



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE REBELIÓN Y SEDICIÓN, A LA LUZ DE LOS RECIENTES ACONTECIMIENTOS

Autor: Ignacio Puig López

5º E-3 D

Área de Derecho Penal

Tutor: María Concepción Molina Blázquez.

Madrid
Abril 2018

ÍNDICE

RESUMEN	3
1. INTRODUCCIÓN	5
2. MARCO TEÓRICO	9
2.1. Derecho comparado	9
<i>2.1.1. Derecho anglosajón</i>	9
<i>2.1.2. Derecho continental</i>	11
2.2. Antecedentes	14
<i>2.2.1. Reformas legislativas</i>	14
<i>2.2.2. Análisis del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981</i>	19
2.3. Análisis del tipo penal	22
<i>2.3.1. El tipo penal del delito de rebelión</i>	22
<i>2.3.2. El tipo penal del delito de sedición</i>	26
<i>2.3.3. Diferencias entre ambos delitos</i>	31
<i>2.3.4. Otros delitos relacionados</i>	32
2.4. Análisis de la situación actual a través de la jurisprudencia	37
<i>2.4.1. Auto del Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017</i>	37
<i>2.4.2. Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018</i>	44
3. CONCLUSIONES	47
4. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS	49

RESUMEN

Los delitos de rebelión y sedición, que hasta el momento habían permanecido en un estado de letargo, con muy pocos antecedentes prácticos, están cobrando un papel protagonista en el panorama penal nacional, debido a los acontecimientos acaecidos recientemente en el marco del proceso secesionista catalán.

Es el Código Penal quien regula estos delitos, en sus artículos 472 y 544, sin embargo, existe diversidad de opiniones y controversia tanto en doctrina como jurisprudencia en relación con ciertos elementos del tipo. El objetivo de este trabajo de investigación es la aclaración de los conceptos establecidos en sendos tipos penales, para dilucidar si son delitos aplicables a los recientes acontecimientos secesionistas. Para ello se pretenderá delimitar el concepto de cada uno de ellos, ayudándonos del derecho comparado, antecedentes legislativos y jurisprudenciales, y de razonamientos doctrinales y jurisprudenciales.

Por tanto, a lo largo de este trabajo se expondrá una visión global de la situación penal y el alcance de estos delitos, para de tal modo llegar a unas conclusiones que nos permitan valorar si los hechos acontecidos pueden ser juzgados por estos tipos penales.

ABSTRACT

The crimes of rebellion and sedition, which had so far remained in a state of lethargy, with very few practical backgrounds, are gaining a leading role in the national criminal scene, owing to recent developments in the framework of the catalan secessionist process.

It is the Penal Code that regulates these offences, in its articles 472 and 544, however, there is diversity of opinions and controversy in both doctrine and jurisprudence in relation to certain elements of the type. The objective of this research is to clarify the concepts established in criminal types, in order to clarify whether they are crimes applicable to the recent secessionist events. To fulfill this aim, we intend to delimit the concept of each one of them, helping us with comparative law, legislative and jurisprudential antecedents, and doctrinal and jurisprudential reasoning.

Therefore, throughout this work a global view of the criminal situation and the scope of these offences will be exposed, so as to reach some conclusions that allow us to assess whether the events that occurred can be judged by these criminal types.

Palabras clave: rebelión; sedición; delitos contra la constitución; delitos contra el orden público; Cataluña; proceso secesionista.

Keywords: rebellion; sedition; crimes against the Constitution; crimes against public order; Catalonia; secessionist process.

ABREVIATURAS

art.	artículo
CE	Constitución Española de 1978
CJM	Código de Justicia Militar
CP	Código Penal de 1995
CPM	Código Penal Militar de 2015
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
ETA	Grupo terrorista Euskadi Ta Askatasuna
FGE	Fiscal General del Estado
JCI	Juzgado Central de Instrucción
RU	Reino Unido
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
23-F	Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo de fin de grado llevaremos a cabo el estudio de los delitos de rebelión y sedición, que han tenido una escasa aplicación práctica a lo largo de la historia, no sólo de nuestro país, sino también globalmente. Sin embargo, a la luz de los acontecimientos recientemente acaecidos son tipos penales que están teniendo una repercusión mediática pocas veces antes vista.

El denominado popularmente como “process” ha llegado a límites insospechados, la celebración del referéndum ilegal en Cataluña el día 11 de octubre de 2017 o la declaración unilateral de independencia del 27 de octubre del mismo año. Ambos acontecimientos sin lugar a duda podrían ser calificados como históricos para nuestro país, y de gran relevancia y repercusión en materia penal, por ello creo en la conveniencia de hablar de estos dos delitos.

Los delitos de rebelión y sedición se encuentran en el vigente Código Penal, aprobado por la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, y cuya versión vigente es del día 28 de octubre de 2015. A diferencia de la redacción del Código Penal de 1973 (publicado por el decreto 3096/1973 de 14 de septiembre), en el que ambos delitos estaban comprendidos bajo un mismo Título, que era el Título segundo: -delitos contra la seguridad interior del Estado-, hoy vemos ambos delitos contenidos en distintos Títulos por primera vez en nuestra historia pese a su clara relación. El delito de rebelión lo encontramos en el Capítulo primero del Título XXI, que trata sobre los delitos contra la Constitución (artículos 472 y siguientes) junto a otros delitos como pueden ser la tenencia, tráfico, y depósito de armas, municiones o explosivos, los delitos de terrorismo o los desórdenes públicos. El delito de sedición, en cambio, lo encontramos en el Capítulo primero del Título XXII, que trata sobre los delitos contra el orden público (artículos 544 y siguientes), Título que de algún modo es el sucesor del anteriormente mencionado: delitos contra la seguridad interior del Estado.¹

Es cierto que ambos tienen varias similitudes, al igual que claras diferencias que discutiremos posteriormente en este trabajo. Un claro ejemplo de diferencia es el bien jurídico protegido, que corresponde al Título del que cada uno es parte: en el caso de

¹MAGRO SERVET, V., Casuística práctica y jurisprudencial de los delitos de rebelión y sedición, Diario La Ley, nº 9074, 2017.

rebelión hablaríamos de la Constitución española como bien jurídico protegido y en el caso de sedición hablaríamos del orden público como bien jurídico protegido. Por otro lado, vemos claras similitudes, en primer lugar, porque ambos bienes jurídicos protegidos gozan de una amplitud que puede hacerles, de algún modo, comparables. Gran parte de la doctrina ve también una clara relación entre estos dos tipos penales. COLOMER BEA, por ejemplo, se pregunta si el delito de sedición es una rebelión en pequeño.²

Es resaltable además la forma en la que empieza el artículo 544 del vigente Código Penal para definir los reos de dicho delito: “Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen...”, dándonos así una clara idea de lo relacionados que pueden llegar a estar ambos delitos.

