto, no puede atribuirse a quien no es funcionario responsable de la injerencia.” Cabe considerar autores de la detención del Sr. Gibert a los Sres. Rico, Vasallo y Villar, ya que la conducta de ordenar la detención está recogida en el art. 530 CP (“acordare”) y la citada sentencia establece como forma de autoría el acuerdo de voluntades de los funcionarios que “acuerden, practiquen o prolonguen” la detención.

Con respecto a los agentes de la Policía Nacional que llevan a cabo la detención, cabe decir que serán considerados autores de un delito de detención ilegal del art. 530 CP, ya que se puede deducir de los hechos que eran conocedores de la condición de parlamentario del Sr. Gibert y que no contaban con el suplicatorio de la Cámara necesario para poder efectuar la referida detención. Serán considerados autores en virtud de lo establecido en el Código Penal en el tenor literal del art. 530 cuando se refiere a “quien practicar”.

En virtud de todo lo analizado anteriormente en relación con la detención de los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat, cabe decir que los autores de un delito de detención ilegal del art. 530 CP por violar la garantía constitucional del suplicatorio son los Sres. Vasallo, Rico y Villar puesto que son los tres quienes mediando concierto para ello, ordenan (mandato) llevar a cabo la detención del Sr. Gibert a pesar de no contar con la autorización de la Cámara del Congreso de los Diputados. Es posible considerar en calidad de autores a los Sres. Rico, Vasallo y Villar ya que el tenor literal del art. 530 CP tipifica la conducta de “quien acordare, quien practicar o prolongare”, y la orden emitida por los Sres. Rico, Vasallo y Villar es subsumible bajo el citado precepto (“quien acordare”).

A modo de conclusión decir que el Sr. Zapata y el Sr. Villar son coautores de cuatro delitos de detención ilegal (sobre las personas de Arán, Baucells, Martí y Cugat) del art. 530 del CP mientras que nuevamente el Sr. Villar y los Sres. Rico y Vasallo son coautores de un delito de detención ilegal del citado artículo (sobre la persona de Gibert). Se da nuevamente un caso de concurso real, es decir, la pluralidad de hechos llevados a cabo por los cuatro sujetos anteriormente citados son constitutivos de una pluralidad de delitos.

Se realizan cinco detenciones que violan las garantías constitucionales, se vulneran cinco bienes jurídicos diferenciados que vienen constituidos por la libertad individual de las cinco personas detenidas. La pena a imponer será la resultante de sumar la pena de cada uno de los delitos que haya cometido cada uno de los sujetos, es decir, en caso de sentencia condenatoria, se le impondría al Sr. Zapata la pena resultante de sumar cuatro veces una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años y la misma pena le correspondería al Sr. Villar (por la detención de los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat). Además, a los Sres. Rico, Vasallo y Villar les correspondería a cada uno una pena de cuatro a ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público (por la detención realizada sobre la persona de Gibert).

Hasta el momento estarían imputados el Sr. Zapata y el Sr. Villar como autores de cuatro delitos de detención ilegal (sobre las personas de Arán, Baucells, Martí y Cugat) del art. 530 del CP mientras que los Sres. Rico, Vasallo y Villar son autores de un delito de detención ilegal del citado artículo (sobre la persona de Gisbert). Para poder determinar qué órgano jurisdiccional es competente para conocer de los delitos será necesario analizar los criterios de competencia (territorial, objetiva y funcional) y la conexidad.

Antes de entrar en el análisis de los dos puntos anteriormente mencionados, es necesario primeramente detenerse en la ex condición de parlamentario de alguno de los sujetos encausados. El hecho de que el Sr. Villar tuviera la condición de parlamentario en el momento de la comisión de los hechos delictivos no implica que ahora, momento en el que se están investigando los hechos y en el cual el referido sujeto ya no goza de la tercera de las prerrogativas parlamentarias (fuero especial art. 71.3 CE), siga protegido y gozando de dicho privilegio. El TC hace una interpretación restrictiva de las prerrogativas de los parlamentarios estableciendo que tienen sentido exclusivamente cuando sirven al funcionamiento eficaz y libre de las Cámaras, por lo tanto, una vez cesado en el cargo y condición de parlamentario, estas prerrogativas dejan de desplegar efectos y por consiguiente, el fuero especial del que gozan según el art. 73.1 CE (“en las causas contra diputados y senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”) ya no es eficaz.

En el hipotético caso de que alguno de los sujetos imputados tuviese en la actualidad la condición de parlamentario y por consiguiente gozase de las prerrogativas parlamentarias, correspondería el enjuiciamiento de la causa a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no sólo de la persona aforada, sino de la totalidad de los procesados en la misma causa por idénticos hechos delictivos o por delitos conexos. En estos supuestos, la acumulación en un solo sumario encuentra sobrada justificación en argumentos tales como las posibles vulneraciones posteriores, en caso contrario, de la cosa juzgada o del non bis in idem, y el juego de los principios como el de economía procesal y el de intermediación.

Por lo que respecta a la conexidad, la Ley de Enjuiciamiento criminal establece en su art. 17 apartado primero que han de considerarse delitos conexos los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. Se busca la conexidad delictiva por un principio de economía procesal puesto que dos o más delitos son conexos cuando se dan ciertos elementos comunes entre ellos que justifican su enjuiciamiento conjunto por un mismo juez. El art. 300 de la LECrim establece que cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario, sin embargo a continuación dice que los delitos conexos se comprenderán en un solo proceso. Por todo lo expuesto anteriormente, todos los delitos mencionados al comienzo de este apartado son delitos conexos y se enjuiciarán conjuntamente.

El art. 14.1 LECrim referido a la competencia funcional (atribución legal a un órgano judicial de una fase concreta del proceso – la instrucción), establece que los jueces de instrucción son los que tienen la competencia para la instrucción de los procedimientos penales. En su apartado segundo este artículo establece que será competente el Juez de Instrucción del partido en el que el delito se hubiese cometido. Para poder llevar a efecto lo establecido por este artículo hemos de suponer que tanto las detenciones ilegales como los

delitos de escuchas han sido cometidos en la ciudad de Madrid, por lo que la instrucción del proceso será competencia de los Juzgados de Instrucción de Madrid.

El art. 14.3 LECrim referido a la competencia objetiva (atribución del conocimiento y fallo de un asunto concreto en primera o única instancia a un órgano judicial), establece que cuando el delito tiene pena privativa de libertad no superior a cinco años o de multa de cualquier cuantía o cualquier otra pena de distinta naturaleza que no exceda de 10 años, será competente el juez penal de la circunscripción donde el delito se hubiese cometido; por lo tanto, según este precepto serían competentes para conocer el enjuiciamiento y fallo del proceso los Juzgados de lo Penal de la ciudad de Madrid. Sin embargo, es preciso que en este caso concreto tengamos en cuenta la cualidad de los sujetos que van a ser enjuiciados, pues esto supone atribuir el conocimiento de la causa a un órgano judicial en razón a determinadas características o cualidades de la persona.

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece en su art. 8 apartado primero lo siguiente:

“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 estos en el ejercicio de sus funciones.

Iniciadas unas actuaciones por los jueces de instrucción, cuando estos entiendan que existen indicios racionales de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suspenderán sus actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda.”

Este último párrafo (“iniciadas unas actuaciones...”) ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 55/1990, de 28 de marzo. A modo de resumen, el TC en su Sentencia concluye que ha de declararse que el art. 8.1, segundo, LOFCS, es inconstitucional por ser contrario al derecho a un Juez imparcial, en cuanto asigna a un mismo órgano judicial la instrucción, el procesamiento y el conocimiento y fallo (FJ 7º, inciso 5º). Y por si aún restaran dudas sobre los límites de la declaración de inconstitucionalidad, en el fallo se declara la nulidad del art. 8.1, segundo, únicamente.

En relación con esta Sentencia 55/1990 del Tribunal Constitucional, hay que citar la Sentencia 3707/2012, de 13 de abril de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la cual en su FJ 1º atribuye la competencia del conocimiento y fallo de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones a las Audiencias Provinciales: “la consecuencia que necesariamente se sigue de cuanto antecede es que la eliminación, por contraria a las garantías procesales, de la atribución conjunta de las facultades de instrucción, procesamiento y enjuiciamiento no afecta a la competencia funcional atribuida por el precepto a las Audiencias Provinciales respecto del conocimiento y fallo en estos casos.”

Se concluye por todo lo expuesto anteriormente, que existe un fuero especial para el enjuiciamiento de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por los delitos o faltas

que cometan en el ejercicio de su cargo. Así, el órgano judicial competente para conocer de un delito cometido por un agente (o por el director) de la Policía Nacional será la Audiencia Provincial.

Puesto que el Sr. Zapata es a día de hoy y en el momento de comisión de los hechos, el Director de la Policía Nacional y por consiguiente miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, corresponde el enjuiciamiento de la causa a la Audiencia Provincial de Madrid y puesto que anteriormente llegamos a la conclusión de que los delitos son conexos ya que su enjuiciamiento le correspondería a diversos Jueces o Tribunales dadas las diferencias en las cualidades de los sujetos, será la Audiencia Provincial de Madrid la competente para el conocimiento y fallo de cuatro delitos de detenciones ilegales del art. 530 CP cometidos por el Sr. Zapata y por el Sr. Villar en calidad de coautores; de un delito de detención ilegal del art. 530 por los Sres. Rico, Vasallo y Villar en calidad de coautores y de cinco delitos de escuchas ilegales del art. 536 CP cometidos en calidad de coautores por los tres últimos sujetos enumerados.

Finalmente, hacer una breve referencia al procedimiento de *Habeas Corpus* regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. Por lo que respecta al procedimiento de *Habeas Corpus*, la LO 6/1984 establece en su artículo primero que mediante el referido procedimiento lo que se pretende garantizar, es que la persona detenida ilegalmente obtenga una inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente y establece además, que se considerarán personas ilegalmente detenidas, entre otros casos, las que lo fueren por autoridad, o funcionario público o particular sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes (art. 1.ª de la LO 6/84). Así, los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat serán competentes en virtud del art. 3 de la citada Ley para iniciar el procedimiento del *Habeas Corpus* (también sería competentes sus respectivos cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad; descendientes; ascendientes; hermanos; Ministerio Fiscal; Defensor del Pueblo y el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentren las personas privadas de libertad).

1.3.2.- Delegado del Gobierno

Con respecto a la actual regulación de los tipos de detenciones ilegales hay que decir que el art. 167 CP (en relación con los arts. 163 y ss CP) debe aplicarse para aquellos supuestos de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos que respondan a la pura arbitrariedad o abuso de poder. Así el citado artículo establece que “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 (detención) será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.” Por su parte, el art. 530 CP, tal y como se ha analizado con anterioridad, debe reservarse a todos aquellos supuestos de detenciones policiales practicadas a partir de la comisión de una infracción legal que, sin embargo, no resulten procedentes o presenten alguna irregularidad legal. Por consiguiente, la expresión “mediando causa por delito” (propia del art. 530 CP) debe entenderse como opuesta a detención arbitraria y, más concretamente, como equivalente a detención motivada por la comisión de una infracción penal.

La detención del Delegado del Gobierno en Cataluña se produce el día 1 de octubre por la mañana y su puesta en libertad se produce en el mismo día a las 20:00 horas. El art. 163 CP señala una pena de prisión de cuatro a seis años para el particular que encerrare o detuviere a otro, pero el apartado segundo del citado artículo establece que procederá la pena inferior en grado en aquellos casos en que sin haber logrado el objeto propuesto por parte de la persona que comete el delito, se ponga en libertad a la persona detenida dentro de los tres primeros días. En el caso concreto, no procedería la aplicación de la pena inferior en grado ya que los autores del delito no pusieron al Delegado del Gobierno en libertad por su propia voluntad, si no que su liberación fue fruto de la declaración del Estado de sitio proclamado por el Gobierno central y la intervención del mismo. Por todo ello, cabe concluir que la pena que le corresponderá a los autores del delito será una pena de prisión de cuatro a seis años (art. 163 CP) en su mitad superior (art. 167 CP), es decir, una pena de entre cinco y seis años de prisión.

La dificultad del supuesto en este caso radica en qué sujeto/s son los que tienen la consideración de autores en este caso. La persona detenida ostenta el cargo de Delegado del Gobierno consagrado constitucionalmente en el art. 154 CE, el cual establece que, “un Delegado del Gobierno dirigirá la Administración del estado en el territorio de la CCAA y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad.” Además esta figura se regula en la Sección 1ª del Capítulo II de la Ley 6/1977, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, artículos 22 a 28.

Por lo que respecta a la autoría de la detención sufrida por el Delegado del Gobierno, hay que citar la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-Mossos d' Esquadra, la cual establece en su art. 2 que corresponde al Gobierno de la Generalidad, por medio del Presidente, el mando supremo del Cuerpo de los Mossos d' Esquadra. Si bien es cierto que los ejecutores materiales de la detención fueron los mossos Pi y Margall, la misma fue fruto de una orden directa emitida por el mando supremo de los Mossos d' Esquadra. Se trata de un caso de autoría mediata, es decir, “quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento” (art. 28 CP). El autor mediato (el Sr. Pero, Presidente de la CCAA de Cataluña), llamado “el hombre de atrás” realiza la conducta como propia y, por tanto, es autor, pues los terceros en este caso han sido meramente utilizados; de modo que la esencia de la autoría mediata es la instrumentalización del ejecutor material.

Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, es preciso que el suceso aparezca como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás (el cual controla al autor directo), es decir, la detención es obra de la voluntad del Sr. Pero (hombre de atrás) el cual controla a los autores directos (a los mossos). El principal requisito exigido doctrinalmente consiste en que el instrumento (los mossos en este caso) se encuentre en una posición subordinada respecto del hombre de atrás y así sucede en este caso en virtud de lo expuesto en el art. 2 de la Ley 10/1994 de 11 de julio.

Cabe concluir por todo lo expuesto anteriormente, que el autor mediato de la detención del art. 167 CP es el Sr. Pero, el Presidente de la CCAA de Cataluña.

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece en su art. 70 el estatuto personal de los miembros del Gobierno de la CCAA catalana. Así en su apartado primero dispone que el Presidente de la Generalidad,

durante sus mandatos y por los actos delictivos presuntamente cometidos en el territorio de Cataluña, no puede ser detenido ni retenido salvo en caso de delito flagrante. En su apartado segundo dispone que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidir sobre la inculpación, el procesamiento y enjuiciamiento del Presidente de la Generalidad. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Atendiendo a lo expuesto en el párrafo anterior, y teniendo en cuenta que la detención del Delegado del Gobierno ordenada por el Sr. Pero (autor mediato del delito tipificado en el art. 167 CP) se ha llevado a cabo en Cataluña, corresponderá decidir sobre la inculpación, procesamiento y enjuiciamiento al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

1.4.- Miembros del TPL

En el supuesto de hecho se establece que “un grupo denominado Terra poble i llibertat de acuerdo con los datos recabados a través del ODM, estaba liderado por la Sra. Arán y contaba entre sus filas con los Sres. Baucells, Martí y Cugat, siendo éstos los que habían organizado los ataques de agosto (y, más en concreto, el incendio de dos sedes ministeriales en Barcelona y Lleida y una serie de pintadas amenazantes en los domicilios de tres concejales del partido gobernante de España, Partido Liberal-Democrático (PLD)”. Según los hechos enunciados en el caso, la Sra. Arán lideraba el grupo TPL y fue quien dirigió las acciones anteriormente descritas, mientras que los Sres. Baucells, Martí y Cugat fueron los autores materiales de los hechos.

1.4.1.- Organización terrorista

El Código Penal entiende en el art. 570 bis apartado primero, párrafo segundo, que una organización criminal⁴ es aquella agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. A continuación, el Código Penal establece en su art. 571 apartado tercero que se considerarán organizaciones terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características establecidas en el artículo anteriormente mencionado, tengan por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la sección 2ª del Capítulo VII del Título XII del CP. Esta definición acogida en el CP, casa perfectamente con la organización TPL a la que se hace referencia en el caso de la cual son miembros Arán, Baucells, Martí y Cugat.

⁴ El Tribunal Supremo ha venido definiendo los elementos o requisitos que configuran las organizaciones criminales, que la STS 453/2012, de 11 de mayo, sintetiza así: organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo, financiación y jerarquía.

El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta indeterminación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero).

El terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural u organizativo, y de otro, un elemento teleológico, pues se precisa que las organizaciones o grupos terroristas, doados de una articulación idónea a sus objetivos, actúen con una finalidad específica, en concreto la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

En materia de terrorismo, la especial gravedad de las acciones violentas cometidas tanto por organizaciones como por grupos terroristas, así como la peligrosidad para el orden democrático que tales actuaciones implican, unido a la utilización del terrorismo como estrategia de comunicación, es justificación suficiente para que se otorgue la misma respuesta punitiva a la organización terrorista de carácter estable que al grupo terrorista de carácter temporal que se constituye puntualmente para la comisión de atentados concretos, de modo que la preparación, planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista.

El art. 571 CP que tipifica el delito de pertenencia a una organización terrorista, distingue dos supuestos en sus apartados primero y segundo, es decir, define las conductas típicas distinguiendo dos niveles de responsabilidad penal. En primer lugar, hace referencia a aquellos sujetos que promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren⁵ la organización terrorista, asignándoles una pena de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. A continuación, el apartado segundo del art. 571 hace referencia a aquellos sujetos que participaren activamente en la organización o formaren parte de la misma, asignándoles una pena de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.

En el primero de los supuestos anteriormente referidos encaja la figura de la Sra. Arán, puesto que es el sujeto que dirige la organización criminal; en el segundo supuesto, encajan los otros tres sujetos miembros de la organización, Baucells, Martí y Cugat ya que participan activamente y forman parte de la misma. En conclusión, se les imputa a cada uno de los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat, un delito de pertenencia a organización criminal tipificado en el art. 571 apartados 1 (Sra. Arán) y 2 (Sres. Baucells, Martí y Cugat) del CP.