Analicemos brevemente los artículos 472 y 544 del Código Penal, que definen la conducta punible, ya que sin duda es necesario para continuar con el tema propuesto:

El artículo 472 reza así:

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

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

2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. El término «Rey o Reina» ha sido introducido en sustitución de la anterior referencia al «Rey», conforme establece el número doscientos cincuenta y nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.

² COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), Diario de la Ley, nº 9145, Wolters Kluwer, 2018.

5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.”

El artículo 544 reza así:

“Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.”

Si analizamos estos dos delitos, en especial el delito de sedición, nos podríamos quedar con la idea de que los sucesos acaecidos recientemente son perfectamente imputables y subsumibles en estos tipos penales. Es preciso, sin embargo, analizarlos en profundidad para llegar a tales conclusiones, ya que aún entre juristas de reconocido prestigio hay diversidad de opiniones. Esta diversidad de opiniones no sería tal de haber acontecido estos recientes sucesos, objeto de juicio con anterioridad al Código Penal de 1995, ya que antes no encontrábamos dentro del delito de rebelión el concepto de violencia, que es de alguna manera lo que puede disuadir de que dicho delito sea aplicable.

Si atendiéramos a los artículos que preceden a los dos aquí expuestos veríamos que las penas que amenazan cada uno de ellos se sitúan entre los cuatro y los veinticinco años de prisión lo cual sin duda los muestran como uno de los delitos más graves del ordenamiento jurídico penal. No puede significar esto que debemos tener mano blanda con quienes hayan cometido tales delitos, sin embargo, por su dureza si debiéramos realizar una interpretación de la norma sumamente restrictiva. Esto es propio del ordenamiento jurídico penal, pero debe serlo aún más cuando las penas a las que se enfrentan los reos son de semejante calibre.

Por ello cobra una vital importancia el atender al tenor literal del artículo y hacer de él la interpretación más restrictiva posible. Más adelante realizaremos un análisis detallado de ambos tipos penales y de determinados conceptos específicos que se encuentran inmersos en los mismos, y que no están exentos de controversia, como pueden ser los términos: “violentamente”, “tumultuariamente” o “por la fuerza o fuera de las vías legales”. Es oportuno, sin embargo, tras esta breve introducción de ambos tipos, realizar un análisis de los delitos similares que encontramos en otros derechos nacionales y sus similitudes con los anteriormente expuestos.

2. MARCO TEÓRICO

En esta parte de este trabajo de investigación se va a exponer un análisis detallado de los delitos de rebelión y sedición, apoyado en un análisis del derecho comparado, en un análisis de los antecedentes legislativos y jurisdiccionales, en un análisis detallado del tipo penal y en un análisis de la situación a través de las recientes intervenciones de los tribunales.

2.1. Derecho comparado

Al hablar de delitos tan específicos y poco corrientes como son el delito de sedición y de rebelión encontramos varias diferencias entre las legislaciones de los Estados analizados, no pudiendo encontrar en todos ellos delitos de idéntica calificación por lo que expondremos aquellos que sean más semejantes y que nos muestren una idea global de como se está abordando este tipo de actuaciones internacionalmente, aunque en ocasiones la figura penal extranjera de mayor similitud pueda equipararse más con los tipos penales sobre desórdenes públicos (tipificados en el Título XXII, Capítulo III del Código Penal, artículos 557 y siguientes) o con los delitos de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia (tipificados en el Título XXII, Capítulo II del Código Penal, artículos 550 y siguientes).

2.1.1. Derecho anglosajón

2.1.1.1. Reino Unido

El caso de Reino Unido es sin duda un caso relevante, ya que sin duda podría ser uno de los países en donde encontremos una mayor comparabilidad a la situación sociopolítica que hay en Cataluña. Hablamos del intento secesionista de Escocia. Es un caso en donde, sin embargo, nos encontramos ante claras diferencias ya que en primer lugar tienen razones históricas que sustentan la idea de independencia, al haber sido un

Estado soberano hasta 1707 cuando se firma el acta de unión entre el Reino de Inglaterra y el Reino de Escocia, formando así el Reino Unido.

En 2014, a raíz de un acuerdo entre el gobierno del país y el gobierno regional escocés se pactó un referéndum en donde únicamente los residentes en Escocia (incluyendo los ciudadanos miembros de la Unión Europea y de la mancomunidad de naciones) podrían votar si querían o no que fuese un país independiente. El referéndum fue celebrado el día 18 de septiembre de 2014 y se impuso el no con un 55,3% de los votos.

Si atendemos a la legislación de este país, en donde rige el “common law” una modificación legislativa sin precedente en el resto de países europeos. La sección 73 del “Coroners and Justice Act” de 2009 suprime la sedición (“the offences of sedition and seditious libel”), por ello podemos concluir que en este Estado no se aprecian delitos semejantes a los analizados en este trabajo de investigación.³

2.1.1.2. Estados Unidos

En este país en donde también rige el “common law” podemos apreciar en la sección 2384 del Código de los Estados Unidos el delito de rebelión o insurrección (“rebellion or insurrection”) por el cual son reos de tal delito quienes asistan, inciten, promuevan o sean partícipes de un acto de rebelión o insurrección contra la autoridad de Estados Unidos o sus leyes. La pena nuevamente para estos delitos no es de semejante fuerza al ser de multa de no más de 10.000 dólares o de prisión de no más de 10 años, o ambas a la vez. Además de llamarnos la atención la baja pena, es resaltable la poca tipificación del Código de los Estados Unidos, pudiendo ver así la diferencia con el civil law, en donde se tipifica hasta el más mínimo detalle, con el objetivo de que, como hemos comentado antes, el derecho penal sea aplicado exclusivamente de hechos tasados, contribuyendo así a una mayor seguridad jurídica.⁴

³ Coroners and Justice Act, 2009.

⁴ Código de los Estados Unidos de 30 de junio de 1926, en concreto US Code, Title 18, Part I, Chapter 115, Section 2384.