1.4.2.- Sres. Baucells, Martí y Cugat

Se procede a analizar ahora los concretos actos realizados por los Sres. Baucells, Martí y Cugat, es decir, los dos incendios en las sedes ministeriales y las pintadas amenazantes de las cuales son los ejecutores materiales.

⁵ Al respecto, la STS 50/2007, de 19 de enero, limita el término de directivo o promotor de una organización criminal (lo cual puede aplicarse por medio de la interpretación analógica al directivo o promotor de una organización terrorista) “al sujeto que tenga encargada la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la banda o grupo.” A tenor de esta doctrina, para clarificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, de modo que no reúnen la condición de auténticos directores, quienes aún formando parte del equipo directivo de la organización, no posean capacidad de adopción autónoma de decisiones (STS 31-3-10 y 21-01-09).

En primer lugar y en calidad de coautores (art. 28 CP, a falta de detalles más concretos en la narración de los hechos suponemos que los tres sujetos han realizado materialmente los hechos conjuntamente), los Sres. Baucells, Martí y Cugat cometen dos delitos de terrorismo tipificados en el art. 572 CP el cual establece: “serán responsables de un delito de terrorismo los que perteneciendo o colaborando con grupos cuya finalidad sea subvertir el orden constitucional cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los arts. 346 y 351, respectivamente”. Los tres sujetos imputados cometen el delito de terrorismo mencionado puesto que perteneciendo a un grupo cuya finalidad es subvertir el orden constitucional, cometen dos delitos de incendio tipificados en el art. 351 CP. La pena que establece el art. 571 CE será la de prisión de quince a veinte años.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las pintadas amenazantes en el domicilio de tres concejales, los Sres. Baucells, Martí y Cugat son coautores de tres delitos de amenazas tipificados en el art. 169 CP apartados primero y segundo (condicionales e incondicionales respectivamente), 170.2 o 171 CP dependiendo del contenido (más básico o más agravado respectivamente) de dichas amenazas.

En los delitos de amenazas se ataca la fase de formación de la voluntad, o si se prefiere, a la de motivación del sujeto. Dos son pues, básicamente, los bienes jurídicos tutelados: el sentimiento de tranquilidad, que afecta a todos los supuestos; y, el ataque a la libertad en la formación de la voluntad, en la motivación, que es agredido fundamentalmente en los supuestos de amenazas condicionales (art. 169.2 CP).

En el art. 169.1 se regulan las amenazas de un mal constitutivo de delito cuando se exige una cantidad o se impone cualquier otra condición aunque no sea ilícita. Debe subrayarse que lo constitutivo del delito es el mal con que se amenaza y no la condición que se impone, la cual puede ser perfectamente lícita. Además, el art. 169.1 contiene un segundo párrafo, que constituye un subtipo agravado (para todos los casos de amenaza condicional de un mal delictivo) cuando la amenaza se hiciera “por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”. El fundamento de la agravación responde a que los medios descritos poseen una mayor capacidad de quebrar la libertad de obrar del sujeto pasivo (de los concejales en el caso concreto), ya sea por su carácter anónimo, por su apariencia de realidad o por su especial potencial intimidatorio (STS 21 de marzo del 2000; 30 de septiembre del 2002).

El art. 169.2 tipifica la amenaza de causar un mal constitutivo de delito pero que no impone en contrapartida ninguna condición. Tradicionalmente esta modalidad ha recibido el calificativo de amenazas “simples o condicionales”. La conducta es idéntica a las anteriormente descritas salvo que aquí no se impone ninguna condición al sujeto pasivo. Asimismo, el comportamiento típico únicamente afectará al sentimiento de tranquilidad del sujeto pasivo.

El art. 170.2 CP tipifica la siguiente conducta: “los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Este precepto ha sido calificado de extraño y confuso por la doctrina. La LO 2/1998 de 15 de junio ha introducido este precepto en el Código Penal con el objetivo de combatir el mal llamado “terrorismo de baja intensidad”. Ha sido calificado con los adjetivos de “extraño y confuso” porque, según la doctrina, si verdaderamente se trata de

castigar conductas que comporten auténticas amenazas no se explica entonces una penalidad más nimia que la común (prisión de seis meses a dos años desde la LO 15/2003). Por consiguiente, cuando se trate de auténticas amenazas deberán aplicarse los genuinos preceptos anteriormente mencionados. Luego entonces, la doctrina defiende que el legislador debió pensar en otra clase de comportamientos que, sin reunir los requisitos de los delitos de amenazas, a su juicio, deberían sancionarse (ATS de 25 de julio del 2001).

El art. 171 CP tipifica la conducta de amenazar con un mal que no constituya delito, siempre que la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Se exige por lo tanto, que el mal que se conmina, aún no siendo constitutivo de delito, sea ilícito, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza del precepto.

Analizados los cuatro posibles supuestos de amenazas (art. 169.1, 169.2, 170.2 y 171 CP) en los que podrían incurrir los Sres. Baucells, Martí y Cugat y a falta de una mayor concreción en los hechos, no se determinan con exactitud en qué tipo penal están incurriendo los sujetos implicados puesto que se desconoce el contenido concreto de las amenazas. Se puede suponer que incurrirían en el delito tipificado en el art. 169.2 CP si se hace un balance global de todos los hechos del caso o porque parecería lo más lógico, sin embargo es posible que el contenido de las amenazas escritas en los domicilios de los tres concejales fuese diferente y por tanto podría darse el caso de estar ante tres delitos distintos para cada uno de los bienes jurídicos vulnerados.

En cualquier caso, los Sres. Baucells, Martí y Cugat son coautores (art. 28 CP) de tres delitos de amenazas (ya sean del art. 169.1, 169.2, 170.2 o 171 CP). En el supuesto de que cada uno de ellos fuese el autor material de una sola de las amenazas en uno solo de los domicilios, cada uno de ellos sería autor de un delito de amenazas y no coautor de tres delitos (sería necesaria una mayor precisión de los hechos para concretar este extremo).

1.4.3.- Sra. Arán

Una vez analizada la responsabilidad de los actos realizados por los Sres. Baucells, Martí y Cugat relativos a los dos incendios de dos sedes ministeriales y las pintadas amenazantes en los domicilios de tres concejales, es necesario analizar la responsabilidad que la Sra. Arán tiene en esos hechos a pesar de no ser ejecutora material de los mismos ya que en el supuesto de hecho se dice que fue la encargada de dirigir dichas acciones. Para ello se debe realizar un análisis de las distintas posturas doctrinales sobre la coautoría en las organizaciones criminales, terroristas y asociaciones ilícitas.

La coautoría consiste en la realización del delito a través de las contribuciones típicas parciales de varios sujetos que actúan de común acuerdo. La coautoría es una verdadera forma de autoría, y no de participación, porque los coautores cometen el delito “entre todos”. No rige, por tanto, el principio de accesoriedad propio de la participación, sino el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones, dado que la coautoría porta su propio contenido de lo injusto, que no deriva de un hecho ajeno. Según el principio de imputación recíproca, las actuaciones de cada uno de los coautores son imputables a todos los demás, siempre y cuando procedan de común acuerdo.

Son coautores, por tanto, quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. El hecho, “obra” inmediata de ellos, les “pertenece”, de

forma que “comparten” su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar. El Código Penal regula expresamente en el art. 28 la coautoría y en dicho concepto cabe incluir también a aquellos que no realizan un elemento del tipo, pero que aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva, pues a ellos les pertenece también el hecho.

El carácter organizado de las asociaciones y organizaciones ilícitas plantea la cuestión de la responsabilidad que corresponde a quienes, perteneciendo a un grupo organizado jerárquicamente estructurado, proceden a la comisión de un delito en el marco de un plan delictivo; es decir, se incluye aquí el supuesto de que el “jefe de la banda o grupo organizado” se reserve en el plan global una parte no ejecutiva de la realización del hecho. Hay que distinguir dos tipos de supuestos:

- En primer lugar, aquellos en los que los jefes de la banda no acudan al lugar de ejecución de los hechos. Para un sector de la doctrina éstos son supuestos de coautoría pese a que el jefe de la banda no dirija en persona, ni a distancia, la ejecución del delito. Otros autores consideran que el jefe de la banda ausente en el momento de la ejecución, no tiene el dominio del hecho ya que deja en manos de otros su ejecución; no es por tanto coautor.
- En segundo lugar, el jefe de la banda, ausente en el momento de la ejecución, pero que la dirige a distancia, es considerado mayoritariamente como coautor.

En contra, Díaz y García Conlledo, citado por BLANCO CORDERO⁶, “desde un concepto de autor basado en el criterio del dominio objetivo y positivo del hecho, opina que no es autor el jefe de la banda en los siguientes casos: cuando no dirige la ejecución; cuando pese a que no da instrucciones durante la ejecución, ésta se lleva a cabo según las instrucciones dadas previamente; cuando da instrucciones a distancia durante la ejecución; e incluso cuando esté presente durante la ejecución dando instrucciones. El jefe de la banda será inductor cuando haga nacer en sus subordinados la resolución delictiva; de no ser así, será cooperador necesario.

La opinión mayoritaria, cuando el organizador de un hecho delictivo está ausente en el momento de la ejecución del hecho, pero sigue controlando su desarrollo a distancia sin que quede en manos de otros la dirección última de la operación, considera que a ese organizador le pertenece el hecho, y por tanto es coautor. Así, cuando los dirigentes aporten una parte esencial del plan les pertenecerá el hecho, con lo que serán coautores, pese a no estar presentes en la ejecución de los hechos, y siempre y cuando controlen su desarrollo a distancia.”

Además, la Sentencia 810/2011 del Tribunal Supremo establece en su FJ 5º con respecto a la coautoría del acuerdo de voluntades lo siguiente: “por lo demás, y dado el necesario sometimiento a los términos del ‘factum’, como impone el art. 884-3 LECrim, cuando de un motivo por corriente infracción de ley se trata, es patente que el relato probatorio describe una conducta, referida al recurrente, de coautor, en tanto existió un concierto o unidad de voluntades que le hace solidariamente responsable y en el mismo grado con todos los demás partícipes, sea cual fuere la parte en el episodio criminal que en el proyecto delictivo se le asigna a cada uno, toda vez que de un modo u otro, todos

⁶ BLANCO CORDERO, “El delito de blanqueo de capitales”, cit., pág. 529.

coadyuvan de manera eficaz y directa a la consecución del fin propuesto, sin que sea preciso que cada uno deba ejecutar todos los actos materiales integrantes del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores que se integran en el plan común.”

En atención a todo el planteamiento doctrinal anteriormente expuesto relativo a la coautoría de los jefes de las organizaciones criminales y la teoría del acuerdo previo de la STS 810/2011, cabe concluir por lo que respecta al caso concreto, que la Sra. Arán es la persona que se ha encargado de dirigir y planificar todos los hechos que posteriormente Baucells, Martí y Cugat han llevado a cabo, es decir, los hechos que han sido anteriormente calificados como delitos de los arts. 572 y 169.2 CP. La Sra. Arán se ha encargado de elaborar todo el plan de ejecución de los hechos y es la persona que a distancia controlaba toda la operación, puesto que a ella le pertenecía la decisión última del desarrollo de la misma. No se encontraba presente (o eso se puede deducir según los hechos descritos en el caso) en el momento en que Baucells, Martí y Cugat llevaron a cabo los ataques terroristas y las pintadas amenazantes a los concejales, pero Arán era la persona que coordinaba, dirigía y decidía sobre el plan ejecutivo. Por todo ello, y con el apoyo de las tesis mayoritarias doctrinales, se puede considerar a la Sra. Arán como coautora de los delitos llevados a cabo por los restantes integrantes de la organización terrorista, es decir, se le puede considerar como coautora de dos delitos de terrorismo del art. 572 CP y de tres delitos de amenazas del art. 169.2 CP.

1.4.4.- Órgano procesalmente competente

La situación actual en lo que respecta a las imputaciones de los sujetos Arán, Baucells, Martí y Cugat es la siguiente:

- Sra. Arán: delito del art. 571.1 CP, de dos delitos del art. 572 CP y de tres delitos de amenazas (art. 169.2 CP por ejemplo, de los cuatro tipos posibles analizados en el apartado anterior).
- Sres. Baucells, Martí y Cugat: delito del art. 571.2 CP, de dos delitos del art. 572 CP y de tres delitos de amenazas (art. 169.2 CP por ejemplo, de los cuatro tipos posibles analizados en el apartado anterior).

Los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat responden en calidad de coautores (art. 28 CP) de los delitos tipificados en los arts. 572 y 169.2 CP.

Todos los delitos anteriormente mencionados, tienen la consideración de conexos en virtud del art. 17 de la LECrim apartados primero o segundo dependiendo de los hechos concretos, los cuales no se desarrollan con el detalle necesario en el caso (si fueron cometidos simultáneamente por los imputados, si hubo concierto previo para llevarlos a cabo, etc). El art. 17.1 LECrim establece como conexos aquellos delitos cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o puedan estarlo por la índole del delito, mientras que el art. 17.2 LECrim entiende como conexos aquellos delitos cometidos por dos o más personas (en distintos lugares o tiempos) cuando hubiese precedido concierto para ello. También podría ampararse jurídicamente la conexidad en el apartado quinto del citado artículo ya que establece como conexos los diversos delitos que se le imputen a una persona al incoarse

contra la misma causa por cualquiera de ellos si tuviesen analogía o relación entre sí y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados (la aplicación de este último art. 17.5, dependería del curso que siguan las investigaciones y los procesos en los que deriven todos los hechos del caso “Otoño catalán”).

La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, dedica su Título IV, Capítulo II a regular la atribución de competencias que se le hace a la Audiencia Nacional, estableciendo concretamente en su art. 65 las materias concretas cuyo conocimiento corresponde a su sala de lo penal. Sin embargo, no es en esta Ley Orgánica donde encontramos la atribución de la competencia en materia de terrorismo. La Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece en su disposición transitoria lo siguiente: “los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de 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 contribuya a su actividad, y 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.”

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, serán los Juzgados Centrales de Instrucción (Madrid) los encargados de la instrucción del proceso. A continuación, su enjuiciamiento será competencia de la Audiencia Nacional. Todos los delitos analizados se integran dentro de la materia de terrorismo y son conexos entre sí.

1.5.- Miembros del Parlamento catalán y Presidente de Cataluña

El Capítulo I del Título XXI (Delitos contra la Constitución), arts. 472 a 484 del Código Penal contiene los tipos que encuadran el delito de rebelión. Así, el art. 472 apartado 5º CP tipifica el delito de rebelión estableciendo que son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para declarar la independencia de una parte del territorio nacional. El elemento subjetivo del injusto se caracteriza por el ánimo de conseguir cualquiera o todos los supuestos que recoge el tipo (en este caso concreto el recogido en el apartado 5º anteriormente indicado), exigiéndose el dolo que no es otro que el ánimo hostil, con conciencia del levantamiento colectivo contra las más altas instituciones del Estado.

En el caso concreto se establece que el Parlamento de Cataluña se reúne en sesión extraordinaria la mañana del 1 de octubre y declara la independencia del territorio catalán. Acto seguido, el Sr. Pero, Presidente de la CCAA catalana hace un llamamiento a los ciudadanos para que éstos salgan a la calle “en defensa de Cataluña”. Nos encontramos claramente ante un delito de rebelión (cuyo bien jurídico protegido es la Constitución) perpetrado por los parlamentarios y presidente catalán, además de por todos aquellos ciudadanos que manifiesten públicamente su apoyo a las propuestas del Gobierno catalán.

Para RODRÍGUEZ DEVESA, el alzamiento violento y público ha de ser concluyente, con claro animus hostilis, y se requiere para este autor que la resistencia y la desobediencia sean patentes, notorias, conocidas de todos, públicas, no recatadas. Sin embargo, no debe olvidarse que respecto al requisito de la violencia el Tribunal Supremo

en su sentencia de 22 de abril de 1983 se ha pronunciado, sosteniendo que “cabe añadir que la violencia no es requisito indispensable de la rebelión, pudiéndose pactar y llevar a cabo de modo incruento sin que, por ello, se destipifique el comportamiento de los agentes, lo que enseña la historia patria, donde han abundado los pronunciamientos o sublevaciones sin violencia ni efusión de sangre.”

En el art. 473.1 se establecen las distintas penas que le corresponderán a los reos de delito de rebelión en función de su participación en los hechos. En primer lugar, el referido artículo hace referencia a aquellos que hubieren promovido o sostenido la rebelión, a los jefes de la misma, a aquellos que indujeran a los rebeldes; para todos ellos el Código señala una pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. Ésta es la pena que le correspondería al Sr. Pero, por ser el presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña por el llamamiento que realiza en la mañana del 1 de octubre a todos los ciudadanos a salir a la calle “en defensa de Cataluña”.

En segundo lugar, el art. 473 establece una pena de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta por el mismo período de tiempo para aquellos que ejercieren un mando subalterno en la rebelión. En este sentido, correspondería esta pena a todos los parlamentarios del Parlamento de Cataluña por haber procedido en la mañana del 1 de octubre a la realización de la sesión extraordinaria del Parlamento que declaró la independencia del territorio catalán.

Finalmente, el apartado primero del art. 473 CP termina estableciendo una pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años para los meros participantes de la rebelión. Ésta pena le correspondería a aquellos ciudadanos que hubiesen salido a la calle apoyando y secundando la independencia proclamada por el Parlamento catalán y el llamamiento del Presidente de la Comunidad Autónoma Catalana.

Tal y como se analizó anteriormente en el caso de la detención ilegal ordenada por el Presidente de Cataluña, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece en su art. 70 el estatuto personal de los miembros del Gobierno de la CCAA catalana. Así en su apartado primero dispone que el Presidente de la Generalidad, durante sus mandatos y por los actos delictivos presuntamente cometidos en el territorio de Cataluña, no puede ser detenido ni retenido salvo en caso de delito flagrante. En su apartado segundo dispone que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidir sobre la inculpación, el procesamiento y enjuiciamiento del Presidente de la Generalidad. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

A modo de conclusión decir que como los delitos cometidos tanto por el Presidente de la CCAA de Cataluña como por los parlamentarios (art. 472.5 CP) son conexos en virtud de lo establecido en la LECrim, y por tanto le corresponderá el enjuiciamiento conjunto y conocimiento de los hechos al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

1.6.- PRI, Partit Radical Independentiste

1.6.1.- Miembros de PRI en relación con TPL

En el supuesto de hecho se establece lo siguiente: “La Sra. Arán, además de dirigir dichas acciones (el incendio de dos sedes ministeriales y las amenazas en los domicilios de tres concejales), estaba en contacto permanente con los Sres. Gibert y Queralt, parlamentarios del Partit Radical Independentiste (PRI), segunda fuerza política en el Parlament de Catalunya, de suerte que el ODM pudo establecer con claridad que los ataques que se realizaban en las fechas que los mencionados Sres. Gibert y Queralt determinaban, de acuerdo con criterios de conveniencia política, si bien era la Sra. Arán la que decidía qué tipo de objetivos serían atacados. El Sr. Queralt se suicida públicamente sabiendo que iba a ser detenido”. Es necesario analizar solamente la responsabilidad penal en la que puede haber incurrido el Sr. Gibert puesto que el Sr. Queralt se ha suicidado.

El art. 576 CP tipifica (Título XVII, Capítulo V, Sección 2ª) como delito de terrorismo el hecho de llevar a cabo, recabar o facilitar, cualquier acto de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. Además, en su apartado segundo tipifica como actos de colaboración⁷ los siguientes: “la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las organizaciones o grupos terroristas”.

En los hechos narrados en el caso, el Sr. Gibert colabora con los delitos de terrorismo del art. 571 CP que llevan a cabo los miembros de TPL. El art. 576 tal y como se analizó anteriormente, tipifica como actos de colaboración la información (tanto la relativa a personas como a bienes o a instalaciones). En los hechos se dice que son los Sres. Gibert y Queralt los que decidían las fechas en las que debían de realizarse los ataques y ellos en aras de su conveniencia política, es decir, le proporcionaban a la organización terrorista TPL la información de aquellas fechas en las que causaría un mayor impacto los ataques que la misma realizase con el fin y objetivo de subvertir y alterar el orden constitucional y la paz pública. Por todo ello, el Sr. Gibert en este caso es autor de un delito de colaboración con grupo terrorista tipificado en el art. 576.1 CP y le corresponderá una pena de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.

⁷ A tenor de la doctrina jurisprudencial desarrollada al hilo de la distinción del delito de colaboración (art. 576 CP) con el delito de integración en organización o grupo terrorista (art. 571 CP), “el integrante de banda armada -organizaciones o grupos terroristas- aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebraba la actividad terrorista, en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista, participando de sus discursos y de su actividad”, sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder por los actos terroristas concretos que realice, mientras que por el contrario, “el delito de colaboración con banda armada -organizaciones o grupos terroristas- supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con la concreta actividad delictiva” (SSTS de 28-6-2001, 17-6-2002, 1-10-2002, 29-5-2003, 15-7-2004 y 6-5-2007).

Haciendo referencia a lo expuesto en el apartado en que se analizan las responsabilidades en las que incurren los miembros de TPL, los delitos analizados en el referido apartado (delitos de pertenencia a banda terrorista y delitos de terrorismo del art. 572 CP) y los que nos encontramos analizando en éste concreto (delito de colaboración con organización terrorista del art. 576 CP), todos ellos son conexos en virtud del art. 17 de la LECrim apartados primero y segundo. Además, la LO 4/1988 de 25 de mayo de Reforma de la LECrim establece que la competencia en materia de terrorismo será de los Juzgados Centrales de Instrucción (en todo lo referido a la instrucción del proceso) y de la Audiencia Nacional para su enjuiciamiento.

1.6.2.- Sanciones aplicables a PRI en cuanto a partido político

La Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP en adelante), establece en su art. 9.1 que los partidos políticos ejercen libre y democráticamente sus actividades y las funciones que constitucionalmente se les atribuyen, siempre con pleno respeto al pluralismo. Deben respetar los valores constitucionales expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos.

El art. 9 establece en su apartado segundo los supuestos en los que un partido político será declarado ilegal. Esta declaración de ilegalidad será consecuencia de una vulneración de los principios democráticos llevada a cabo por la actividad del partido ilegalizado, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático mediante alguna de las conductas que se enunciarán a continuación, realizadas de forma grave y reiterada. El art. 9.2 establece numerosos supuestos pero citaremos las dos circunstancias que más se corresponden con el caso concreto y son las siguientes:

- Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.
- Complementar y apoyar políticamente la acción 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

Además, el apartado tercero del citado art. 9 establece que se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado segundo cuando se produzcan las siguientes conductas (citaremos las más significativas atendiendo al caso concreto):

- 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.
- Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

- 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.

Se ha de entender en primer lugar, que todos los miembros del partido político PRI compartían la misma ideología (contraria a los principios democráticos y al pluralismo político) y estaban de acuerdo en las actividades que llevaban a cabo los miembros Gibert y Queralt. Estas actividades se encuadran en los distintos apartados que se han ido enunciando del art. 9 de la LOPP, tales como: fomentar la violencia para la consecución de objetivos políticos, complementar políticamente la acción de las organizaciones terroristas (la del grupo TPL en este caso), colaborar habitualmente con las mismas, dar cobertura a sus acciones de terrorismo y desorden social, etc.

El art.10 de la LOPP, regula la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos. Establece que procederá la disolución o suspensión de un partido político (además de por decisión de sus miembros) cuando así lo decida la autoridad judicial competente teniendo en cuenta lo establecido en los apartados segundo y tercero del citado artículo. En este sentido, el art. 10.2 apartado c) establece que será acordada por el órgano judicial la disolución de un partido político 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 art. 9.

El órgano jurisdiccional competente para conocer de esta declaración de ilegalidad (art. 10.2, c)) será la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La misma estará formada por el Presidente del TS, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas.

En el art. 11 de la LOPP se regula el procedimiento que hay que seguir para la declaración de ilegalidad de un partido político. Están legitimados para instar dicha declaración el Gobierno y el Ministerio Fiscal. El Congreso de los Diputados o el Senado podrán instar al Gobierno que solicite la ilegalización de un partido político, quedando obligado el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización. La acción por la que se pretenda la declaración de ilegalidad del partido político se iniciará mediante demanda ante la Sala especial del TS.

La sentencia dictada por la Sala especial del TS que deberá declarar la disolución del partido PRI en este caso por todos los motivos argumentados anteriormente referidos a sus actividades (art. 9 LOPP), no podrá ser recurrida sin perjuicio, en su caso, del recurso de amparo ante el TC. La Sala deberá ordenar la cancelación de la correspondiente inscripción registral por lo que la disolución surtirá efectos desde su anotación en el Registro de partidos políticos.

Tal y como se ha desarrollado hasta ahora, la LOPP introdujo un instrumento jurídico útil para proceder a la declaración de ilegalidad y la subsiguiente disolución de un partido político. Sin embargo, tras la disolución de un partido surgen importantes problemas de constitucionalidad referidos a su pervivencia, sea en sus representantes ya elegidos, sea en conexión con futuros candidatos. Es necesario traer brevemente a colación la declaración de ilegalidad del partido Batasuna ya que existe cierta semejanza entre dicho

partido y el que se pretende ilegalizar en el caso concreto (PRI) para analizar brevemente los efectos que surgen de una declaración de ilegalidad.

La declaración de ilegalidad del partido Batasuna y su consiguiente declaración de disolución por el TS implicaba, según las medidas de ejecución previstas en la sentencia, la disolución de los grupos parlamentarios constituidos por este partido en el Parlamento navarro y en el Parlamento vasco. La LOPP no lo indica, aunque podría haberlo dicho, pero el Auto de la Sala especial del art. 61 (LOPJ) de 24 de abril de 2003 establecía que se “procediera a la disolución de los grupos parlamentarios provinciales, forales y municipales que figuren bajo la denominación de Batasuna”. El Parlamento navarro ejecutó sin dilación la sentencia del TS. Sin embargo, en el caso del Parlamento vasco, la Cámara se negó a disolver el Grupo aduciendo la autonomía parlamentaria como límite a la ejecución de la sentencia del TS.

Frente a ello, el TS estableció que la disolución es un acto de ejecución de una sentencia firme, y que requería la cooperación de los responsables de la Cámara para su ejecución y no dar cumplimiento a un mandato judicial de ejecución sería no aplicar la ley. Acto seguido y puesto que no se llevó a cabo dicha disolución del Grupo, se les imputó un delito de desobediencia al Presidente del Parlamento vasco y a los demás miembros de la Mesa.

Más allá del debate sobre la disolución de un Grupo Parlamentario por decisión judicial, la disolución de un partido no afecta a los derechos de los representantes elegidos. Por ello, tampoco a su derecho a crear un Grupo en la correspondiente Cámara, teniendo en cuenta las condiciones que establezca el Reglamento respectivo.

Para finalizar el análisis de las sanciones aplicables a PRI en cuando partido político, hay que decir que el pasado 28 de diciembre del 2012 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. En el apartado segundo del Preámbulo de la LO 7/2012 se dice que se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸ con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro de régimen general de responsabilidad, suprimiendo entonces la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del art. 31 bis del Código Penal.

De este modo, se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos

⁸ El art. 33.7 del Código Penal regula las consecuencias penológicas aplicables a las personas jurídicas que incurran en responsabilidad penal estableciendo que: “las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes: a) multas por cuotas o proporcional; b) disolución de la persona jurídica (la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita); c) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (esta prohibición podrá ser temporal o definitiva, si fuera temporal el plazo no podrá exceder de quince años); f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. (...)”

previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos. Tal modificación de la responsabilidad de los partidos políticos y sindicatos se recoge en la LO 7/2012 al comienzo de su único artículo y en la disposición adicional segunda de la citada Ley se establece que la misma entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE, por lo que será de aplicación a aquellos partidos políticos a los que haya que exigirles responsabilidades penales a partir de veinte días a contar desde el 28 de diciembre del 2012 y ello por lo establecido en el art. 25 de la Constitución española al señalar que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Además, el art. 9.3 de la Constitución consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Por todo ello, cabe concluir que la exigencia de responsabilidad penal a un partido político podrá hacerse por los hechos que cometa el mismo a partir de veinte días a contar desde el 28 de diciembre del 2012. Por lo que respecta al caso concreto esta Ley Orgánica 7/2012 no será de aplicación puesto que los hechos cometidos por el partido Partit Radical Independentista (PRI) fueron cometidos con anterioridad a la fecha anteriormente indicada, concretamente en los meses de septiembre y octubre del año 2012.

1.7.- Sr. Devries, Embajador francés

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial reconoce en su art. 21 la competencia de los juzgados y tribunales españoles para conocer de los juicios que se susciten en territorio español. Pero no es ésta una jurisdicción absoluta, pues frente a tal formulación genérica, el párrafo segundo del citado artículo exceptúa “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.” Se trata pues de una norma en blanco que supone una remisión global de la Ley española al ordenamiento internacional, lo que, unido a la ausencia de normativa específica, determina que sea aquél el que precise el concepto, contenido y límites de la inmunidad, así como los beneficiarios de la misma.

El desarrollo de la actividad exterior de un Estado se despliega no sólo a través de sus órganos centrales, sino también por los órganos periféricos a quienes corresponde la función ejecutiva de aplicación de los objetivos marcados por la actividad política en el territorio de otro Estado, Estado receptor. Las misiones diplomáticas permanentes, representantes del Estado acreditante, son, sin duda, la principal institución en este ámbito; su régimen jurídico ha quedado codificado en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961.

El art. 1 apartado e) del Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, dispone que por “agente diplomático” se entiende el jefe de la misión (persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal) o un miembro del personal diplomático de la misión, es decir, los miembros de la misión que posean la calidad de diplomático. El agente diplomático es pues, toda persona -jefe de la misión o miembro de la misma- acreditado con carácter de diplomático ante el Estado receptor, que figura en la

lista diplomática y goza del estatuto de diplomático. El conjunto de personas acreditadas como agentes diplomáticos ante un Estado e incluidas en la lista diplomática (embajadores, ministros, consejeros, encargados, agregados y demás personal diplomático de la misión) forman el Cuerpo Diplomático extranjero en una capital, aunque esta expresión se suele reservar para los jefes de la misión diplomática.

El término “misión diplomática” es empleado por el Convenio de Viena de 1961 para designar las representaciones permanentes del Estado acreditante ante el Estado receptor. Existen cuatro⁹ tipos de misiones diplomáticas:

- La Embajada, máxima categoría de la misión diplomática cuyo jefe es un embajador.
- La Legación, misión diplomática de jerarquía inferior a la Embajada cuyo jefe de misión es un ministro residente.
- La Nunciatura, misión diplomática de la misma categoría que la Embajada, cuyo jefe se denomina nuncio.
- La Internunciatura, misión diplomática de la Santa Sede de menor categoría que la Nunciatura, pues la misma se puede equiparar a la Legación. El jefe de la misión se denomina internuncio.

Según el art. 14 del citado Convenio de Viena, los jefes de la misión diplomática se dividen en tres clases: a) embajadores o nuncios acreditados ante los Jefes de Estado; b) enviados, ministros o internuncios acreditados ante los Jefes de Estado; c) encargados de negocios acreditados ante los ministros de Relaciones Exteriores. Así, el Embajador es el jefe de misión diplomática de la máxima categoría.

El art. 29 del Convenio establece que la persona del agente diplomático es inviolable y no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. De hecho, se le impone al Estado receptor la obligación de tratar con el debido respeto a la figura del agente diplomático y de adoptar todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

El art. 31 del Convenio de Viena de 1961 contempla la inmunidad de jurisdicción de forma absoluta cuando se refiere al ámbito penal, mientras que en materia civil y administrativa está sujeto a una serie de restricciones las cuales no interesan en el concreto supuesto de hecho. Además el citado artículo establece que el agente diplomático no está obligado a testificar, no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución y que dicha inmunidad de jurisdicción no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

Por todo ello, el Estado receptor que en el caso concreto es España, ha violado la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas puesto que llevó a cabo la detención del Embajador francés cuando éste, en virtud de los arts. 29 y 31 del citado Convenio, goza de inmunidad personal y de jurisdicción en el ámbito penal. Por lo que respecta a este incumplimiento por parte del Estado español, hay que destacar el Protocolo facultativo

⁹ Son también misiones diplomáticas en sentido amplio, las delegaciones permanentes de un Estado ante una Organización Internacional al frente de las cuales está un Embajador, representante o delegado permanente y las misiones que los organismos internacionales pueden establecer antes los Estados que forman parte de las mismas.

sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Los Estados Partes en el citado Protocolo y en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (“la Convención” en adelante), manifiestan su compromiso de recurrir a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en todo lo que les concierna respecto de las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, a menos que las partes hayan aceptado de común acuerdo, dentro de un plazo razonable, alguna otra forma de arreglo. Por lo que respecta al caso concreto y ya que nada se dice en el supuesto de hecho sobre alguna otra posible forma de arreglo por la detención del Embajador francés en España, Francia podrá acudir ante la Corte Internacional de Justicia¹⁰ por el incumplimiento por parte de España de lo establecido en los arts. 29 y 31 de la Convención.

El Capítulo II del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge la competencia de la misma. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de Naciones Unidas o en los tratados y convenios vigentes (art. 36 del Estatuto de la Corte). Con todo, Francia podrá acudir a la Corte Internacional de Justicia siguiendo el procedimiento que viene regulado en los arts. 39 a 64 del Estatuto de la Corte y con mayor detalle en el Título III del Reglamento de la Corte del 14 de abril de 1978, que regula el procedimiento contencioso¹¹.

1.8.- Ex-capitán Rama y los soldados Pi y Margall

En el supuesto de hecho se establece lo siguiente: “A las 13:00 p.m. del día 1 de octubre, el Gobierno de España emite un decreto proclamando el Estado de sitio por el plazo de una semana, y nombrando al General Bruquetas como autoridad militar competente para ejecutar las medidas de orden público oportunas. Bajo su mando, dos divisiones de infantería y una de caballería se despliegan en Cataluña y, especialmente, en Barcelona, donde miles de personas están en la calle celebrando la proclamación de independencia. Sobre las 15:30 p.m. la compañía de infantería número 12, bajo el mando del capitán Rama, tras tres intentos infructuosos de disolver pacíficamente una concentración ciudadana en el parque Turó, abre fuego, provocando la muerte de dieciséis personas. Los Sres. Cata y Pedreira fueron los soldados que bajo las órdenes del Sr. Rama realizaron materialmente los disparos.”

¹⁰ La Corte desempeña una doble misión: el arreglo de las controversias de orden jurídico entre los Estados que le sean sometidas por éstos (procedimiento contencioso) y la emisión de dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas que le sometan los órganos u organismos de las Naciones Unidas (procedimiento consultivo).

¹¹ Por lo que respecta al caso concreto, sólo los Estados pueden ser partes en el procedimiento contencioso (los Estados Miembros de las Naciones Unidas y otros Estados que sean partes en el Estatuto de la Corte o que hayan aceptado su jurisdicción bajo ciertas condiciones). Los procedimientos podrán ser incoados de dos maneras: a) mediante la notificación de un acuerdo especial, de naturaleza bilateral; b) mediante una solicitud. La solicitud, que es de naturaleza unilateral, la presentará el Estado demandante contra el Estado demandado, es decir, Francia contra España en este caso.

El Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, establece en su Título II las disposiciones relativas a la disciplina. La disciplina (según lo expuesto en el art. 8), es un factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado; será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas. Por otro lado, el art. 48 se refiere a los límites de la obediencia estableciendo lo siguiente: “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.”

Según lo expuesto en el párrafo anterior, el capitán Rama es quien da la orden de abrir fuego contra civiles desarmados en una manifestación pacífica (lo cual es un hecho constitutivo de delito que analizaremos a continuación), y los soldados Cata y Pedreira obedecen dicha orden no estando obligados a ello (en virtud del art. 48 de las Reales Ordenanzas) por lo que tendrán que asumir la responsabilidad de sus actos. Es decir, la responsabilidad de la muerte de dieciséis personas será tanto del capitán por ser quien da la orden sobre hechos constitutivos de delito como de los soldados por obedecer dicha orden sin estar obligados a ello por las Reales Ordenanzas.