2.1.2. Derecho continental

2.1.2.1. Alemania

En el país germano encontramos varios delitos que tienen relación con los mencionados delitos de rebelión y sedición. Posteriormente analizaremos el Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018, para ver su razonamiento jurídico-penal entorno a la comparación de ambas legislaciones. Sin embargo, antes debemos acudir a su Código Penal, promulgado el 13 de noviembre de 1998. En la parte especial de dicho Código Penal, capítulo primero, Título segundo (denominado alta traición) podemos apreciar en los artículos 81 y 82 el delito de alta traición o “hochverrat” por el cual la pena es de no menos de 10 años, a no ser que sea relativa a casos menos serios, lo cual deberá decidirlo el juez. Son reos del delito de alta traición alemán quienes traten por medio de violencia o intimidación atentar contra la existencia de la República Federal alemana o contra orden constitucional. Así mismo, tendrán penas de 1 año a 10 años de prisión quienes traten por medio de fuerza o intimidación de intentar incorporar parte de un Estado federal a otro Estado federal distinto, o separar a parte de un Estado federal del mismo.⁵

Aquí al igual que en la legislación penal española vemos que se hace especial hincapié en el hecho de que estos intentos sean por medio de violencia o intimidación, siendo la fuerza un elemento necesario para que concurra el tipo penal. Actualmente ese es sin duda una de las complejidades penales del proceso separatista catalán, ya que, en principio, no podríamos negar que se trata de un movimiento pacifista. Es resaltable, de igual modo, la pena que impone el Código Penal alemán, ya que es claramente inferior a la que encontramos en los delitos de rebelión y sedición. Por último, es discutible el tenor del artículo ya que puede que exclusivamente se refiera a que un Estado intente separar un territorio de otro Estado federal, aunque parece realista pensar que esto también sería aplicable cuando un Estado intenta separarse de la república federal germana, que sería el caso catalán. En el artículo 83 de su Código Penal vemos que también está penada la preparación de actos destinados a cometer el delito de alta traición, lo que sin duda es interesante, y podría asemejarse al delito de rebelión o sedición en grado de tentativa.

⁵ Código Penal alemán de 13 de noviembre de 1998, en concreto, Código Penal (Strafgesetzbuch), parte especial (Besonderer Teil), sección 7ª -delitos contra el orden público-.

Otro artículo relevante al respecto, del Código Penal alemán es el artículo 130, aunque sin duda con menor comparabilidad. Este artículo pena a quien de manera capaz de perturbar la paz pública incite al odio contra segmentos de la población o pida medidas violentas o arbitrarias contra ellos. Aunque con otro punto de vista completamente distinto a los delitos que analizamos en este trabajo de fin de grado, los últimos acontecimientos sucedidos en nuestro país podrían tener cabida en este precepto penal alemán, si se hubiese incitado al odio de parte de Cataluña hacia el resto de España, perturbando en el camino la paz pública.⁶

El Código Penal alemán no es el único Código europeo que contiene en su legislación el delito de alta traición, es apreciable por ejemplo en Austria, el país vecino, donde lo encontramos en el artículo 242 de su Código Penal.

2.1.2.2. Suiza

En el vigente Código Penal suizo de 21 de diciembre de 1937 (modificado en 2011) encontramos el delito con mayor similitud en el artículo 265 bajo el Título “delito contra el Estado”, lo cual guarda claras similitudes con el Título segundo del Código Penal español de 1973: “delitos contra la seguridad interior del Estado”. Aquí el texto declara reos del delito contra el Estado a quien dirija con violencia una acción para cambiar la Constitución de la confederación o de alguno de sus cantones, así como quien separe de la confederación o de alguno de sus cantones parte del territorio. Encontramos aquí una gran similitud al Código Penal alemán y nuevamente vemos que la pena aplicable al tipo penal es inferior a la de nuestro país, siendo aplicable una pena no inferior a un año.⁷

2.1.2.3. Portugal

En el Código Penal portugués de 1995, aprobado por el decreto-ley 48/95, encontramos varias referencias que podrían ser aplicables. En primer lugar, en su artículo

⁶ Código Penal alemán de 13 de noviembre de 1998, en concreto, Código Penal (Strafgesetzbuch), parte especial (Besonderer Teil), sección 7ª -delitos contra el orden público-.

⁷ Código Penal Suizo de 21 de diciembre de 1937, en concreto Libro II Título XIII -Ofensas contra el Estado y la Seguridad Nacional-.

308 se castiga a quien trate por medio de violencia o intimidación, usurpación o abuso de funciones de soberanía separar de Portugal parte de su territorio. Lo cual parece claramente aplicable, apreciándose además expresamente el término violencia. Este artículo se encuentra denominado “traición a la patria”. Por otro lado, en su artículo 325, bajo la rúbrica: “alteración violenta del Estado de derecho” encontramos un delito similar por el que son reos quienes por medio de violencia o intimidación intenten destruir, alterar o revertir el Estado de derecho constitucionalmente establecido serán castigados con penas de prisión de 3 a 12 años. Consolidando por tanto el hecho de que, aunque sí suelen haber delitos parecidos en derecho comparado, suele exigirse también que sea mediante violencia y suele estar castigado con menos años de prisión.⁸

2.1.2.4. Francia

En Francia, el Código Penal francés no habla expresamente de sedición como la entendemos en España, sin embargo, si podemos encontrar dos artículos de carácter similar. En primer lugar su artículo 412, que habla del atentado y del complot declara en su punto primero, que “constituye atentado el hecho de cometer uno o varios actos de violencia susceptibles de poner en peligro las instituciones de la República o de atentar contra la integridad del territorio nacional”, posteriormente en el punto tercero del mismo artículo habla de la insurrección definiendo el delito como “todo acto de violencia colectiva que pueda poner en peligro las instituciones de la República o atentar contra la integridad del territorio nacional”. Esto es claramente comparable, ya que la integridad del territorio nacional es el problema que nos atañe, viniendo además expresamente mencionado en nuestro propio Código Penal, en el punto cinco del artículo 472 (referente al delito de rebelión).⁹

Además, en el Código Penal francés encontramos también una referencia al término rebelión, sin embargo, el concepto parece estar más ligado a lo que en España entendemos por atentado, resistencia o desobediencia. Esta referencia está presente en el artículo 433.6 y se refiere a quienes opongan resistencia violenta a una persona

⁸ Código Penal Portugués de 17 de febrero de 1987, en concreto Código Penal, Título V, Secção II –“Dos crimes contra a realização do Estado de direito”-.