Lo expuesto anteriormente encuentra su fundamento en el art. 55 de las Reales Ordenanzas que establece la responsabilidad en el ejercicio del mando. En este sentido, se establece que la responsabilidad no es renunciabile y no se podrán ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito, siendo esto incumplido por parte del capitán Rama.

Por lo que respecta a las responsabilidades en las que han incurrido el capitán Rama y los soldados Cata y Pedreira hay que decir que el art. 20 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar establece que son delitos militares las acciones u omisiones culposas penadas en el Código. Acto seguido, el art. 21 establece que no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que constituyan delito. En relación con esto último, los soldados Cata y Pedreira no podrán alegar en el juicio en el que se examinen sus responsabilidades por los actos del parque Turó, eximente o atenuante por haber obedecido una orden de un superior, del capitán Rama, ya que dicha orden es contraria a las leyes y constitutiva de delito (el hecho de abrir fuego contra civiles desarmados).

El Código Penal Militar (CPM en adelante) contempla en su Capítulo IV los delitos contra los deberes del mando. En el art. 139 CPM establece que “el militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar y ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.”

A tenor del citado artículo se desprende que tanto el capitán Rama (“quien ordenare violencias innecesarias”) tanto como los soldados Cata y Pedreira (“quien empleare violencias innecesarias”) cometen un delito de extralimitación en el ejercicio del mando. Les corresponde a los tres la autoría en el citado delito, es decir, Rama, Cata y Pedreira son coautores de dieciséis delitos de extralimitación en el ejercicio del mando tipificados en el

art. 139 del CPM. Son coautores de dieciséis delitos porque nos encontramos ante un concurso real (varias acciones, varios disparos – varios delitos, dieciséis personas muertas) puesto que se daña el bien jurídico de la vida de dieciséis personas que mueren a causa de los disparos efectuados por los soldados como consecuencia de la orden del capitán.

El art. 139 señala una pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, por lo que les debería corresponder una pena de cuatro años por cada una de las personas que perdieron la vida a causa de las acciones llevadas a cabo por los tres militares, lo cual ascendería a un total de sesenta y cuatro años de prisión para cada uno de los militares. Sin embargo, con respecto a las penas, el CPM destina su título III a las mimas. En este sentido, el art. 26 CPM establece un límite máximo temporal de veinticinco años de prisión estableciendo además en su art. 29 una pena accesoria de inhabilitación absoluta cuando la pena de prisión impuesta exceda de los doce años, lo cual será de aplicación para el caso concreto, es decir, Rama, Cata y Pedreira deberán cumplir veinticinco años en prisión como consecuencia de las dieciséis muertes que provocaron con sus acciones en el parque Turó y además se les impondrá una pena accesoria de inhabilitación absoluta.

El Código Penal Militar establece en su art. 63 que será delito el hecho de negarse a obedecer las órdenes u prescripciones emitidas por las autoridades militares en tiempo de guerra o en Estado de sitio. Los soldados Cata y Pedreira podrían alegar este artículo en su defensa, pero en el mismo se establece el límite de las órdenes que pueden ser emitidas por las autoridades diciendo que las mismas han de estar sometidas a la Constitución y a las Leyes, y la orden del capitán Rama de abrir fuego contra civiles desarmados viola multitud de derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Además, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (LOFAS en adelante), establece en su art. 6 las reglas del comportamiento militar. En el apartado tercero establece que los militares han de poner todo su empeño en preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos durante la actuación de las Fuerzas Armadas en los supuestos de grave riesgo. En el apartado sexto del referido artículo se establece que en caso de empleo legítimo de la fuerza, los militares tendrán que hacer un uso gradual y proporcionado de la misma. El capitán Rama ordenó abrir fuego contra civiles desarmados, lo cual contraviene claramente el art. 6 en sus apartados tercero y sexto y no respetaría el límite de la Constitución y las Leyes a que hace referencia el art. 63 del CPM y al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. Finalmente el apartado duodécimo del citado art. 6 establece que si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas, el militar no estará obligado a obedecerlas.

La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM en adelante) establece en su art. 12 que en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar. Por consiguiente, será la jurisdicción militar la competente para conocer de los delitos cometidos por Rama, Cata y Pedreira relativos al art. 139 CPM. Además, el apartado segundo del art. 12 LOCOJM establece que la jurisdicción militar también será la competente para conocer de los delitos cometidos durante la vigencia del estado de sitio, pero tal y como hemos analizado anteriormente, el estado de sitio fue declarado inconstitucionalmente sin seguir el procedimiento legalmente establecido, por lo que se podría poner en duda su vigencia, y para disipar cualquier duda, la competencia de la

jurisdicción militar queda plenamente amparada por el art. 12.1 relativo a la comisión de los delitos comprendidos en el CPM.

El órgano procesalmente competente para conocer del enjuiciamiento sobre las responsabilidades en las que han incurrido el capitán Rama y los soldados Cata y Pedreira corresponde según el art. 45 de la LOCOJM al Tribunal Militar Territorial ya que es el competente para conocer de los procedimientos por delito de la competencia de la jurisdicción militar cometidos por los referidos sujetos y no reservados a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni al Tribunal Militar Central. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo será la competente para conocer de las causas que se enumeran en el art. 23 de la citada Ley, pero ninguna de las causas recogidas se corresponde con los hechos del concreto supuesto de hecho. Además, el art. 34 de la LOCOJM recoge las causas de las cuales es competente para conocer el Tribunal Militar Central y entre ellas enumera la relativa a los hechos cometidos por militares con empleo igual o superior a Comandante, pero en este caso el empleo del Sr. Rama se corresponde con Capitán, lo cual constituye un mando jerárquicamente inferior al de Comandante al cual alude el citado artículo.

Por lo tanto, el Tribunal Militar territorial de Barcelona será el competente para el enjuiciamiento del capitán Rama y los soldados Cata y Pedreira por los hechos acaecidos en el parque Turó. Pero además, el art. 53 LOCOJM establece que corresponde a los Juzgados Togados Militares la instrucción de todos los procedimientos judiciales cuyo conocimiento sea competencia de la jurisdicción militar, con las excepciones establecidas en la referida Ley. Dado que el concreto supuesto de hecho no queda amparado bajo ninguna de las excepciones a las que se refiere la Ley (es decir, serían los Juzgados Togados Militares Centrales los encargados de la instrucción del procedimiento si la competencia de enjuiciamiento fuese atribuida al Tribunal Central Militar; pero no nos encontramos ante dicho supuesto).

La Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar establece en su art. 2 una división del territorio español a efectos jurisdiccionales militares estableciendo cinco territorios. El territorio tercero comprende las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Islas Baleares y la Comunidad Foral de Navarra. El art. 3 de la citada Ley establece que en cada uno de los territorios descritos en el art. 2 existirá un Tribunal Militar Territorial cuya sede en el caso del Tribunal Militar Territorial Tercero será Barcelona. A continuación, el art. 9 establece las demarcaciones de los Juzgados Togados Militares del referido territorio tercero, estableciendo para las provincias de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona un Juzgado Togado con el número 31 con sede en Barcelona.

A modo de conclusión decir que los órganos procesalmente competentes para conocer de la instrucción de los hechos cometidos por el capitán Rama y los soldados Cata y Pedreira será el Juzgado Togado número 31 de Barcelona y posteriormente, el órgano encargado del enjuiciamiento de los hechos será el Tribunal Militar Territorial de Barcelona.

2.- Validez Constitucional

2.1.- Procedimiento del art. 155 CE

El art. 155 CE complementa la previsión de vías o medios de control (ordinario) de la actividad de las Comunidades Autónomas contenida en el artículo 153 al contemplar un mecanismo de control subsidiario, de carácter excepcional o extremo (y alcance incluso coercitivo), para situaciones igualmente excepcionales o extremas, consistentes en el incumplimiento por aquéllas de obligaciones impuestas por la Constitución o las leyes o en actuaciones de las mismas que atenten gravemente al interés general de España.

El precepto se inspira claramente en la figura de la llamada "coerción federal" (Bundeszwang), prevista en el artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn. En otros sistemas federales o Estados de estructura compuesta o compleja, por el contrario, el mecanismo de reacción -extrema o excepcional- de los órganos federales o centrales ante conductas de los Estados federados o entes territoriales subestatales gravemente atentatorias contra la lealtad federal o institucional hacia la Federación o el Estado central consiste en la suspensión o disolución de los órganos de aquéllos (la llamada "intervención o ejecución federal"), y no sólo en la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento forzoso de las obligaciones incumplidas. Como ejemplos de sistemas de "intervención" federal o estatal, que comportan la suspensión o disolución de órganos territoriales, pueden consultarse el artículo 100 de la Constitución austriaca, el artículo 126 de la Constitución italiana o el apartado 31 del artículo 75 de la Constitución argentina.

El art. 155 CE comienza por exponer qué situaciones o causas determinan su puesta en práctica: que una Comunidad Autónoma (CCAA en adelante) “no cumpla las obligaciones que le imponga el Ordenamiento jurídico”, tanto constitucional como ordinario, o bien, segunda posibilidad, que “actúe de forma que atente gravemente al interés general de España.” El citado artículo habilita al Gobierno del Estado a “adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general”.

Para que el Gobierno pueda llevar a efecto las medidas a las que hace referencia el art. 155, es necesario que se efectúe un previo requerimiento al Presidente de la CCAA en cuestión y, en caso de no ser atendido, será entonces cuando por medio de aprobación por mayoría absoluta del Senado, se podrán adoptar las medidas necesarias para obligar a la CCAA al cumplimiento forzoso de obligaciones o para la protección del mencionado anteriormente interés general.

En el caso concreto, en ningún momento se hace referencia al previo requerimiento que debería haber hecho el Gobierno al Sr. Pjero, Presidente de la CCAA de Cataluña, y sería posteriormente, cuando en caso de no haber sido atendido dicho requerimiento, se procedería a aprobar las medidas necesarias por medio de mayoría absoluta del Senado. En este sentido, nos encontramos ante un incumplimiento del precepto constitucional ya que no se ha ejecutado siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido debido a la falta de requerimiento previo exigida.

En cuanto al control del ejercicio de las facultades atribuidas por este precepto, la doctrina alude a dos cauces o vías para efectuarlo: de un lado, el conflicto de competencia planteado por la Comunidad Autónoma afectada ante el Tribunal Constitucional (art. 59.1.a. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional); y, de otro, la impugnación por ésta de los concretos actos adoptados por el Gobierno de la Nación en virtud de la autorización emitida por el Senado en sede contencioso-administrativa. Al control jurídico se añade el control político del Gobierno que puede llevar a cabo el Congreso de los Diputados.

Por lo que respecta al caso concreto, la CCAA de Cataluña, al no haberse requerido previamente a su Presidente por parte del Gobierno central, tiene dos posibles vías para ejercitar el control del ejercicio de las facultades atribuidas al Gobierno en el art. 155. Por un lado, puede plantear un conflicto positivo de competencia según lo establecido en el art. 61.1 LOTC ya que “pueden dar lugar al planteamiento de conflictos de competencia las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado”. Estarían legitimados los órganos ejecutivos superiores de la CCAA catalana es decir, el Presidente o el Consejo de Gobierno, y el órgano competente para el conocimiento del asunto sería el Tribunal Constitucional. Por otro lado, la doctrina hace referencia también a la posibilidad de recurrir los concretos actos adoptados por el Gobierno central en sede contencioso-administrativa.

No sería necesario entrar en el fondo del asunto, que sería el alcance de las posibles medidas que podría adoptar el Gobierno en caso de haber seguido los cauces constitucionales establecidos para llevar a efecto el art. 155 CE (el previo requerimiento al Presidente de Cataluña y el procedimiento establecido en el art. 189 del Reglamento del Senado); sin embargo, es necesario hacer una breve valoración al alcance de las posibles medidas que se podrían adoptar amparadas en el art. 155.

El carácter altamente excepcional del mecanismo previsto en el artículo 155 CE se manifiesta en su, hasta la fecha, inexistente proyección práctica o aplicativa. En efecto, hasta hoy el Senado y el Gobierno de la Nación no han hecho uso de las facultades que les confiere el artículo 155 CE en ninguna ocasión. Tampoco existen precedentes de una aplicación del artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn en la República Federal de Alemania y la doctrina se ha pronunciado acerca de la oportunidad de un posible desarrollo legal del art. 155 CE.

Las medidas contempladas son graduables ya que en la materia juegan los principios de unidad, intervención mínima y proporcionalidad. Todos ellos contrarrestan un cierto tremendismo que se ha difundido sobre el artículo por incluir la posibilidad de decretar la suspensión de la autonomía, cuestión que no entraremos a analizar ya que hay una tremenda disparidad de opiniones doctrinales y un completo vacío legal y jurisprudencial que sería necesario regular.

A modo de conclusión decir, que el art. 155 CE debe verse desde la óptica de la coordinación y no desde el campo sancionatorio. Se trata de una previsión constitucional presente también en otras Constituciones, tal y como se ha aludido al comienzo del análisis de este precepto, y cuyo ejercicio es obligado para el ente territorial superior, es decir, el Estado (Gobierno central en este caso). El mandato contenido en el artículo atribuye al

Gobierno una potestad, y la naturaleza de las potestades públicas conlleva su ejercicio obligado para el Ente apoderado, en nuestro caso el Gobierno central. La potestad es un deber, no una facultad. Su contenido es obligatorio, pero rodeado de garantías. Para el ejercicio de las potestades que encierra, el Gobierno tiene que cumplir escrupulosamente con un 'iter' formal en él señalado.

El modelo constitucional español está basado, en efecto, en la más amplia descentralización política a través de la autonomía territorial, en el autogobierno de nacionalidades y regiones, pero también en algo muy importante para la supervivencia misma del sistema político-constitucional vigente: en la solidaridad interterritorial y, además, en la lealtad constitucional. Cuando ello falta, la arquitectura política del Estado se desordena. De todas maneras, en el futuro, contemplando una posible reforma de la Constitución, sería aconsejable que el precepto considerado experimentara una redacción menos general e imprecisa, y, en cambio, más concreta de las posibles medidas que se pueden adoptar. Así se despejarían las dudas que, hoy por hoy, es lícito plantearse.

2.2.- Declaración de los Estados de Excepción y Sitio

La Constitución Española establece en su art. 116 los instrumentos que con carácter excepcional puede utilizar el Estado cuando se produce una situación de emergencia que es imposible solventar a través de los mecanismos ordinarios, cuales son los estados de alarma, excepción y sitio. Estos "estados excepcionales" suponen situaciones formalizadas en las que el régimen general de garantías de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes del Estado sufren modificaciones transitorias más o menos sustantivas, sin que las mismas impliquen una suspensión del Estado de Derecho.

Esta regulación constitucional ha venido a ser completada por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES en adelante). Y como dice el senador MORÁN¹² "no se trata de etapas, de escaladas en una escalera con intensidad diferente del mismo proceso; se trata de situaciones cualitativamente distintas; el estado de alarma para unas situaciones que vienen de hechos naturales o sociales que ocurren en la historia; el estado de excepción para situaciones que afectan al orden público y que es previsible que no puedan atajarse por los medios ordinarios; y el estado de sitio ante procesos que afectan al orden constitucional."

De conformidad con el art. 116.3 CE, desarrollado por los arts. 13, 14 y 15 de la LOEAES, la declaración del estado de excepción se llevará a cabo por el Gobierno mediante decreto acordado en el Consejo de Ministros, exigiéndose para ello la previa autorización del Congreso de los Diputados. Siendo en la autorización así como en la proclamación del estado excepcional, donde se deba determinar con carácter expreso sus efectos, ámbito territorial y duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual con los mismos requisitos. En el caso concreto efectivamente se sigue el procedimiento anteriormente expuesto, el Gobierno el 26 de septiembre acuerda solicitar al Congreso de los Diputados la autorización para decretar el estado de excepción y el 27 de

¹² *Diario de Sesiones del Senado*. Sesión plenaria núm. 105, de 14 de mayo de 1981, pág. 5312.

septiembre una vez obtenida dicha autorización, el Gobierno decreta el estado de excepción en Cataluña. Sin embargo, el problema que nos encontramos en este caso concreto será el relativo a las medidas y suspensión de derechos y libertades aprobadas en ese decreto por el Gobierno, el cual fue autorizado previamente por el Congreso.

Quien declara de hecho el estado de excepción es el Congreso de los Diputados, por cuanto el decreto gubernamental de declaración viene a ser la proclamación formal de la autorización congresual. El Congreso de los Diputados en el ejercicio de su competencia no se limita a aceptar o no el conjunto de la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pues se encuentra habilitado legalmente para debatirla e incluso introducir las modificaciones que estime pertinentes en la misma (arts. 6 y 13.3 LOEAES), lo que viene a reforzar la intervención del legislativo por cuanto se le está permitiendo condicionar la propia actuación del Gobierno. Por todo ello puede deducirse que es al Congreso de los Diputados a quien corresponde en este caso no sólo la constatación de la emergencia, sino también la declaración propiamente dicha, aunque sea, eso sí, a iniciativa exclusiva del Gobierno.

El problema en el caso concreto radica en que las medidas que decreta el Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados son contrarias al orden constitucional (tanto a la CE como a la LOEAES). En primer lugar, el aumento del plazo de detención preventiva hasta un máximo de quince días es contrario a lo establecido en el art. 16 de la LOEAES, en donde se establece un plazo máximo de 10 días. Además, pueden suspenderse los derechos de reunión y manifestación proclamados en el art. 21 CE, pero en el art. 22.3 de la LOEAES se establece que las reuniones que los partidos políticos realicen en cumplimiento de los fines constitucionales establecidos en los arts. 6 y 7 CE no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa, y todo ello contrasta con la suspensión genérica de las actividades del Parlamento de Cataluña que se decreta por el Gobierno. La suspensión de la libertad de circulación del art. 19 de la CE se regula en el art. 20 de la LOEAES con gran detalle, no siendo admisible una prohibición genérica de cerrar las fronteras del Estado español.

Para analizar la naturaleza de la declaración del estado de excepción, hay que tener presente que se trata de un acto cuyo contenido material se integra de forma inmediata en el ordenamiento jurídico sin que para ello se requiera la previa sanción regia, pues basta con que la declaración sea publicada en el BOE para que entre en vigor desde ese mismo instante (art. 2 LOEAES). Es por ello que esta decisión parlamentaria no recibe en el ordenamiento jurídico español el nombre de “ley”, sin embargo, que este acto no se exprese bajo la forma de ley no significa que no goce de su valor y su fuerza y, por tanto, se trate de actos políticos de la Cámara, especialmente si es la propia decisión congresual la que dispone la normativa aplicable durante la vigencia del estado excepcional.

Afirmar el valor y la fuerza de la ley de la autorización congresual del estado de excepción, supone afirmar la posibilidad de su control por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 27.2 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Se abre así la vía que permite dar cumplimiento al mandato previsto en el art. 9.1 CE, por cuanto la decisión del Congreso, tanto en lo que se refiere a los elementos legitimantes, como al alcance de las medidas adoptadas, se encuentra sometida al control del Tribunal Constitucional, lo que implica su exclusión de las zonas exentas de control jurídico-constitucional. El recurso de inconstitucionalidad permite hacer valer en sede

jurisdiccional la posición que las minorías adoptaron en su momento en sede parlamentaria, a parte de dar entrada en el ejercicio del control a todos aquellos a los que nuestra Constitución legitima para promover tal recurso, independientemente de su condición de parlamentario

Una vez analizado el control de la intervención parlamentaria, es necesario proceder a analizar el control del decreto declaratorio del estado de excepción. Si se parte de considerar que el decreto de la declaración, en atención a su denominación, esto es “decreto”, es una disposición normativa de rango inferior a la ley, el único control al que podría encontrarse sometido es a un control de legalidad por vulneración, no sólo de la LOEAES sino también de la autorización congresual. Sin embargo, en este caso concreto, el contenido del decreto fue autorizado por el Congreso, es decir, no hubo vulneración de dicha autorización congresual por lo que habría que proceder tal y como se dijo anteriormente por medio de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma.

El decreto de declaración del estado de excepción, más que dictarse en desarrollo de la autorización del Congreso, lo que hace es proclamar formalmente dicha autorización, en tanto su contenido podrá ser exclusivamente autorizado por la Cámara. Se ha establecido por tanto un tipo de decreto diferente de los Decretos-Leyes y de los Decretos Legislativos, lo que no obsta, para entender que gozan de su misma naturaleza, esto es, que también en este supuesto se trata una disposición normativa que goza del valor y de la fuerza de la ley por varias razones. Por un lado, porque si no fuera así, no se entiende muy bien que la Constitución requiera expresamente la autorización del Congreso en estos casos, autorización que como ya se ha indicado anteriormente tiene un carácter previo y sin la cual el Gobierno no podrá declarar el estado de excepción, por lo que de ella depende la propia existencia del decreto gubernamental, apartándose así del procedimiento que se establece para la elaboración de las disposiciones de carácter general (arts. 129-132 LPA). Por otro lado, porque si como se ha expuesto anteriormente el decreto de declaración del estado de excepción no es más que la proclamación formal de la autorización congresual, si se tiene en cuenta que la autorización es una de esas figuras comprendidas dentro de la categoría de “actos con fuerza de ley”, cómo se podría entonces admitir que su expresión formal, esto es, el decreto que la contiene, no goce de su misma naturaleza. Y por último porque de acuerdo con la doctrina, y más concretamente con PORRES AZKONA¹³ cuando señala que “la interpretación del concepto “acto con fuerza de ley” debe medirse al amparo de lo que la decisión supone: modificación del régimen jurídico de la libertad, no sólo frente a quienes perturban el orden democrático, sino frente a todos”. Por todo ello, no sólo la autorización congresual podrá ser objeto de control por el Tribunal Constitucional, sino que el propio decreto declaratorio podrá ser susceptible de ese mismo control.

A continuación se procede a analizar la declaración del estado de sitio del 1 de octubre. La declaración del estado de sitio viene contemplada en el art. 116 apartado cuarto de la CE, desarrollado por los arts. 32 a 36 de la LOEAES, el cual será declarado por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, correspondiendo, asimismo, a la Cámara Baja determinar su ámbito territorial, duración y condiciones, así como autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías del detenido que se reconocen en el apartado tercero del art. 17 CE (art. 32.3 LOEAES), e incluso determinar los delitos que

¹³ FRANCESC PAU I VALL., “Parlamento y Justicia Constitucional”, cit., pág. 181.

durante la vigencia del estado excepcional queden sometidos a la Jurisdicción Militar (art. 35 LOEAES).

Se observa así como conforme aumenta la situación de emergencia, la intervención parlamentaria adquiere también un mayor protagonismo. Y es que, si bien es el Gobierno de la nación el que con carácter exclusivo puede dar inicio al procedimiento de declaración del estado de sitio, únicamente el Congreso de los Diputados puede declararlo, para lo que se refiere el voto favorable de la mayoría absoluta de la Cámara. El acto de declaración congresual no ha de entenderse como una mera manifestación de la función de control sobre la actividad gubernamental (al igual que expusimos anteriormente en lo referido a la autorización congresual del estado de excepción), pues van más allá en tanto que el Congreso no sólo controla al Gobierno, sino también aprueba normas y dispone ciertas medidas. De ahí que se pueda constatar el carácter normativo de la intervención congresual, por lo que la “resolución” del Congreso declaratoria del estado de sitio goza de valor y fuerza de ley y por tanto susceptible de control por el Tribunal Constitucional por medio del recurso de inconstitucionalidad. Pero además, y dado que la declaración congresual se trataría de una resolución parlamentaria con eficacia jurídica externa inmediata, la declaración de inconstitucionalidad también se podrá promover mediante una cuestión de inconstitucionalidad, así como a través de la vía indirecta prevista en el art. 55.2 de la LOTC.

Todo ello sin perjuicio de los eventuales recursos de amparo que los Grupos congresuales pudieran interponer contra los actos de tramitación (pero firmes) conducentes a la adopción de la declaración por la Cámara que hubieran supuesto la vulneración de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas constitucionalmente amparables, abriéndose así una nueva vía de actuación y conocimiento del Tribunal Constitucional.

Con respecto a lo que sucede en el caso concreto, no se da el supuesto de que la declaración del Congreso vulnere el orden constitucional y los derechos fundamentales y por tanto sería recurrible ante el Tribunal Constitucional; sino que en este caso no existe dicha declaración por parte del Congreso tal y como exige la CE, sino que es el propio Gobierno quien lo proclama a través de un decreto. La situación de declaración del Estado de sitio es por lo tanto, diferente a la analizada anteriormente relativa al estado de excepción.

La vía de control que hay que seguir en la declaración del estado de sitio por decreto por parte del Gobierno de la Nación, es la impugnación del mismo en vía contencioso-administrativa dada la naturaleza formal de decreto el cual es una norma infralegal y por tanto sometida al control de las disposiciones reglamentarias. No es posible en este caso ejercitar un control por parte del Tribunal Constitucional ya que no se contó en ningún momento con autorización congresual, se trata de un decreto que a diferencia del proclamado en el Estado de excepción no está amparado por el Congreso. Hay que matizar haciendo referencia a un posible eventual recurso de amparo (arts. 41 y ss LOTC) por ejemplo, en caso de que un partido político recurriese ante la jurisdicción contencioso-administrativa el decreto que declara el estado de sitio, y ésta no lo declarase radicalmente nulo de pleno derecho, sería posible interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo.

Por todo lo expuesto, hay que concluir que la intervención del Congreso de los Diputados, bien sea autorizando (como ocurre en la declaración del estado de excepción), bien declarando propiamente el estado excepcional (como ocurre en el estado de sitio), es una intervención susceptible de control en vía constitucional. Y lo mismo puede decirse de los decretos declaratorios de la excepcionalidad cuando están respaldados por la previa autorización congresual. Sin embargo, por lo que respecta al control del decreto declaratorio del estado de sitio, el mismo es radicalmente nulo y no se da la situación de que se trate de un decreto que goce de fuerza y rango de Ley ya que a diferencia del decreto declaratorio del estado de excepción, este último constituye una declaración formal ya que se declara en virtud de una previa autorización del Congreso (declaración material). El decreto declaratorio del estado de excepción no es recurrible ante el Tribunal Constitucional ya que se trata de una norma de rango infralegal, correspondiéndole el control del mismo a la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.3.- Ley de Amnistía

No existe en la Constitución Española ni en el actual Código Penal pronunciamiento expreso que permita conceder amnistías, pero tampoco existe precepto alguno que prohíba su concesión. Más precisamente (y partiendo de la concepción de la amnistía que la caracteriza como la técnica que supone la derogación retroactiva de normas sancionadoras) de lo dispuesto en el art. 9.3 CE a saber que: “la Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...”, se deduce, en sentido contrario -a sensu contrario-, que la Constitución permite que se dicten disposiciones, en el ámbito sancionador, de carácter favorable, por consiguiente que se concedan amnistías.

La historia contemporánea española muestra como se han dado amnistías por Decreto (en 1931, durante la II República), pero lo más frecuente ha sido por ley o por medio de un Real Decreto-Ley. Durante el franquismo se concedieron en diversos momentos, como en 1939 cuando se aprobó una Ley de amnistía de determinados hechos delictivos del período 1931-1939 que fueron sobreseídos para los afectos al régimen. En la etapa franquista se dictaron once veces indultos generales y también amnistías diversas, siempre como manifestación de la prerrogativa de gracia del Jefe del Estado.

En la transición, hay que destacar la importante normativa por la que se aplica la amnistía a los “presos políticos” del franquismo: el Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, ampliado después por el Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo y finalmente la Ley 46/1977, de 15 de octubre. También desde la óptica catalana hay que recordar el lema “Llibertat, Amnistia i Estatut d’Autonomia”, que resumía así el espíritu de la transición.

La amnistía podría haberse regulado en la Constitución de 1978 o podría regularse en las leyes, pero la circunstancia de que no se haya regulado expresamente no significa otra cosa que algunos aspectos de su régimen jurídico presentan dificultades apriorísticas de interpretación. Se dice que son apriorísticas porque, en todo caso, salvo que su régimen jurídico se hubiera establecido expresamente en la Constitución, el régimen jurídico de la amnistía será el que establezcan singularmente cada amnistía, que deberá someterse a los

límites formales exigidos por el instrumento normativo sobre el que opera en cada caso y los límites materiales que se deduzcan de la Constitución.

En efecto, se llama amnistía a uno de los efectos que pueden producir las normas en el tiempo: “derogación retroactiva de normas en el marco del ordenamiento sancionador.” Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, primero en su sentencia de 20 de julio de 1983 y con mayor rotundidad en su sentencia de 25 de noviembre de 1986 que expresa en su fundamento jurídico segundo lo siguiente: “Como ya ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal, la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consideración de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común. En unos casos -normalmente para relaciones en las que el estado aparece involucrado como poder público-, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina la derogación retroactiva de normas, haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo; no obstante, la amnistía no deja de serlo por tener efectos más limitados, y ello sucede especialmente en relación con relaciones sometidas a un régimen jurídico privado, en las que se pretende conceder en el presente, y para el futuro, una serie de derechos.”

La amnistía por otra parte tendrá límites infranqueables tal y como subraya la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1984. Tendrá como límite el principio de igualdad, o el de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución. Además la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 1986, de un modo deliberado y escasamente convincente no abordó la viabilidad constitucional de la amnistía en las relaciones privadas al analizar la disposición adicional de la Ley de 9 de enero de 1984, de adición de un nuevo artículo de la Ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistía.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente no pone en cuestión en caso alguno la constitucionalidad de la amnistía. La Constitución hubiera podido prohibir la amnistía, pero lejos de ello ha previsto la posibilidad del efecto que produce la misma en el tiempo sobre las normas, es decir, se ha previsto la derogación retroactiva de normas al amparo del art. 9.3 CE.

Mayores dudas presenta la determinación de quiénes pueden otorgar la amnistía. La sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 1986, tuvo la oportunidad de afrontar este tema desde la perspectiva de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, pero lo cierto es que pasó sobre el tema como sobre ascuas, aún cuando hace consideraciones muy atinadas sobre la consistencia, significado y efectos de la amnistía, dice así: “En efecto, por encima de las técnicas que se utilicen para lograr la plenitud de sus efectos, la amnistía, sea como sea definida, está estrechamente vinculada a la existencia de una previa responsabilidad por actos ilícitos, ya sean administrativos, penales o de otra índole”. Sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de

justicia, las consecuencias de un derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de licitud de aquellas actividades. Un claro ejemplo de esta extensión objetiva de la amnistía se deduce de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, que abarca a ‘todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal, o en leyes penales especiales’, a los ‘prófugos y desertores’ o a ‘los que por objeción de conciencia se hubieran negado a prestar el servicio militar’, y la misma extensión objetiva, por lo que a este aspecto se refiere, es posible verla reproducida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, y en las normas que la desarrollaron.

Con todo, para determinar el órgano competente para otorgar amnistías, hay que partir del concepto de amnistía antes enunciado como “técnica que hace posible la derogación retroactiva de norma sancionadores”. Pues bien, con arreglo al principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.3 CE, la derogación de una norma sancionadora sólo puede tener lugar por otra de igual o superior rango. Es decir, que la amnistía solo podrá concederse mediante el vehículo de la norma, por consiguiente, la concreción del órgano que pueda concederlas dependerá del órgano que pueda establecer las sanciones.

En el art. 149.1.6º CE se establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre “la legislación penal”, lo que significa que se ha querido establecer la reserva a favor de las Cortes en materia “penal”, es decir, el ámbito sancionador circunscrito por el Código Penal y las Leyes penales especiales, del que se excluye el conjunto estricto de las sanciones administrativas. Esto significa que el conjunto de delitos y faltas del Código Penal y de las leyes penales especiales sólo es competente para establecerlo las Cortes mediante Ley, mientras que las CCAA podrían imponer sanciones administrativas en las materias cuya legislación asuman, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.3 en relación con el 148.1 CE.

De este modo, se sostiene que la legislación penal corresponde a las Cortes Generales, mientras que la legislación sancionadora de carácter administrativo puede corresponder a las Cortes o a las CCAA en el ámbito de sus respectivas competencias legislativas. En consecuencia, en los ámbitos señalados en que son competentes¹⁴ para sancionar, lo serán para conceder amnistías y de todo lo expuesto se deduce entonces que la amnistía es una facultad de los órganos legislativos de cuyo ejercicio está excluido por principio el Gobierno y la Administración.

En el caso concreto se establece que el día 13 de diciembre el Parlamento español aprueba una Ley de Amnistía según la cual “quedarían amnistiados todos los hechos tipificados como delito o falta realizados entre el 1 de septiembre y el 12 de octubre, ambos inclusive, siempre que hayan tenido como finalidad directa la defensa de la integridad territorial del Estado español.” Tal y como se ha hecho referencia anteriormente, la amnistía considerada en sí misma es constitucional, pero ha de respetar los límites formales exigidos por el instrumento normativo sobre el que se opere en cada caso y los límites materiales que se deduzcan de la Constitución.

¹⁴ Queda a salvo que las Cortes mediante leyes de principios de armonización de las disposiciones normativas de las CCAA (art. 150.3 CE) impongan limitaciones al ejercicio de la facultad de amnistiar en virtud de la aplicación del principio de igualdad consagrado por el art. 1 CE.

Respecto de los límites formales en principio cabe decir que sí han sido respetado en este caso, puesto que el instrumento normativo que recoge la amnistía es una Ley aprobada por el Parlamento y así ha de ser puesto que lo que se pretende es la derogación retroactiva de normas sancionadoras, es decir, aquellas principalmente recogidas en el Código Penal (competencia exclusiva del Estado, art. 148.1.6 CE tal y como se ha analizado anteriormente).

Sin embargo, es en los límites materiales que se deducen de la Constitución donde se pueden encontrar dudas acerca de la posible inconstitucionalidad de la Ley a la que se hace referencia en el caso. Para resolver esta cuestión hay que centrar el análisis en dos puntos: por un lado el principio de la unidad de la Nación española consagrado en el art. 2 CE y por otro el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución.

El art. 2 de la CE establece que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y recoge y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.” En este caso, la Ley de Amnistía aprobada por el Parlamento el 13 de diciembre del 2012 sí respetaría el límite material que impone la Constitución en el citado art. 2 CE puesto que la Ley se refiere a todos aquellos delitos o faltas que se hubiesen realizado en defensa de la integridad territorial del Estado español, es decir, la Ley sí respetaría el principio de unidad territorial consagrado constitucionalmente. En cambio, en el caso de que la Ley no hiciese ninguna remisión expresa concreta, y amnistiase todos los delitos cometidos sin hacer referencia a aquellos que pretendiesen defender la unidad nacional, la Ley sería inconstitucional puesto que no se puede amnistiar a aquellos sujetos que cometiesen un delito de rebelión tipificado en el art. 472.5 CP ya que no se estaría respetando el consagrado principio constitucional de unidad de la Nación.

El otro límite material que se puede deducir de la Constitución y que puede plantear mayores problemas, es el consagrado en el art. 24 CE referido a la protección judicial de los derechos, es decir, al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Este derecho fundamental constitucionalizado en el art. 24.1 CE establece lo siguiente: “todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

La titularidad de este derecho corresponde¹⁵ a todas las personas físicas o jurídicas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Se debe señalar que estos intereses han de ser interpretados de una forma amplia como equivalentes a intereses protegidos por el

¹⁵ STC 64/1988 de 12 de abril, FJ 1º: “Por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución, como derecho de prestación de la actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre éstas últimas, tanto a las de Derecho Privado como a las de Derecho Público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden. Y así ha sido establecido por una extensa doctrina jurisprudencial de este TC, que no es necesario examinar aquí con detalle. (...) Por ello hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 de la C. corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho.”

derecho, ya sean de tipo personal o comunitario. El derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, “es un derecho de contenido amplio que no se agota en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia y pueda incoar y defender una pretensión jurídica con igualdad frente a otras partes procesales, agotando todos los medios procesales admisibles, tampoco se limita sólo a garantizar la obtención de un fallo sobre el fondo del asunto fundado en Derecho; exige también que éste se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho íntegramente.”