⁹Código Penal Francés de 1 de marzo de 1994, en concreto Code Pénal, Livre IV, Titre I, Chapitre II, y Code Pénal, Livre IV, Titre III, Chapitre III.

depositaria de la autoridad pública o en misión de servicio público, en el ejercicio de sus funciones, y por mandato de la ley, por orden de la autoridad pública, o por decisiones o mandatos judiciales.

2.1.2.5. Italia

Italia también podría asemejarse en cierto sentido a nuestra situación de problemas secesionistas con la región de Véneto, aunque de un modo claramente más débil. Encontramos en su vigente Código Penal de 19 de octubre de 1930, modificado por última vez en 2009, varios preceptos que podrían cuadrar con nuestros delitos de rebelión y sedición. En primer lugar, su artículo 241 en donde se habla de los atentados contra la integridad, la independencia y la unidad del Estado, requiriendo para ello la acción típica de actos violentos y siendo la pena no inferior a 12 años. Además, podemos ver en su artículo 415 el delito de instigación a la desobediencia de la ley, castigado con pena de cárcel de 6 meses a 5 años. Por último, se castiga con una pena administrativa las los actos u acontecimientos secesionistas (“grida e manifestazioni sediziose”) en el artículo 654 de su Código Penal.¹⁰

Este análisis del derecho comparado es muy interesante ya que nos da una idea de cómo ha legislado cada país en esta materia y de las similitudes que hay, así como las diferencias, aunque muchos de los tipos penales aquí comentados no coincidan totalmente con los conceptos de rebelión y sedición de la legislación española. Debemos, además, mirar a sus legislaciones penales en su conjunto, como una unidad, ya que, aunque entre Estados haya puntos en común es normal que también haya diferencias, puesto que la historia de cada Estado y el camino hacia la democracia es y ha sido distinto, siendo evidente, por tanto, que también lo son los tipos penales y especialmente las calificaciones de los mismos.

2.2. Antecedentes

2.2.1. Reformas legislativas

¹⁰ Código Penal Italiano de 1 de julio de 1931, en concreto Codice Penale, Libro II, Titolo V –“Dei Delitti contro L’ordine pubblico”-.

Como hemos mencionado anteriormente los delitos de rebelión y sedición están comprendidos en Títulos distintos de nuestro Código Penal (rebelión se encuentra en el Título XXI, y sedición se encuentra en el Título XXII) y por tanto el bien jurídico protegido de estos tipos penales es distinto en cada caso. Sin embargo, esto históricamente no ha sido así, y ambos términos han ido cobrando, a lo largo de nuestra historia penal, rasgos cada vez más distintos que los delimitan y los sitúan como dos delitos bien diferenciados.

Anteriormente el delito de sedición era concebido como un delito de rebelión, pero menos grave, protegiendo ambos el mismo bien jurídico (la seguridad interior del Estado). Hoy en día, aún hay quienes siguen viendo parte de dicho carácter secundario en el delito de sedición, como es el caso de COLOMER BEA, anteriormente mencionado.

El primer Código Penal español data de 1822 y es de breve vigencia, sin embargo, podemos apreciar ahí la aparición tipificada de estos dos delitos. Aparecen en el Título III del Libro II, con una rúbrica similar a los siguientes Códigos Penales, pero algo más extensa: “de los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público”. En este Código dividen a los reos de rebelión (artículo 274 y siguientes) en tres clases y con sus respectivas penas. El primer grupo eran las cabezas y reos principales y la pena era la pena de muerte, el segundo grupo eran quienes auxiliaran a estos o fomentasen la rebelión y la pena era la deportación y el tercer grupo quienes sin pertenecer a las otras dos clases les hubiesen dado auxilio o abrigo, y su pena era de dos a doce años de obras públicas. Además, es relevante que para ser considerados reos de rebelión la autoridad debía haberles requerido que cesaran en su empeño y que no lo hubieran hecho. Lo mismo sucede con el delito de sedición en donde también se dividen a los reos en tres clases, aunque con penas distintas. Además, también se añade el requisito de requerimiento por parte de la autoridad para que se dé el delito.¹¹

Posteriormente con los Códigos penales de 1848 y de 1850 se endurece el sistema penal español y aparecen estos delitos de una manera más similar a la que podemos apreciar hoy en día en el vigente Código Penal de 1995. Ambos delitos aparecen en el Título III del Libro II, bajo la rúbrica “Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público” correspondiendo el Capítulo II en su totalidad a estos delitos, bajo la

¹¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

rúbrica: “Delitos de rebelión y sedición”. El primero lo encontramos en el artículo 167, en donde eran reos de rebelión quienes se alzan pública y en abierta hostilidad (nótese que aquí ya estaba incorporado a este delito el concepto de violencia o fuerza) contra el gobierno para una serie de fines tasados, que estaban relacionados con el rey (destronarle) y con las cortes (impedirles ejercer sus funciones). El punto quinto, sin embargo, si podría tener una mayor relevancia al rezar: “sustraer el reino o parte de él, o algún cuerpo de tropas de tierra o de mar de la obediencia al supremo gobierno”, aunque difícilmente cabría hoy el conflicto catalán en este tipo penal de ser este el Código Penal que tuviésemos en la actualidad.¹²

En cuanto al delito de sedición en este Código Penal lo encontramos en el artículo 174, en donde se declaraban reos de sedición los que se alzarán públicamente para impedir la promulgación o ejecución de las leyes, para impedir a la autoridad el libre ejercicio de sus funciones o para ejercer algún acto de odio o venganza en la persona o bienes de la autoridad o sus agentes. Así pues, vemos que ambas definiciones se han ido puliendo hasta llegar a las que hoy tenemos, que son notablemente más específicas.