Por lo que se refiere al derecho al libre acceso a los jueces y tribunales, requisitos procesales y formales aparte, este derecho se concreta en que sea posible el sustanciamiento de un procedimiento con todas sus garantías, esto es, el derecho a ser parte en un procedimiento jurisdiccional, y en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, art. 117.3 CE) que desemboque en un fallo jurisdiccional sobre las pretensiones deducidas en el procedimiento.

En función de todo lo anteriormente expuesto en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, podría considerarse que la Ley de Amnistía del 13 de diciembre sería inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de todas aquellas personas que pretendiesen iniciar procedimientos judiciales para exigir responsabilidades penales por los hechos que han sucedido desde el 1 de septiembre del 2012 hasta el 12 de octubre.

Merece especial atención el suceso que tuvo lugar en el parque Turó el día 1 de octubre del 2012, en el cual murieron dieciséis personas por los disparos efectuados por militares contra civiles desarmados en una manifestación pacífica. Las responsabilidades penales que se derivan de estos hechos, las cuales ya han sido analizadas con anterioridad (delitos de extralimitación en el mando, art. 139 del Código Penal Militar), quedarían derogadas en virtud de la Ley de Amnistía del 13 de diciembre ya que se ampararían en el hecho de que dichos actos se hicieron en defensa de la integridad territorial del Estado español. Sin embargo, el hecho de derogar la responsabilidad penal de los tres militares que tomaron parte en dichos acontecimientos, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de todas aquellas personas que hubiesen sufrido la pérdida de familiares o amigos y quisiesen iniciar un procedimiento judicial para tratar de resarcir el daño y la pérdida sufrida.

A modo de conclusión decir que la Ley de Amnistía del 13 de diciembre sería inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, según el cual todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Interesa finalmente para completar el análisis de la cuestión relativa a la posible constitucionalidad de la Ley de Amnistía del 13 de diciembre, hacer una breve referencia al instituto jurídico del indulto. Se puede definir el indulto como un acto del Rey, refrendado por el Presidente del Gobierno¹⁶ o por el Ministro de Justicia, por el cual se remite total o parcialmente la pena impuesta por sentencia firme. De este modo, el indulto será una manifestación del derecho de gracia conforme al cual se perdona al penado el todo o parte

¹⁶ Hoy en día el indulto es una potestad que corresponde al Gobierno de la nación, pese a que simbólicamente se atribuye al Rey.

de una pena o se le conmuta por otra pena más leve. En palabras del Tribunal Supremo, el indulto es, “una institución ‘post-sentiam’ que requiere para operar, la existencia previa de una resolución condenatoria cuya pena, total o parcialmente, se deja de cumplir por el inculcado ante razones humanitarias o de otra índole que lo justifican” (STS de 23 de junio de 1976).

Por lo que respecta a la regulación normativa del indulto, en primer lugar hay que destacar el art. 62 i) de la CE que establece entre las competencias del Rey la del ejercicio del derecho de gracia con arreglo a las leyes y la prohibición de indultos generales, esto es, de aquellos que hacen referencia a todas las personas que hubieran incurrido en un determinado tipo penal o se encuentren en determinadas circunstancias. Por tanto, los únicos indultos subsistentes hoy en día son los “indultos particulares” que extinguen, total o parcialmente, una pena impuesta en virtud de sentencia firme.

Además, la regulación de la institución del indulto se halla dispersa en varias normas. La Ley vigente reguladora del indulto continua siendo la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, aunque naturalmente con las sucesivas reformas que ha sufrido dicha norma durante su amplísimo período de vigencia, entre las cuales la más importante es la introducida por la Ley 1/1988, de 14 de enero. También la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene diversas normas relativas al indulto, así como el Código Penal (art. 4 CP), que contempla también al indulto como modalidad de extinción de la responsabilidad criminal. Finalmente, es preciso añadir la regulación contenida en el Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996 así como en la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1993.

Los requisitos que deben concurrir en la persona que sea propuesta para la concesión de un indulto, a partir de una interpretación conjunta de los arts. 1 y 2 Ley del Indulto (LInd en adelante), son los siguientes:

- En primer lugar, es necesario que haya recaído sentencia penal condenatoria, que, a su vez, haya adquirido firmeza. Es decir, la concesión del indulto no puede tener lugar a favor de los imputados respecto de los cuales no se ha dictado sentencia firme.
- Por otra parte, para que pueda tener lugar el otorgamiento del indulto, es preciso que el penado se encuentre a disposición¹⁷ del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.
- Finalmente el art. 2.3 LInd excluye del indulto a los “reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme”, pero se “exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.”

Por lo que respecta al procedimiento, desde el punto de vista de iniciación del procedimiento de indulto, es preciso destacar la amplia legitimación para su incoación. En efecto, la iniciativa de pedir el indulto puede proceder del órgano judicial, del ministerio

¹⁷ La interpretación de este requisito consiste en entender que se encuentra a disposición del tribunal quien está localizado y comparece cuantas veces es llamado (art. 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, consecuentemente, el requisito analizado sólo excluye a quienes se hallen en situación procesal de rebeldía.

fiscal, del condenado, de cualquier persona en su nombre, del propio Gobierno o de la Administración Penitenciaria.

En virtud de todo lo expuesto relativo tanto a la amnistía como a la institución del indulto, cabe diferenciar ambas figuras estableciendo lo siguiente: el indulto supone el perdón de la pena mientras que la amnistía supone el perdón del delito; el indulto afecta a una persona concreta mientras que la amnistía afecta a una pluralidad; el indulto no extingue la responsabilidad civil derivada del delito y la amnistía sí lo hace; y para otorgar el indulto es necesaria una previa sentencia firme mientras que para la amnistía no lo es.

Finalmente decir que, en lo que respecta al caso concreto y en relación con el instituto del indulto, podría existir la posibilidad por ejemplo de que una vez que recayesen en sentencia firme (y dicha sentencia fuese condenatoria) los procedimientos que examinasen la responsabilidad de los Sres. Rico, Vasallo y Villar (por la creación del sistema de escuchas ilegales) o del Sr. Pero (por promover y declarar la independencia de Cataluña, delito de rebelión del art. 472.5 CP), podría concedérseles el indulto si así lo estimase el Gobierno (siempre y cuando cumpliesen con los requisitos examinados anteriormente). La concesión del indulto en este caso, sería independiente de que los delitos cometidos lo fueran en defensa o no de la integridad del Estado español, aunque si bien es cierto que en caso de que así fuera, sería más probable la concesión de dicho instituto jurídico.

2.4.- Concesión del acta de diputado al ex-capitán Rama

En el supuesto de hecho se establece lo siguiente: “declarado el estado de sitio en España por el Gobierno central, el 1 de octubre tras tres intentos infructuosos de disolver pacíficamente la concentración ciudadana del parque Turó, el capitán Rama ordena abrir fuego para disolver la misma. La compañía de infantería número doce que estaba a las órdenes del capitán abre fuego y provoca la muerte de dieciseis personas.”

Para analizar la posibilidad de la concesión del acta de diputado al ex-capitán Rama, tenemos que hacer referencia al estatuto jurídico de parlamentario. Consiste en la regulación normativa, constitucional, legal o reglamentaria, de los derechos, prerrogativas y deberes de los diputados y senadores, que integran las Cámaras parlamentarias para garantizar el adecuado ejercicio de su función. Incluye, en ese sentido, tanto las garantías clásicas de los parlamentarios como otras cuestiones relativas al ejercicio de su función.

El primer aspecto a analizar en relación al estatuto jurídico de los parlamentarios se refiere a las condiciones que impiden ser elegido y una vez electo a aquéllas situaciones que son incompatibles con el ejercicio de la función parlamentaria (causas de inelegibilidad y de incompatibilidad respectivamente). En este sentido, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985 de 19 de junio (LOREG en adelante) regula en sus arts. 6 y 7 el denominado derecho de sufragio pasivo.

La inelegibilidad se refiere al momento anterior a las elecciones e impide ser candidato a los españoles mayores de edad que se hallen incurso en alguna de las causas de inelegibilidad enumeradas en el art. 6 LOREG. Así, en el apartado i) del citado artículo se establece la inelegibilidad de “los militares profesionales y de complemento y miembros

de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo.” Según este artículo, si el ex-capitán siguiese siendo miembro militar en activo (no necesariamente en el puesto de mando de capitán) no podría concedérsele el acta de diputado por estar incurso en una de las causas de inelegibilidad.

En el supuesto de hecho se hace referencia a que el ex-capitán Rama se encuentra en una situación de “segunda actividad” en el momento en que se constituye la Comisión de Investigación sobre el Otoño Catalán (CIOC) de la cual él mismo forma parte en calidad de diputado miembro del Grupo Parlamentario mixto. Es necesario analizar cuando un militar se encuentra en situación de servicio activo y cuando no. En este sentido, el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas del personal militar profesional establece en su art. 16 las distintas situaciones administrativas en las cuales se puede encontrar un militar y son las siguientes: a) servicio activo; b) disponible; c) servicios especiales; d) excedencia voluntaria; e) suspenso de empleo; f) suspenso de funciones y g) reserva.

El art. 21 del citado Real Decreto enumera tasadamente las seis causas¹⁸ por las cuales un militar se encuentra en situación de servicio activo y según los hechos descritos en el caso se puede deducir que el ex-capitán Rama no se encuentra bajo ninguna de las circunstancias enumeradas. Por otro lado, el art. 26 del Real Decreto 1385/1990 establece los cinco¹⁹ supuestos en los cuales un militar se encuentra en situación de servicios especiales y otra vez, según los hechos descritos en el caso se deduce que el ex-capitán tampoco se encuentra en ninguna de las situaciones enumeradas en el art. 26. Por tanto, las situaciones de servicio activo y las de servicios especiales son excluyentes, es decir, la situación de servicios especiales no es una modalidad del servicio activo y viceversa.

Por otro lado, el art. 31 establece los supuestos en los cuales un militar se encontrará en situación de excedencia voluntaria. En este sentido y en relación con el caso concreto, el referido artículo establece que un militar pasará a situación de excedencia voluntaria cuando sea designado como candidato a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 31, apartado b.). A continuación el art. 34 en su apartado segundo establece que desde que se produzca la proclamación oficial como

¹⁸ El militar de carrera estará en situación de servicio activo: a) cuando ocupe destino en las Unidades, Centros u Organismos del Ministerio de Defensa; b) cuando ocupe un puesto orgánico relacionado específicamente con la defensa, en la Presidencia del Gobierno o en otros Departamentos ministeriales; c) cuando desempeñe un puesto de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en la Casa de Su Majestad el Rey; d) cuando esté prisionero o desaparecido; e) cuando participe en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales; f) cuando concurra a cursos en los niveles de perfeccionamiento y Altos Estudios Militares, durante su asistencia a los mismos.

¹⁹ Los militares de carrera pasarán a la situación de servicios especiales: a) cuando sean autorizados para realizar una misión, por periodo superior a seis meses, en Organismos Internacionales, Gobiernos o Entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional; b) cuando sean elegidos por las Cortes Generales para formar parte de los Órganos constitucionales u otros cuya elección corresponda a las Cámaras; c) cuando sean adscritos a los servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo; d) cuando presten servicios en la Presidencia del Gobierno o en los Gabinetes de Ministros y Secretarios de Estado, en puestos orgánicos no relacionados específicamente con la defensa; e) cuando presten servicios en Organismos, Entidades o Empresas del sector público en el caso de que dichos servicios sean calificados por el Ministro de Defensa de interés para la defensa.

candidato, el interesado cesará en la situación de servicio activo o en la que se encontrase en el momento de su proclamación, y dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

Una vez concluido que el ex-capitán Rama no se encuentra en servicio activo (sino en situación de excedencia voluntaria), no es de aplicación lo expuesto anteriormente relativo al art. 6 de la LOREG que establecía como causa de inelegibilidad el hecho de que un militar se encontrase en activo. Así, el ex-capitán no se encontraría incurso en ninguna de las causas de inelegibilidad que se enumeran en el art. 6 y sí que podría obtener el acta de diputado ya que la única causa que se podría alegar sería la que se encuentra en el art. 6.2 apartado a) relativa a los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, durante el periodo que dure la pena. Esta causa podría darse en el caso de que el ex-capitán hubiese sido condenado por los hechos acaecidos el día uno de octubre en el parque Turó (muerte de dieciséis personas), pero no se da este supuesto en el caso concreto ya que en ningún momento se hace referencia a ningún procedimiento ni a ninguna sentencia. Para terminar, decir que el mero hecho de hallarse imputado, es decir, si se estuviese instruyendo la causa, no impediría que se le concediese dicha acta, puesto que el art. 6.2 a) exige sentencia firme con condena privativa de libertad.

Por todo ello, se le concedería al ex-capitán el acta de diputado, por lo que el diputado electo adquiriría la condición plena de diputado con el cumplimiento de tres requisitos formales: la presentación en la Secretaría General del Congreso de los Diputados de la credencial de electo expedida por la administración electoral, la presentación de su declaración de actividades y de sus bienes patrimoniales y la presentación de juramento o promesa de acatar la Constitución. Siendo candidato electo, el ex-capitán Rama disfrutaría de los derechos y de las prerrogativas de los parlamentarios, salvo que transcurridas tres sesiones no se haya adquirido la condición plena de parlamentario.

Por otro lado, la incompatibilidad se refiere a un momento posterior a la celebración de las elecciones y consiste en que el parlamentario electo no puede encontrarse en ninguna situación que, de acuerdo con la Ley, le impida desempeñar al mismo tiempo el mandato parlamentario. En el caso de que concurra alguna causa de incompatibilidad deberá optar por una de las funciones incompatibles y renunciar a la otra. Si no ejerce la opción, se entiende que renuncia al escaño.

Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece en su art. 2 que la misma será de aplicación al personal militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos.

Así, en el art. 1 de la citada Ley se establece que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la misma no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el Sector Público. Y a los efectos de la Ley 53/1984 se considerará actividad del sector público la desarrollada por los miembros electivos de las asambleas legislativas de las CCAA y de las corporaciones locales y por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas (aquí se incluye el Congreso de los Diputados), entre otros.

Hay que entender que cuando art. 2 de la Ley 53/1984 se refiere al personal militar al servicio de la Administración del Estado no está haciendo referencia a aquellos que se encuentren en situación de excedencia voluntaria ya que el Real Decreto 1385/1990 establece en su art. 34.3 que “si resultaren elegidos continuarán en esta situación hasta dos años después de la terminación de su mandato” y además el art.34.2 del citado Real Decreto establecía que el militar dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares. De este modo, el ex-capitán Rama no se encontraría incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad que se regulan en la citada Ley.

A modo de conclusión decir que el ex-capitán Rama no se encuentra incurso en ninguna de las causas de inelegibilidad ni de incompatibilidad que se regulan en las Leyes, por lo que sería posible la concesión del acta de diputado.

Finalmente hacer una breve referencia en lo relativo a la posible responsabilidad del ex-capitán Rama por los hechos acaecidos en el parque Turó el 1 de octubre. Dicha responsabilidad ya ha sido analizada anteriormente, pero decir simplemente que en el caso de que fuese condenado por la muerte de esas dieciséis personas, probablemente le correspondiese una pena de prisión superior a diez años que constituiría la pena principal de la responsabilidad en la que hubiere incurrido. Pero además de la pena principal, se impone una pena accesoria (regulada en los arts. 54 a 57 del CP) que acompaña a la principal. En este sentido, ante una pena privativa de libertad de más de diez años se impondría además una pena accesoria de inhabilitación absoluta (art. 41 del CP). Esta pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado y produce además la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo que dure la condena. Procedería la suspensión de los derechos, prerrogativas y deberes parlamentarios del diputado electo (ex-capitán Rama) en caso de que se fallase la referida sentencia condenatoria (art. 21.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

3.- Pretensiones internacionales

3.1.- Posibilidad de que Francia entregue al Sr. Pero

Para analizar esta cuestión, es necesario aludir brevemente a los precedentes históricos y evolución del derecho de asilo de los nacionales de los Estados miembros. En este sentido, la cuestión de la posible supresión de la posibilidad de gozar del estatuto de refugiado político o de la condición de asilado en territorio comunitario por ser nacional de un Estado miembro constituyó cuestión prioritaria de España en la Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96 en adelante) que reformó el Tratado de Maastrich.

El origen de lo que iba a ser el elemento polémico en la CIG 96 se sitúa en la lucha antiterrorista española. Diversos precedentes habían puesto de manifiesto la invocación de tal estatuto por ciudadanos españoles con la pretensión de escapar a la acción de la Justicia española. Desde este primas, la utilización de la figura del asilo o del refugio se hace en fraude de ley, ya que tiene el objeto de soslayar o dilatar la responsabilidad a la que han de

hacer frente por haber cometido hechos constitutivos de delito por el Código Penal, y nada tiene que ver con el fundamento humanitario que caracteriza a aquélla, tal y como recoge la propia Convención de Ginebra al excluir expresamente tal posibilidad. El interés, por consiguiente, reside en la lucha contra el terrorismo que azota a España, pero no se agota ahí, pues cuenta con la importante simbología política de subrayar la pertenencia de los ciudadanos comunitarios, con independencia del Estado de origen, a una Comunidad de Derecho, a una Comunidad de valores compartidos.

La propuesta española de supresión del derecho de asilo para los ciudadanos comunitarios tenía una lógica política y jurídica intachable: por un lado, la concesión del estatuto de refugiado o asilado por parte de un Estado miembro supone valorar negativamente el sistema político y de derechos y libertades del Estado de origen del peticionario; por otro lado, se pone de manifiesto que las peticiones presentadas persiguen el objetivo de incidir negativamente en el normal desarrollo de un procedimiento judicial; por último, el concepto de ciudadanía acuñado por el Tratado de Maastrich supone la articulación de una vinculación política con la Unión, cuya esencia última está en la existencia de una misma cultura política, que no parece compatible con la práctica fraudulenta de estas figuras.

El 25 de septiembre de 1996 presenta España propuesta formal de reforma del TCE en el marco de la CIG en curso, en la que se añade un nuevo párrafo al art. 8 del Tratado CE, relativo a la ciudadanía comunitaria, en los siguientes términos: “Todo ciudadano de la Unión, será considerado, a todos los efectos legales y judiciales relacionados con la concesión del estatuto de refugiado y cuestiones de asilo, como nacional del Estado miembro ante el que solicita el asilo. En consecuencia, ningún Estado miembro admitirá a trámite una petición de asilo o refugio formulada por un nacional de otro Estado de la Unión.”

La negociación se condujo con posterioridad hacia fórmulas más aceptables por todos los Estados, ante la evidencia de la rigidez de ciertos países (Bélgica, Dinamarca, Austria, incluso Irlanda, Grecia) a dar satisfacción a la pretensión española de supresión del asilo para los comunitarios. El resultado final es el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

La finalidad del Protocolo aparece en el preámbulo, entremezclada con otras consideraciones: “deseando evitar que se recurra al procedimiento de asilo para fines ajenos a aquellos para los que está previsto”. El Protocolo no suprime el derecho de asilo en un Estado miembro de la Unión para los ciudadanos comunitarios, pero hace prácticamente inviable satisfacer una demanda de estas características. Se recoge en su único artículo una consideración de principio válida para toda la Unión, a saber, 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”. A consecuencia de ello, se establece una presunción general contraria a la legitimidad de una pretensión de estas características. Consecuentemente, no será tomada en consideración o declarada admisible, salvo en los casos excepcionales que se citan limitativamente, y que son los siguientes:

- a) Que el Estado del que el solicitante de asilo es nacional haya adoptado medidas contrarias a las obligaciones del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- b) Si se hubiera iniciado el procedimiento tendente a constatar la existencia de una violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y el Estado de Derecho (art. 7.1 del Tratado de la Unión Europea), y ello por el tiempo que transcurra hasta que el Consejo adopte una decisión al respecto.
- c) Si el Consejo, en seguimiento de ese procedimiento, efectivamente llega a tal decisión.
- d) Cuando un Estado miembro así lo decide unilateralmente respecto de la solicitud de un nacional de otro Estado miembro. En este caso, es necesario informar inmediatamente al Consejo. Además, la solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada pero sin que afecte en modo alguno a la facultad de toma de decisiones del Estado miembro.

Este cuarto supuesto, sin duda el más polémico, queda en buena medida neutralizado al politizar al nivel de los Ministros de los Estados miembros la posible concesión del status de asilado político. El Estado receptor de la demanda de asilo que decide la aceptación de su examen, asume tal responsabilidad ante el Consejo de Ministros, que siempre partirá de la presunción de que es manifiestamente infundada, teniendo en cuenta la obligación de fundamentar su decisión en el seno del Consejo de Ministros, lo cual supone implícitamente condenar al país de donde es originario el demandante de violar los principios comunes a los Estados miembros, lo que en principio debería resultar bastante disuasorio.

Una vez en vigor el Protocolo, sigue quedando a criterio de los Estados miembros, la supresión en el orden jurídico interno de la posibilidad de conceder el estatuto de refugiado o asilado a un ciudadano comunitario. Además, la principal características de este Protocolo es su justiciabilidad, toda vez que forma parte del Derecho comunitario primario (art. 311 CE). Goza de aplicabilidad directa, lo cual permitirá su invocación judicial en aras de impedir que sea admitida a trámite una solicitud, salvo en los casos excepcionales tasados. En caso de contencioso en cuanto a la aplicación del Protocolo, se situará al Tribunal de Justicia comunitario en la necesidad de evaluar el comportamiento del Estado en cuestión.

Por lo que respecta al caso concreto, Francia hace una declaración genérica de la condición de “asilado político” para todas aquellas personas que pasen la frontera, lo cual contraviene las normas de Derecho comunitario y en especial el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ya que en todo caso es necesaria una solicitud por parte del sujeto que pretende adquirir la condición de asilado, no siendo posible en ningún caso hacer una concesión genérica a cualquier persona que traspase la frontera. Son cuatro los casos tasados (anteriormente ya analizados) para la posible adquisición de la condición de asilado, pero es necesaria la solicitud del sujeto y un posterior análisis individualizado y posterior motivación en caso de la concesión por parte del Estado ante el cual se demanda.

Francia no ha cumplido ninguno de los requisitos que se exigen en el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros y en consecuencia está incumpliendo normas de Derecho comunitario. Ante esta situación, España debería recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) amparándose en los arts. 258 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante), relativos al recurso de incumplimiento.

El recurso por incumplimiento permite al Tribunal de Justicia controlar que los Estados miembros cumplen las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea. El referido recurso puede ser interpuesto por un Estado miembro o por la Comisión, y en este caso por ejemplo, podría interponerlo España contra la declaración efectuada por el Gobierno francés. En este sentido, el incumplimiento puede producirse tanto por medio de actos (leyes, decretos...) como por medio de hechos (prácticas administrativas, declaraciones...) y en este caso concreto se ha producido por medio de hechos. El hecho ha de ser imputable a un Estado miembro y a este respecto, el TJUE interpreta la noción de “Estado” en sentido lato, pudiendo tratarse de cualquiera de sus órganos (Gobierno, Parlamento, entidades federadas...). En este caso concreto es imputable al Gobierno francés ya que es el Ministro de Asuntos Exteriores quien hace la declaración de concesión genérica de la condición de asilado a las personas que crucen la frontera española con Francia en nombre del Gobierno francés.

España debe someter el asunto a la Comisión en primer lugar. La Comisión emitirá un dictamen motivado tras haber oído los argumentos de los Estados miembros interesados y después España (Estado miembro demandante) podrá recurrir al TJUE. Una vez interpuesto, si el TJUE reconociese la existencia del incumplimiento, dictaría una primera sentencia en la que incluiría las medidas que habrían de ser adoptadas en este caso por Francia (Estado miembro demandado) para remediar la situación. Posteriormente, si la Comisión considerase que Francia no ha adoptado las medidas necesarias, recurriría una segunda vez al TJUE y en caso de que el Tribunal confirmase que Francia no ha cumplido su primera sentencia, podría imponerle el pago de una multa.

Finalmente hay que hacer una breve alusión a la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. La orden de detención europea adoptada en 2002 (en vigor desde el 1 de enero del 2004) sustituye al sistema de extradición obligando a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución – Francia en este caso) a reconocer, ipso facto, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por una autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad judicial de emisión – España en el caso concreto).

La decisión define la “orden de detención europea” como cualquier decisión judicial adoptada por un Estado miembro (en este caso España) para la detención o entrega por otro Estado miembro (Francia) de una persona a efectos del ejercicio de actuaciones penales. La orden es aplicable en caso de una infracción la cual tenga prevista una pena de encarcelamiento superior a un año (y en este caso el delito de rebelión contemplado en el Código Penal español tal y como se analizó anteriormente, contempla en el art. 473.1 la pena de quince a veinticinco años para aquellos que promovieran el referido delito).

Para actos delictivos distintos a los contemplados en el art. 2.2 de la Decisión marco (como es el caso del delito de rebelión), la entrega podrá subordinarse a la condición de que el hecho por el cual se pide la entrega del Sr. Pero constituya una infracción en aplicación del Derecho del Estado francés, lo cual se conoce como regla de la doble incriminación. En este sentido, el delito de rebelión está tipificado en el Código Penal francés.

El Código Penal francés dedica su Libro IV a tipificar los crímenes y delitos contra la Nación, el Estado y la paz pública. Así, en su art. 410-1 establece que por intereses fundamentales de la Nación hay que entender “su independencia, la integridad de su territorio, de su seguridad, de la forma republicana de sus instituciones, de sus medios de defensa y de su diplomacia, de la salvaguarda de su población en Francia y en el extranjero, del equilibrio de su medio natural y de su entorno y de los elementos esenciales de su potencial científico y económico y de su patrimonio cultural.” A continuación, el Estado francés tipifica el delito de rebelión en el Código Penal francés en los art. 433-6 a 433-10; concretamente el art. 433-10 tipifica “la provocación directa a la rebelión, manifestada bien por gritos o discursos públicos, bien por escritos publicados o distribuidos, bien por cualquier otro medio de transmisión del escrito, de la palabra o de la imagen.”

Además del delito de rebelión propiamente tipificado con la misma denominación que se le da en España en el Código Penal, hay que destacar otros delitos tipificados en el Código Penal francés que pueden no coincidir en la denominación pero sí materialmente en el fondo como pueden ser los delitos del Capítulo II del referido Libro IV relativos a los atentados contra las instituciones de la República o contra la integridad del territorio nacional (ejemplos: arts. 412-1, del atentado y del complot; art. 412-3 de los movimientos insurrectos, entre otros).

En consonancia con todo lo anterior, cabe decir que el delito de rebelión si se encuentra tipificado en el Código Penal francés, cumpliéndose así la exigencia de la regla de la doble incriminación la que se encontraría supeditada la orden de detención y entrega. Una vez cumplidos ambos requisitos (pena de más de un año de prisión en el Estado que emite la orden, y tipificado a su vez en el Estado que la recibe), habría que proceder por parte del Estado francés al cumplimiento de la misma atendiendo a lo establecido en el art. 1.2 de la Decisión que establece lo siguiente: “los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco.”

3.2.- Pretensiones de llevar a España o Francia ante la Corte Internacional de Justicia

Para hacer frente al análisis de esta cuestión es necesario hacer previamente un breve estudio doctrinal sobre la Corte Penal Internacional:

El Estatuto de Roma²⁰ de 17 de julio de 1998 por el que se crea el Tribunal Penal Internacional (CPI en adelante) se configura, pues, como un instrumento independiente y

²⁰ El Estatuto de Roma consta de un Preámbulo y 128 artículos, agrupados sistemáticamente en trece partes, completándose, en virtud de lo dispuesto en el art. 9 del mismo, con los “Elementos de los Crímenes” y, en virtud del art. 51, con las “Reglas de Procedimiento y Prueba”, aprobados ambos por la Asamblea de los Estados Partes el 2 de noviembre de 2002, en Nueva York.

nuevo, cuya trascendencia para el orden internacional carece de precedentes. Se trata de un Tratado multilateral constitutivo de una institución internacional que engloba a un órgano de carácter jurisdiccional, la CPI, y otro de carácter político, la Asamblea de Estados Partes; posee finalidad humanitaria, siéndole de aplicación las disposiciones pertinentes de la Convención de Ginebra sobre el Derecho de los Tratados.

La CPI es una institución de carácter permanente²¹ que ejerce su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, siempre de conformidad con el Estatuto y competencia complementaria respecto de las jurisdicciones penales internacionales. Como proclama el Estatuto de Roma, el Tribunal es un órgano independiente aunque vinculado a las Naciones Unidas en virtud de un acuerdo que deber ser aprobado por la Asamblea de los Estados Partes. Su sede se encuentra en la Haya, si bien podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo estime conveniente, pero siempre de conformidad con el Estatuto.

La Parte II del Estatuto de Roma bajo la rúbrica “de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”, regula todas las cuestiones relacionadas con la competencia y la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional. Se trata de competencias de atribución, y por tanto limitadas, por cuanto el Tribunal Penal Internacional solo tiene competencias en la medida en que así lo establezcan las disposiciones del Estatuto.

La competencia puede ser universal, automática o facultativa. Es universal cuando actúa en virtud de una remisión de Consejo de Seguridad de Naciones Unidas al amparo del Capítulo VII de su Carta; es decir, siempre que exista una amenaza para la paz internacional, un quebrantamiento de esa paz o un acto de agresión, y con el único objetivo de mantener o restablecer la paz y seguridad internacional.

La competencia es automática para los Estados Partes, en la medida en que con la adhesión al Estatuto todo Estado acepta automáticamente la competencia del Tribunal sin necesidad de cláusula adicional alguna, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas para el ejercicio de la competencia reguladas en el art. 12.2²². No obstante, esta regla general encuentra una excepción en el art. 124 del Estatuto, en virtud del cual un Estado puede declarar que durante un período de siete años, contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia del Tribunal en el supuesto de los crímenes de guerra cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.

Por último, la competencia es opcional o facultativa a través de la aceptación *ad hoc* de la misma por un Estado que no es Parte, mediante declaración depositada en poder del Secretario del Tribunal, siempre que se den los requisitos del citado art. 12.2 del Estatuto.

²¹ Precisamente el hecho de ser una instancia judicial permanente es uno de los datos que permite diferenciar al Tribunal Penal Internacional creado por el Estatuto de Roma, de los Tribunales de Nürenberg, Tokio, la ex Yugoslavia y Ruanda, por cuando éstos eran Tribunales *ad hoc* y no permanentes. Además, el Tribunal Penal Internacional tiene personalidad jurídica internacional, así como la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. La atribución de personalidad jurídica propia es un nuevo dato que le diferencia de los Tribunales penales *ad hoc*, en la medida en que éstos no dejaban de ser el producto de la iniciativa de unos cuantos Estados que se atribuían la responsabilidad de la comunidad internacional para establecer sanciones a los Estados que habían resultado vencidos en las contiendas bélicas.

²² Dichas condiciones de ejercicio de la competencia consisten en que el crimen se haya cometido en el territorio de este Estado o por un nacional del mismo.

En cualquier caso, la competencia se encuentra sujeta a una serie de límites infranqueables, por cuanto sólo se ejerce respecto de las personas naturales (ámbito personal o *ratio personae*) por igual, es decir, sin distinción alguna basada en el cargo oficial; por los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (ámbito material o *ratio materiae*), siempre y cuando se hayan cometido después de su entrada en vigor (ámbito temporal o *ratio temporis*) y se den los requisitos o nexos de jurisdicción previstos en el art. 12.2: comisión en el territorio o por un nacional de un Estado Parte (ámbito espacial o *ratio loci*).

Por lo que respecta al caso concreto, interesa destacar el límite relativo al ámbito personal, la competencia “*ratione personae*”. Así, en el art.1 del Estatuto de Roma se instituye una CPI permanente facultada para ejercer su jurisdicción sobre “personas”, única y exclusivamente, y no sobre organizaciones. Se rechazó así cualquier propuesta que focalizara el centro de atención en la colectividad, alejándose del individuo, no sólo por cuestiones teóricas sino también por motivos prácticos, ya que la Corte no contaba con estándares de responsabilidad colectiva, puesto que dicho concepto no encuentra reconocimiento en algunos de los principales sistemas penales del mundo. En general, la adopción del criterio de la responsabilidad colectiva hubiese repercutido en detrimento del principio de complementariedad, puesto que muchos Estados no contemplaban este tipo de responsabilidad en sus ordenamientos internos.

Aceptado esto, es preciso determinar en segundo lugar la categoría de personas sobre las que la CPI ejerce su jurisdicción. En principio, el art. 1 se refiere a personas físicas, tal y como viene confirmado por el art. 25 al señalar que “la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales²³”.

Con todo, el gran avance del estatuto en lo referente a la definición de la competencia subjetiva de la Corte, radica en el hecho de que define un “modelo de responsabilidad individual universal y absoluto”, que descarta las normas de exclusión de la responsabilidad fundadas en la inviolabilidad o inmunidad, así, la irrelevancia del cargo oficial a los efectos de dicha responsabilidad. Por otro lado, se incrimina expresamente la responsabilidad de los mandos y otros superiores, y la responsabilidad de los subordinados por órdenes superiores.

De este modo, el art. 25.3²⁴ contiene una serie de normas básicas sobre la responsabilidad penal individual y una serie de normas expandiendo la atribución de dicha

²³ Existe una limitación impuesta por el art. 26 cuando establece que “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años”.

²⁴ 3. “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un

responsabilidad. En definitiva, el art. 25 del Estatuto de Roma no hace sino sentar el principio de responsabilidad penal individual, tal y como fue reconocido por los Tribunales Militares Internacionales de la II Guerra Mundial y por la jurisprudencia del Tribunal de la ex Yugoslavia. Del ámbito competencial de la CPI queda excluida la responsabilidad internacional del Estado, ya que ésta es totalmente diferente e independiente de la responsabilidad del individuo, y ello a pesar de que hay puntos de confluencia, que quedan garantizados por la disposición del art. 25.4 del Estatuto, al dejar a salvo el respeto a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional.

Atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, ni Francia, ni España ni la Asociación “Madres de víctimas del parque Turó” pueden llevar ante la CPI a ninguno de los Estados para exigirles responsabilidad, y ello en virtud de la competencia “ratio personae” ya analizada en virtud de la cual, la CPI sólo tiene competencia para juzgar a personas físicas, quedan excluida la responsabilidad internacional de un Estado del ámbito competencial de la Corte.

Una vez analizada esta cuestión cabe plantearse la posibilidad de que el Estado español lleve ante la Corte Penal Internacional al sujeto que hubiese ordenado la entrada de las tropas francesas en territorio español. Así, el Estatuto de Roma dejó sin definir el tipo penal calificado de “crimen de agresión”. Para ello, es necesario acudir a la Resolución RC/Res.6 en la que se establece el art. 8 bis del Estatuto estableciendo que: “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 Naciones Unidas.”

Por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Además, la citada resolución establece en el apartado segundo del art. 8 bis una lista de acciones que se caracterizarán como acto de agresión entre las que cabe destacar: la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar que resulte de dicha invasión o ataque.

Por lo que respecta entonces al caso concreto, cabe decir que España puede llevar ante la CPI tanto al Sr. Belgique (Presidente de la República francesa) como al General Lussen (General al mando de las tropas francesas) por ser, en virtud del art. 8 bis apartado primero, las personas que estaban en condiciones de controlar y dirigir efectivamente la acción militar llevada a cabo. Además, la entrada de las tropas francesas puede entender por parte de España como un ataque a la soberanía o a la integridad territorial del Estado español debido a la invasión y al ataque de las fuerzas armadas francesas.

paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.”