Posteriormente pasamos al Código Penal de 1870, que pretendía adaptar la normativa penal a la Constitución liberal de 1869. Aquí vemos un mayor detalle a la hora de definir los hechos objeto del delito en el delito de sedición en donde se añaden los términos “tumultuariamente” y “para conseguir por la fuerza, o fuera de las vías legales”; términos que por otro lado hoy permanecen en su calificación como delito. Por el contrario, no vemos casi ningún cambio en el delito de rebelión. En este Código Penal también ambos delitos se encuentran situados en el Título III, Libro II, bajo la rúbrica “Delitos contra el orden público”, dividiéndolos, sin embargo, en dos Capítulos. En el Capítulo I aparece la rúbrica “Rebelión”, y en el Capítulo II aparece la rúbrica “Sedición”. Además, los artículos pasan a ser el 243 para el delito de rebelión y 250 para el delito de sedición.¹³

En los Códigos penales de 1928 y 1932 vemos cambios menores que hacen referencias meramente gramaticales. En el delito de rebelión en 1928, en vez de decir “abierta hostilidad contra el gobierno” declaraba “abierta hostilidad contra los poderes

¹² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

¹³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

del Estado”, mientras que el de 1932 se refiere al “gobierno constitucional”, modificando además “sustraer el reino o parte de él, o algún cuerpo de...” por “la nación o parte de ella”. En cuanto al delito de sedición en el Código Penal de 1928 se hacen modificaciones gramaticales de carácter irrelevante, que posteriormente son deshechas por el Código Penal de 1932.¹⁴

En el Código Penal de 1944 la única modificación resaltable es que la rúbrica pasa a llamarse “Delitos contra la seguridad interior del Estado” en lugar de “Delitos contra el orden público”. Tampoco acontece nada reseñable en el Código Penal de 1973, siendo en el de 1995, hoy vigente, donde tienen lugar los cambios verdaderamente relevantes. Aquí en primer lugar se colocan ambos delitos en Títulos distintos, protegiendo un bien jurídico distinto y diferenciándolos por completo con una finalidad y acción típica distintas. En el delito de rebelión, que ahora se sitúa en el artículo 472, se añade un quinto supuesto tasado que es el de “declarar la independencia de parte del territorio nacional”, que evidentemente viene derivado de los movimientos nacionalistas, especialmente fuertes en la época debido al movimiento terrorista ETA.¹⁵

Sin embargo y en contrapartida, ahora se requiere que el alzamiento no sea solamente público, si no, además violento (nótese que de no haberse incluido no estaría la problemática de ver si los exconsejeros del Govern de la Generalitat pueden ser incluidos en este delito. Sin embargo, también nótese, que como hemos visto al analizar el derecho comparado la inmensa mayoría de países analizados incluyen este requisito también en sus tipos penales). Se suprime por otro lado el requisito de que el alzamiento sea en abierta hostilidad contra el gobierno. El resultado de esta nueva tipificación, y pese a haber incluido un suceso más o haber eliminado la hostilidad contra el gobierno, es la reducción del ámbito de aplicación de este delito, que queda muy limitado. Así pues, el legislador parece no haber caído en la cuenta de un posible alzamiento secesionista en alguna de las regiones de España mediante medios pacíficos y sin instar a la violencia, ya que es un caso fuera del tipo penal.

El momento en el cual se promulga este Código Penal es un momento parlamentario clave, en donde tanto coalición canaria como los grupos parlamentarios

¹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

vascos realizaron una fuerte oposición, consiguiendo en última instancia la aprobación de este Código con dicha tipificación. Muchos autores, sin embargo, ven en este término una muestra de democracia ya que en realidad cada uno tiene derecho a defender su postura por las vías legales y pacíficamente sin que por ello pueda ser castigado a penas tan altas de prisión. La realidad es que esta tipificación ha dejado con las manos atadas a los Tribunales españoles, sin poder subsumir sus actos en este delito, porque de no poder calificarse el alzamiento como violento no habría delito alguno, aunque cabría preguntarse si podría calificarse este delito en grado de tentativa, o como actos preparatorios de conspiración para delinquir y si esto es compatible con la interpretación restrictiva del derecho penal, que es uno de los pilares básicos del mismo. En cualquier caso, los tipos penales ante los que se enfrentan los responsables políticos de dicho alzamiento no violento son de una dureza muy inferior, como por ejemplo la desobediencia o la prevaricación, quedando relegado este conflicto, en parte, al ámbito político puesto que el alcance penal puede ser muy limitado.¹⁶

En cuanto al delito de sedición también encontramos modificaciones con la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Este delito se sitúa ahora en el artículo 544 del Código Penal y ya no tiene, como en los Códigos anteriores, una numeración con los supuestos aplicables. Además, se añade el término “para impedir”, el cual anteriormente era para conseguir una serie de supuestos tasados.

Así pues, se consolida como un delito distinto y diferenciado al delito de sedición, y que tiene muchas más opciones para subsumir en él los hechos acaecidos recientemente en el proceso secesionista catalán. Aquí no se requiere violencia, si no alzamiento público y tumultuario, que parece ser que si encaja en los hechos. Sin embargo, el problema estaría en el resto del tipo penal y en la capacidad probatoria, ya que este reza así: “...para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad...” por lo que habría que probar que se haya instado a ello, ya que sin tales pruebas no se puede subsumir el hecho en el tipo penal. Más adelante analizaremos en detalle todos los aspectos del tipo.

¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

2.2.2. Análisis del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981

En la jurisprudencia no encontramos una gran amplitud de antecedentes en cuanto a los delitos de rebelión y sedición se refiere, siendo el golpe de Estado que tuvo lugar el 23 de febrero de 1981 el acontecimiento histórico más relevante a este efecto.

Los hechos fueron juzgados en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, constituido en Tribunal el 3 de junio de 1982¹⁷. Dicha sentencia fue casada, tras el recurso de casación por el Tribunal Supremo el día 22 de abril de 1983¹⁸.

En la primera sentencia se describen, con gran detalle los hechos que dieron lugar a la imputación por el delito de rebelión militar:

“...Y por los presentes se acordó la ocupación del Congreso mediante el empleo de fuerzas militares, para sustituir al Gobierno de la Nación por otro nuevo que encauzara la democracia y terminara con el terrorismo...”¹⁹.

También en esta sentencia, en aplicación del Código de justicia militar se dan unas penas a los que intentaron perpetrar el golpe de Estado. Estas penas son posteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo.

El delito que se observó fue el de rebelión militar, que estaba comprendido en los artículos 286 y 287 del Código de Justicia Militar, así como otros delitos también establecidos en el CJM de 1980 que son: el delito de adhesión a la rebelión militar, delito de auxilio a la rebelión militar y el delito de conspiración para la rebelión militar.²⁰

El CJM de 1980 definía el delito de rebelión militar de la siguiente forma:

“Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra el ordenamiento constitucional, el jefe del Estado, su Gobierno o Instituciones fundamentales de la Nación, siempre que...”

Al igual que en el delito de rebelión, se exige el uso de la violencia. La terminología es sin embargo más específica aquí, ya que podemos afirmar que alzarse en

¹⁷ Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio 441/1982.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 791/1983.

¹⁹ Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio 441/1982.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 791/1983.

armas significa violencia, pero que violencia no significa necesariamente alzarse en armas.

En esa línea se pronuncia la sentencia del TS que determina que el alzamiento se realizó “de modo incruento”, sin perjuicio de “resaltar que lo que se proyecta y conviene como incruento, se torna violento y belicoso tan pronto se ofrece resistencia u oposición a los planes de los rebeldes, los cuales nunca pueden aseverar -dado que el futuro no se puede predecir por los humanos- que su alzamiento, con toda seguridad, será incruento, sin víctimas y sin derramamiento de sangre”. De aquí se puede desprender la no necesidad de violencia, si el alzamiento por sí mismo posee un carácter intimidatorio de gran calibre, por el que se estima que de repelerse llevaría a un enfrentamiento violento con los rebeldes.²¹

Esa eficacia o carácter intimidatorio ha sido definida, también, posteriormente por la jurisprudencia, así pues, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña lo define como “una actitud activa por la fuerza o estando dispuesto a su utilización y en forma pública, patente o exteriorizada”²²

El caso del golpe de Estado, conocido popularmente como 23-F, a diferencia de los acontecimientos acaecidos en el proceso secesionista catalán, goza de una incuestionable claridad que hace más fácil encuadrar los hechos dentro del delito. Es reseñable, sin embargo y como acabamos de comentar, la no necesidad de violencia según el Tribunal Supremo, valiendo el carácter intimidatorio propio de un “acto incruento”, que es como define el TS, en su sentencia, el acontecimiento. Esto sin duda puede sentar un precedente y una línea jurisprudencial en torno a la interpretación del concepto de violencia que será de especial relevancia cuando analicemos el tipo penal del delito de rebelión en profundidad.

En la actualidad no nos encontramos ante un solo hecho, como sucedió en el intento de golpe de Estado, sino ante una pluralidad de ellos, que dificulta el juicio. Es común, quizás de manera errónea, la expresión de golpe de Estado para los actos realizados en Cataluña. Si bien es cierto que encontramos cierta similitud con lo pretendido el 23 de febrero de 1981, que era la atribución de los poderes que ostentaba el gobierno, no se puede negar que los hechos difieren porque hasta la fecha no ha habido

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 791/1983.

²² Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de febrero, 10/2016.

alzamiento armado, por ello no podemos, sin faltar a la verdad, referirnos a un golpe de Estado.

El delito de rebelión militar estaba originariamente regulado en el CJM de 1945, y en Título noveno bajo la rúbrica: “delitos contra la seguridad del Estado y de los ejércitos” en sus artículos 286 y 287. Se castigaba con pena de muerte el cabeza de la rebelión y al que tomara el mando superior de las fuerzas o elementos rebeldes.²³

Sin embargo, tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, queda abolida la pena de muerte, como podemos apreciar en el artículo 15 de la misma:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”²⁴

Es por ello, que posteriormente se procede a una reforma del CJM el 6 de noviembre de 1980²⁵. Son, por tanto, las penas, como indica VALENCIANO ALMOYNA, una de las importantes novedades de esta reforma, en donde se establece la pena de muerte como pena, solamente en tiempos de guerra, y se incluye un límite máximo de 25 años para penas privativas de libertad, salvo en el caso de acumulación de condenas en donde la pena máxima ascendía a 30 años.²⁶

En la actualidad el CJM se encuentra derogado, siendo el Código vigente el Código Penal Militar de 2015. En este texto no encontramos el delito de rebelión militar, aunque sí el de sedición militar que hace referencia al concepto de negarse a obedecer o no cumplir las órdenes legítimas recibidas de un superior²⁷. Tenemos que tener también en cuenta, que, en el CP actual, que es de 1995, encontramos referencias expresas a militares en los artículos siguientes a los delitos de rebelión y sedición. Así pues, por ejemplo, el artículo 476 del CP castiga al militar que no empleara los medios necesarios para detener la rebelión de tropas bajo su mando.

²³ Ley de 17 de Julio de 1945, por la que se aprueba y promulga el Código de Justicia Militar, BOE, nº. 201, 1945.

²⁴ Constitución Española, BOE, nº 311, 1978.

²⁵ Ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, BOE, nº 280, 1980.

²⁶ VALENCIANO ALMOYNA, J., La reforma de la justicia militar en España durante la transición, Reis, nº 36, 1986, p.141-152.

²⁷ Ley orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, art. 38, BOE, nº 247, 2015.

2.3. Análisis del tipo penal

Debido a la escasez de jurisprudencia y de aplicación práctica que han tenido los delitos de rebelión y de sedición esta parte cobra una especial relevancia, ya que se vuelve significativa la necesidad de ahondar en los elementos básicos del tipo penal en el caso concreto para determinar si se incurre o no en estos delitos.

2.3.1. El tipo penal del delito de rebelión

El delito de rebelión está establecido en el artículo 472 del Código Penal. En él se establece que son reos de este delito quienes se alzaren violenta y públicamente para una serie de fines, que se enumeran a continuación de lo expresado. También son penadas las conductas que suponen una imperfecta ejecución de lo expresado en el artículo 472 del CP. Estas conductas son la provocación, la conspiración y la proposición para cometer rebelión y vienen descritas en el artículo 477 del CP.

Como bien destaca TAMARIT SUMALLA, el delito de rebelión se encuentra a la cabeza de los delitos contra la Constitución, lo cual muestra la importancia y gravedad del mismo, constituyéndose como máximo atentado al sistema constitucional.²⁸

Lo primero que observamos cuando atendemos al tipo penal es que debe darse un alzamiento público y violento y que debe concurrir al menos uno de los siete fines que se enumeran en el artículo; se trata, por tanto, de un “*numerus clausus*”.

Para entenderse cometido el delito tendremos que determinar y delimitar el concepto de “alzamiento” y ver cuando este alzamiento tiene carácter violento y público. Habrá que atender también a quien debe ser el ejecutor de la violencia que cita este artículo, ya que nos encontramos ante la duda de si tienen que ser los promotores quienes necesariamente usen la violencia, o si, por el contrario, no es necesario que concurra tal requisito en ellos, si no en quienes han sido promovidos.

²⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos contra la Constitución”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 1590.

Si atendemos al Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, DRAE), se entiende por violento quien “obra con ímpetu y fuerza” o con quien “se deja llevar fácilmente por la ira”, y se entiende por tumulto “Motín, confusión, alboroto producido por una multitud” o con “Confusión agitada o desorden ruidoso”²⁹.

Es importante la definición del concepto que nos da el DRAE para entender el tipo penal. A este efecto el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de octubre de 1980 clarifica la definición dada, dando la siguiente definición de tumultuario:

“abierto, exteriorizado, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado”³⁰.