El art. 5 del Estatuto de la CPI establece que la Corte se limitará a ejercer competencia respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y hace referencia al genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Ninguno de los hechos acaecidos en España entre el 1 de septiembre y el 12 de octubre del 2012 se pueden encuadrar en ninguna de las cuatro categorías anteriormente citadas atendiendo a las definiciones de tales conceptos que el Estatuto de la Corte establece en sus arts. 6, 7, 8, respectivamente (el crimen de agresión se concreta en la Resolución RC/Res. 6 citada anteriormente) ya que tales definiciones no se corresponden con los hechos acaecido. Por tanto, las pretensiones del Estado francés de llevar ante la Corte a cualquier español por los hechos cometidos no prosperarían.

Cabe decir además, que en caso de que Francia intentase alegar crímenes de guerra cometidos por el ex-capitán Rama (lo cual no prosperaría por no ajustarse el concepto de “crimen de guerra” con la definición dada por el Estatuto de la Corte en su art. 8, el Estado español además de alegar la falta de competencia de la Corte, alegaría también el art. 17 del Estatuto en cuanto el mismo establece que la Corte deberá resolver la inadmisibilidad del referido asunto porque el mismo está siendo objeto de investigación y enjuiciamiento en España (Estado que tiene jurisdicción sobre los hechos acaecidos en España el día 1 de octubre del 2012).

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, lo que verdaderamente caracteriza la competencia de la CPI es su carácter complementario respecto de las jurisdicciones nacionales. El principio de complementariedad, al que hace referencia tanto el Preámbulo²⁵ como el art. 1²⁶ del Estatuto de Roma, se articula como presupuesto general de procedibilidad o de admisibilidad de la causa en el art. 17 del Estatuto. En virtud del mismo, son los Estados los que asumen la responsabilidad primordial de la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes competencia del Estatuto, actuando la CPI, únicamente, cuando aquellos no quieran o no puedan hacerlo.

En base a todo lo expuesto la Letrada que suscribe formula las siguientes

CONCLUSIONES

1.- La delegación de competencias que tiene lugar por parte del Presidente del Gobierno cuando en el caso se hace mención a la “otorgación de plenos poderes” es contraria a la Ley del Gobierno 50/1997 ya que en su art. 20 establece que no se podrán delegar aquellas competencias que expresamente le atribuya la Constitución. Dichas competencias se encuentran recogidas en el art. 98.2 CE. El art. 101 de la CE establece que el Gobierno cesará, entre otros casos, tras la pérdida de la confianza parlamentaria, por lo que el cauce que habría que haber seguido para exigir la responsabilidad del Presidente en el caso concreto sería la moción de censura.

²⁵ “...la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

²⁶ “...la Corte...tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.

2.- Los Sres. Rico, Vasallo y Villar cometen en calidad de coautores un delito contra la inviolabilidad de las garantías de la intimidad tipificado en el art. 536 CP ya que incumplieron el art. 12 de la Ley Orgánica 2/2002 relativa al control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia. En virtud de la citada Ley, no es posible establecer ningún mecanismo lícito de interceptación de las comunicaciones si no cuenta con su debida autorización judicial. Los referidos sujetos cometerán tantos delitos como bienes jurídicos hayan sido vulnerados, es decir, cometerán tantos delitos como personas a las que hayan extendido el sistema de escuchas ilegales del ODM. El órgano jurisdiccionalmente competente para conocer de los hechos será la Audiencia Provincial de Madrid por ser conexos los referidos delitos con aquellos de detención ilegal que cometen los Sres. Rico, Vasallo, Villar y Zapata.

3.- En virtud del art. 11 de la LOPJ y de la reiterada jurisprudencia en relación con la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, se establece que no surtirán efecto aquellas pruebas que se hayan obtenido vulnerando los derechos y garantías constitucionales siendo la consecuencia procesal de la ilicitud de la obtención de una prueba su ineficacia, por tanto, las escuchas telefónicas que se pretenden proponer como prueba por parte del Gobierno serán ineficaces ya que fueron ilícitamente obtenidas al vulnerarse las garantías legales y constitucionales establecidas por medio del sistema ODM.

4.- No es posible la compatibilidad del “carácter de Secreto de Estado” con la admisión como prueba ya que así lo establece la propia doctrina asentada por el Consejo de Estado en el dictamen nº 2776/96 de 18 de julio acerca de las consultas emanadas por el Gobierno en relación con el asunto de los “papeles del CESID”. El Consejo se muestra rotundo a la hora de afirmar que no es posible permitir a la autoridad judicial al acceso al amparo del art. 11.2 LSO a los documentos clasificados ya que “no cabe pues, en este caso, el acceso al conocimiento de los documentos clasificados, mientras lo 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.”

5.- El Sr. Zapata y el Sr. Villar son coautores de cuatro delitos de detención ilegal (sobre las personas de Arán, Baucells, Martí y Cugat) del art. 530 del CP por no haber puesto a disposición judicial a las personas detenidas, mientras que nuevamente el Sr. Villar y los Sres. Rico y Vasallo son coautores de un delito de detención ilegal del citado artículo (sobre la persona de Gibert) ya que no contaban con el suplicatorio necesario debido a la condición de parlamentario del sujeto detenido. Se da nuevamente un caso de concurso real, es decir, la pluralidad de hechos llevados a cabo por los cuatro sujetos anteriormente citados son constitutivos de una pluralidad de delitos. El órgano procesalmente competente para conocer de los hechos será la Audiencia Provincial de Madrid.

6.- El Sr. Pero, Presidente de la CCAA de Cataluña, comete un delito de detención ilegal del art. 167 CP ya que en este caso, la detención fue acordada por funcionario público sin medias causa por delito. El Sr. Pero es autor mediato de los hechos ya que según la Ley 10/1994 de la Policía de la Generalidad le corresponde al Gobierno de la misma por medio de su Presidente el mando supremo de los Mossos d’Esquadra (art. 2 de la citada Ley). Así el Presidente utilizó su condición superior jerárquica para ordenar la detención valiéndose de los mossos Pi y Margall como instrumento para llevar a cabo la detención del Delegado.

El órgano procesalmente competente para conocer de los hechos será el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

7.- La Sra. Arán comete un delito de pertenencia en calidad de dirigente de una organización terrorista tipificado en el art. 571.1 CP, dos delitos del art. 572 CP y tres delitos de amenazas del art. 169.2 CP. Por otro lado, los Sres. Baucells, Martí y Cugat cometen un delito de pertenencia a organización terrorista tipificado en el art. 571.2 CP (ya que no son los dirigentes de la misma), dos delitos de terrorismo del art. 572 CP y tres delitos de amenazas del art. 169.2 CP. Decir además que los Sres. Arán, Baucells, Martí y Cugat responden en calidad de coautores de los delitos tipificados en los arts. 572 y 169.2 CP. Serán los Juzgados Centrales de Instrucción de Madrid los encargados de la instrucción del proceso y a continuación su enjuiciamiento será competencia de la Audiencia Nacional ya que parte los delitos analizados se integran dentro de la materia de terrorismo y todos ellos son conexos entre sí.

8.- Los parlamentarios del Parlamento de Cataluña, así como el Presidente de la referida CCAA, cometen un delito de rebelión tipificado en el art. 472.5 CP relativo a la declaración de independencia de una parte del territorio nacional. Además, el art. 473 establece las distintas penas que les corresponderán a cada uno de los sujetos que en su caso fueren condenados, correspondiéndole al Sr. Pero (Presidente de la CCAA catalana) la recogida al comienzo del apartado primero del art. 473, ya que fue la persona que promovió e impulsó la declaración de independencia. Al resto de los parlamentarios les correspondería la pena recogida a continuación relativa a los meros participantes. El órgano procesalmente competente para el enjuiciamiento de los hechos será el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

9.- Los miembros de PRI (con especial mención del Sr. Gibert) que mantuvieron contacto con el grupo TPL, cometen un delito de colaboración con las actividades y finalidades de banda armada tipificado en el art. 576 CP. Los referidos delitos son conexos con los delitos de terrorismo analizados anteriormente cometidos por los miembros del grupo TPL, por lo que el órgano procesalmente competente para conocer de su enjuiciamiento será a su vez la Audiencia Nacional.

10.- El grupo PRI, en cuanto a partido político, será declarado ilegal en virtud de lo establecido en el art. 9 de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos como consecuencia de la vulneración por parte del mismo de los principios democráticos. Además también sería posible la disolución o suspensión judicial del referido partido en virtud de lo establecido en el art. 10 de la LOPP ya que PRI es un partido que ha estado colaborando con entidades y grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con organizaciones terroristas. El órgano procesalmente competente para conocer de los hechos será la Sala especial del Tribunal Supremo.

11.- Los Sres. Rama, Cata y Pedreira son coautores de dieciséis delitos de extralimitación en el ejercicio del mando tipificados en el art. 139 del Código Penal Militar. Son coautores de dieciséis delitos porque se da un concurso real ya que se daña el bien jurídico de la vida de dieciséis personas que mueren a causa de los disparos efectuados por los soldados como consecuencia de la orden del capitán. La calificación de coautores de los tres sujetos anteriores es consecuencia de los límites de la obediencia establecidos en el art. 48 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para

las Fuerzas Armadas, en virtud del cual si las órdenes entrañasen la ejecución de actos constitutivos de delito (en particular contra la Constitución y contra las personas), los soldados no están obligados a obedecerlas y en todo caso asumirán la responsabilidad de su acción. Los órganos procesalmente competentes para conocer de la instrucción de los hechos cometidos por el capitán Rama y los soldados Cata y Pedreira serán el Juzgado Togado número 31 de Barcelona y posteriormente, el órgano encargado del enjuiciamiento de los hechos será el Tribunal Militar Territorial de Barcelona.

12.- Para que el Gobierno pueda llevar a efecto las medidas a las que hace referencia el art. 155, es necesario que se efectúe un previo requerimiento al Presidente de la CCAA en cuestión y, en caso de no ser atendido, será entonces cuando por medio de aprobación por mayoría absoluta del Senado, se podrán adoptar las medidas necesarias para obligar a la CCAA al cumplimiento forzoso de obligaciones o para la protección del interés general de la Nación. En el caso concreto, en ningún momento se hace referencia al previo requerimiento que debería haber hecho el Gobierno al Sr. Pero, Presidente de la CCAA de Cataluña, y sería posteriormente, cuando en caso de no haber sido atendido dicho requerimiento, se procedería a aprobar las medidas necesarias por medio de mayoría absoluta del Senado. En este sentido, se produce un incumplimiento del precepto constitucional ya que no se ha ejecutado siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido debido a la falta de requerimiento previo exigida. En cuanto al control del ejercicio de las facultades atribuidas por este precepto se podría: de un lado, el conflicto de competencia planteado por la Comunidad Autónoma de Cataluña ante el Tribunal Constitucional (art. 59.1.a. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional); y, de otro, la impugnación por ésta de los concretos actos adoptados por el Gobierno de la Nación en virtud de la autorización emitida por el Senado en sede contencioso-administrativa.

13.- La intervención del Congreso de los Diputados, bien sea autorizando (como ocurre en la declaración del estado de excepción), bien declarando propiamente el estado excepcional (como ocurriría en la correcta declaración de un estado de sitio), es una intervención susceptible de control en vía constitucional. Y lo mismo puede decirse de los decretos declaratorios de la excepcionalidad cuando están respaldados por la previa autorización congresual. Sin embargo, por lo que respecta al control del decreto declaratorio del estado de sitio, el mismo es radicalmente nulo de pleno derecho y no se da la situación de que se trate de un decreto que tenga fuerza y rango de Ley, ya que a diferencia del decreto declaratorio del estado de excepción, este último constituye una declaración formal ya que se declara en virtud de una previa autorización del Congreso (declaración material). El decreto declaratorio del estado de excepción no es recurrible ante el Tribunal Constitucional ya que se trata de una norma de rango infralegal, correspondiéndole el control del mismo a la jurisdicción contencioso-administrativa debido a su naturaleza formal de este tipo de disposiciones.

14.- La Ley de Amnistía del 13 de diciembre es inconstitucional por ser contraria al derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la Constitución Española relativo a la tutela judicial efectiva, según el cual todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva, de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

15.- En virtud del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones

administrativas del personal militar profesional, solamente sería posible al concesión del acta de diputado al ex-capitán Rama, si éste pasa a una situación de excedencia voluntaria en el momento en que es designado como candidato a elecciones para órganos representativos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 31, apartado b.). La condición de diputado en ningún caso sería posible en caso de que el Sr. Rama se encontrase en servicio activo tal y como se recoge en el art. 6 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General relativo a las causas de inelegibilidad.

16.- La declaración genérica del Estado francés de conceder la la condición de “asilado político” para todas aquellas personas que pasen la frontera, contraviene las normas de Derecho comunitario y en especial el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ya que en todo caso es necesaria una solicitud por parte del sujeto que pretende adquirir la condición de asilado, no siendo posible en ningún caso hacer una concesión genérica a cualquier persona que traspase la frontera. Francia no ha cumplido ninguno de los requisitos que se exigen en el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros y en consecuencia está incumpliendo normas de Derecho comunitario. Ante esta situación, España debería recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea amparándose en los arts. 258 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativos al recurso de incumplimiento.

17.- En virtud de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, las autoridades judiciales españolas pueden solicitar la entrega del Sr. Pero a las autoridades judiciales francesas, las cuales estarán obligadas a reconocer *ipso facto* la referida orden de detención europea, ya que se cumplen los dos requisitos exigidos; por un lado el de que el delito que se le imputa tenga en España una pena superior a un año de prisión (y así se establece en el art. 473.1 CP que establece la pena del delito de rebelión), y por otro lado que el delito de rebelión también se encuentre tipificado en el Código Penal francés (regla de la doble incriminación ya que el delito imputado no es ninguno de los recogidos en la Decisión marco).

18.- El Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas del 18 de abril de 1961 establece en su art. 29 que la persona del agente diplomático es inviolable y no puede ser objeto de detención o arresto. Además, el art. 31 del citado Convenio contempla la inmunidad de jurisdicción de forma absoluta de los agentes diplomáticos cuando se refiere al ámbito penal. El Estado español ha incumplido el Convenio de 1961 y el Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece que los Estados parte en dicho Protocolo recurrirán ante la Corte Penal Internacional cualquier cuestión que se desprenda del Convenio sobre relaciones diplomáticas. Por todo ello, Francia puede acudir a la CPI por el incumplimiento por parte de España del Convenio de 1961.

19.- En art. 1 del Estatuto de Roma se establece la competencia “ratio personae” de la CPI, es decir, la CPI está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas físicas, única y exclusivamente, y no sobre organizaciones, rechazando cualquier propuesta que focalizara el centro de atención en la colectividad. Es por ello por lo que ninguno de los Estados u Asociaciones pueden llevar ante la CPI a un Estado.

Cuestión distinta sería que España intentase llevar ante la CPI tanto al Sr. Belgique (Presidente de la República francesa) como al General Lussen (General al mando de las tropas francesas) por ser, en virtud del art. 8 bis apartado primero introducido por la Resolución RC/Res.6, las personas que estaban en condiciones de controlar y dirigir efectivamente la acción militar llevada a cabo, acusando a los referidos sujetos de cometer un crimen de agresión.

Todo lo expuesto conforma el Dictamen que, sometiéndolo a cualquier otro mejor fundado en Derecho, emito en Madrid a 10 de enero de 2014.

Fdo: Marta Santaolalla Lorenzo

Letrada de las Cortes Generales

Normativa aplicable

Constitución Española de 1978.

Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961.

Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la Gracia del Indulto.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-Mossos d' Esquadra.

Ley 6/1977, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar.

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales.

Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento *Habeas Corpus*.

Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias, relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas del personal militar profesional.

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de 14 de abril de 1978.

Reglamento del Congreso de los Diputados.

Reglamento del Senado.

Resolución RC/Res.6, sobre enmiendas al Estatuto de Roma.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Bibliografía

- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. (2006): “Derecho Penal Internacional”. Tirant lo Blanch.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. Coordinador (2011): “Manual de Derecho Constitucional”. Volumen II. 6ª edición. Tecnos.
- de BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “Derechos fundamentales y libertades públicas”. Tirant lo Blanch.
- BLANCO CORDERO, I. (2002): “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Aranzadi.
- BLANCO VALDÉS, R. (1998): “La Ordenación constitucional de la defensa”. Tecnos.
- BLANCO VALDÉS, R. (1990): “Los partidos políticos”. Tecnos.
- ESPUNY TOMÁS, M. J. y PAZ TORRES, O. Coordinadoras (2009): “30 años de la Ley de Amnistía (1977- 2007)”. Dykinson, S.L.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (2008): “Ley de partidos políticos y derecho penal, una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo”. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DEL BLANCO, V. (2006): “La coautoría en el Derecho Penal”. Tirant lo Blanch.
- GÁRRIZ ROYO, E. (2008): “El concepto de autor en el Derecho Penal”. Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2007): “El Derecho Penal de autor”. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros (2007): “Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”. 7ª Edición. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros (2007): “Derecho Constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado. 7ª Edición. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2008): “Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional”. Tercera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MAGRO SERVET, V. (2006): “Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales”. La Ley.
- NAVARRO ESTEVAN, J. (1998): “Palacio de Injusticia”. Temas de hoy. Colección Grandes Temas.
- PAU I VALL, F. Coordinador (1997): “Parlamento y Justicia Constitucional”. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Aranzadi.

PORTERO MOLINA, J.A. (2004): “Constitución y jurisprudencia constitucional”. 5ª edición corregida y aumentada con Jurisprudencia. Tirant lo Blanch.

QUESADA ALCALÁ, C. (2005): “La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal”. Tirant lo Blanch.

TRUJILLO HERRERA, R. (2003): “La Unión Europea y el Derecho de Asilo”. Dykinson, S.L.

VIVES ANTÓN, T.S. y otros (2010): “Derecho Penal, parte especial”. 3ª edición actualizada de acuerdo con la ley orgánica 5/2010. Tirant lo Blanch.