Resulta aclaratorio el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción el 21 de diciembre de 2015, que define este delito como un delito plurisubjetivo de convergencia, al declarar que para que se de este delito se necesita de una pluralidad de personas mínimamente organizadas para conseguir un fin común³¹.

MAGRO SERVET, en la misma línea, declara que es esta pluralidad subjetiva propia de este delito la que permite integrar la concurrencia del empleo de la violencia dentro de alguno de los fines del artículo 472, concluyendo, por ello, que el hecho de que algún sujeto no incurra en la violencia no significa que quede al margen de la comisión del delito, por orquestarse los sujetos como un grupo, en una operación conjunta tendente a conseguir alguno de los fines del artículo 472 del Código Penal.³²

Para MUÑOZ CONDE no es relevante el número de personas que participen en la actividad delictiva, siempre que se trate de una cantidad mínima necesaria para conseguir alguno de los fines que se tipifican. Además, RODRÍGUEZ DEVESA piensa que se necesita para que se de este delito plurisubjetivo un mínimo de organización previo al alzamiento dadas las características de los fines expuestos³³.

²⁹ Sede electrónica del diccionario de la lengua española, 23ª edición, Real Academia Española.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre 1049/1980.

³¹ Sentencia del Juzgado Central de Instrucción de 21 de diciembre 130/2015.

³² MAGRO SERVET, V., Casuística práctica y jurisprudencial de los delitos de rebelión y sedición, Diario La Ley, nº 9074, 2017.

³³ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos contra la Constitución”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1590 – 1606.

Estamos ante un delito de consumación anticipada o de resultado cortado, ya que no se precisa la consecución de los fines tipificados para que se dé el delito, si no que bastaría con que haya una situación de peligro para el bien jurídico protegido. Así lo expone el Fiscal General del Estado, en la querrela interpuesta contra los miembros del Gobierno de Cataluña con ocasión de los actos dirigidos a proclamar la independencia, expone que la característica fundamental de los delitos de rebelión y sedición es que el tipo subjetivo se adelanta a la consumación del delito, siendo el ánimo lo que dota la acción de antijuridicidad. Podríamos declarar, por tanto, que en este delito hay un mínimo objetivo que sería el alzamiento público, y un máximo subjetivo que sería el ánimo de atentar contra el orden constitucional³⁴.

2.3.1.1 Análisis del concepto de alzamiento violento y público

Según MANZANARES SAMANIEGO, el alzamiento por sí mismo es algo impune, y necesita de violencia y de publicidad para ser castigado. En el DRAE encontramos definido este concepto como “acción y efecto de alzar o alzarse” o como “levantamiento o rebelión”³⁵, sin embargo, esta definición no es suficientemente clara para Manzanares Samaniego, que entiende el concepto como un levantamiento faltando a la obediencia debida. En cualquier caso, y al igual que pasaba con la antigua expresión “en abierta hostilidad contra el gobierno” no se incluye la violencia dentro del concepto de alzamiento, por lo que no es algo que le venga dado, si no que el legislador ha optado por incluirlo en el tipo penal.³⁶

La particularidad del delito de rebelión deriva del carácter violento. Para que se constituya un acto como delictivo se necesita, conforme a lo dispuesto en el artículo, que el alzamiento sea violento y público, no cabría por tanto que el acto objeto de juicio constituya un acto de violencia privada. En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco³⁷ declaró que la locución “violenta” es la característica más significativa del delito por “la matización que supone y la restricción que conlleva”.

³⁴ MAGRO SERVET, V., Casuística práctica y jurisprudencial de los delitos de rebelión y sedición, Diario La Ley, nº 9074, 2017.

³⁵ Sede electrónica del diccionario de la lengua española, 23ª edición, Real Academia Española.

³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

³⁷ Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de noviembre 1106/2007.

Al estar en el ámbito penal, debemos recordar que se debe ser muy minucioso y no extender el concepto de violento y público más allá de lo que ambos términos significan. A tal efecto vemos que ha habido numerosa jurisprudencia reciente que es muy restrictiva a la hora de considerar o no un acto como violento. Un ejemplo es el auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que expresa que en el ámbito penal en el que nos encontramos no podemos equiparar a alzamiento violento actos por el mero hecho de ser ilegales o inconstitucionales.³⁸

En la jurisprudencia reciente, sin embargo, encontramos referencia a este carácter violento, uno de los ejemplos más recientes sería el auto del Juez Llarena por el que mantiene a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart en prisión provisional, preguntándose por la posible comisión del delito de rebelión al considerar que habían promovido y dirigido una serie de movilizaciones que desencadenaron una “violenta explosión social”³⁹.

Es cierto que la violencia no es la nota determinante del proceso secesionista catalán, pero sin embargo si encontramos acontecimientos que pueden ser enmarcados dentro de la consideración de actos violentos y por tanto del delito de rebelión, o dentro de la consideración de actos tumultuarios, y por tanto dentro del delito de sedición.

Además, si ahondamos más en la jurisprudencia, podemos apreciar un matiz sobre el concepto de violencia. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco define como alzamiento violento aquel que va acompañado de empleo de fuerza física o cuando el ejercicio de esta, de resultar necesario para la consecución del fin buscado, suponga una grave amenaza⁴⁰.

En esa misma línea MAGRO SERVET destaca que la violencia podría no ser necesaria cuando el alzamiento sea de tal dimensión que pueda hacer disuadir a la actuación de las fuerzas del orden, a sabiendas de que su actuación ocasionará un alzamiento violento por parte de los rebeldes. La problemática, sin embargo, reside en la evidente dificultad de identificar esta situación, cuya averiguación tendrá siempre matices subjetivos. Lo que parece más claro es que no es necesaria la autoría directa de violencia, si no que podría ser “mediata”. Esto se debe al carácter plurisubjetivo del delito, como anteriormente hemos comentado. Y debe ser necesariamente así puesto que de otra manera quienes

³⁸ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de febrero 10/2016.

³⁹ Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de 16 de octubre 82/2017.

⁴⁰ Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de noviembre 1106/2007.

persigan los fines podrían alegar que no ejercieron violencia, y quienes ejercieron violencia podrían alegar que no perseguían dichos fines, quedando por tanto ambos en una situación en la que pese a haberse dado el delito hay una impunidad generalizada⁴¹.

Tanto quienes ejercieron violencia para conseguir los fines, como quienes con sus actos incitaron a ellas deberán ser considerados coautores y reos del delito de rebelión, ya que, según el Código Penal, artículo 28 ambos son autores.

En cuanto a las causas de justificación e inexigibilidad, como apunta TAMARIT SUMALLA, no parece haber ninguna. No se puede alegar Estado de necesidad puesto que la Constitución provee de mecanismos para la modificación de la misma⁴².

Apreciamos, sin embargo, en el artículo 473 del Código Penal que hay tipos básicos (inducción, mando principal, mando subalterno y meros participantes) y tipos agravados (esgrimir armas, combate, estragos, violencias graves...). LAMARCA, en este sentido establece que al ser un delito de naturaleza plurisubjetiva las aportaciones de los autores del delito pueden ser muy diferentes, y que vienen recogidas en el artículo 473 de manera decreciente en virtud del grado de intervención⁴³.

2.3.2. El tipo penal del delito de sedición

El delito de sedición está recogido en el artículo 544 del Código Penal. En este artículo se establece que son reos quienes sin estar comprendidos en el delito de rebelión se alcen pública y tumultuariamente para impedir la aplicación de las leyes o el ejercicio de las funciones de cualquier autoridad. Al igual que pasa en el delito de rebelión también son penadas los actos que suponen una imperfecta ejecución de este delito. Estos actos son la provocación, la conspiración y la proposición para la sedición y vienen recogidos en el artículo 548 del CP.

El delito de sedición tiene claras diferencias con el delito de rebelión; no sólo tutelan un bien jurídico distinto, como ya hemos comentado, si no que la conducta típica

⁴¹ MAGRO SERVET, V., Casuística práctica y jurisprudencial de los delitos de rebelión y sedición, Diario La Ley, nº 9074, 2017.

⁴² TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos contra la Constitución”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1590 – 1606.

⁴³ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos contra la Constitución”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1590 – 1606.

es distinta. Mientras que en rebelión encontramos como notas diferenciales que el alzamiento sea público y violento, en rebelión se requiere también de un alzamiento público, pero no necesita de violencia para constituirse como delito, si no que se requiere que se haga tumultuariamente.

Los fines que dan lugar a este delito difieren también de los del delito de rebelión, que son mucho más extensos, y aquí, aunque no es necesaria la fuerza, no se excluye. Apreciamos que el Código Penal expresa “por la fuerza o fuera de las vías legales” por lo que el uso de la violencia podría dar lugar no sólo al delito de rebelión, pero también al de sedición. Sin embargo, el incluirse “fuera de las vías legales” hace posible no sólo que excluyamos la necesidad de fuerza o violencia, si no que podamos incluir una gran cantidad de actos. Es sin duda una adición obvia, pero que reafirma la seguridad jurídica de que si las cosas se hacen dentro del marco de la ley no pueden ser castigadas.

De nuevo en este delito nos encontramos con una naturaleza plurisubjetiva, ya que el término alzamiento es el mismo que se refleja en el delito de rebelión, y parece claro declarar que para alcanzar los objetivos expuestos en el Código Penal se necesita de una pluralidad subjetiva con un mínimo de organización. El Tribunal Supremo, también en esta línea ha declarado que el número de partícipes tienen que ser, necesariamente, plural ya que si no se correría el riesgo de confundirse con los delitos de atentado, resistencia o desobediencia. Además, también podemos decir que estamos ante un delito de resultado cortado en donde no se castiga el resultado, si no la actividad, teniendo una significativa importancia, al igual que en el delito de rebelión, el ánimo de cometer alguno de los fines expuestos⁴⁴.

En cuanto a la expresión “tumultuariamente” CARBONELL Y VIVES expresan que “tumulto” equivale a “alboroto producido por la muchedumbre”, y que alzarse tumultuariamente no es alzarse de una manera inorgánica o desordenada, sino de manera colectiva y produciendo conmoción.⁴⁵

⁴⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

⁴⁵ VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C.: Delitos contra la Constitución, Derecho penal. Parte especial. 2.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 711 y 712

Según Magro Servet (2017) hay tres características resaltables en este delito:⁴⁶

- Que la conducta no pueda ser incluida dentro del delito de rebelión, operando por tanto como una condición para que la acción sea punible.
- Alzamiento tumultuario y público, lo que implica que haya plurisubjetividad.
- Que se desarrolle con desorden y fuerza, por la fuerza o fuera de las vías legales, eliminándose la necesidad de violencia como elemento integrante del tipo.

Respecto a la primera característica que resalta Magro Servet, es relevante el auto, comentado anteriormente, del Juez Llarena por el cual mantiene a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart en prisión provisional. Aquí vemos que primero se les imputó la posible comisión de un delito de sedición, por tratarse de manifestaciones públicas y tumultuarias para evitar impedir la actuación de los cuerpos de seguridad del Estado, y que luego el Juez Llarena al apreciar un carácter violento (varios de los movilizados ocasionaron daños a coches patrulla) decidió estudiar si se había llegado a la comisión del delito de rebelión mediante una imputación, pues el delito de sedición está subordinado y condicionado a este, y no puede existir si existe el delito de rebelión.

Respecto a la segunda característica que enuncia Magro Servet, podemos definir esos conceptos de la siguiente manera: tumultuario es algo que ha realizado una aglomeración cuantiosa de personas, y público algo que se ha realizado de modo externalizado y no en el ámbito privado. Sin embargo, en la doctrina encontramos que estos términos los entienden, de manera general, con una mayor restricción. QUINTANO RIPOLLÉS define “tumultuariamente” como “en abierta hostilidad”, no siendo suficiente para él, una multitud de personas, si no requiriéndose violencia o al menos amenaza de llevar a cabo dicha violencia⁴⁷. En la misma línea se encuentra el pensamiento de COLOMER BREA, que opina que al tratarse de un delito con penas tan severas (de 4 o 15 años de privación de libertad) se debe condicionar la interpretación de este delito al principio de proporcionalidad, encontrando tales penas tan altas sólo justificadas en los casos en los que concurra violencia⁴⁸.

⁴⁶ MAGRO SERVET, V., Casuística práctica y jurisprudencial de los delitos de rebelión y sedición, Diario La Ley, nº 9074, 2017.

⁴⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., Comentarios al Código Penal, 2.ª ed, Revista de Derecho Privado, 1966, p. 556.

⁴⁸ COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), Diario La Ley, nº 9145, 2018.

Así pues, si no atendiéramos a la literalidad del Código Penal podríamos caer en penas injustificadas, pero por otro lado no parece correcto exigir a un delito algo (violencia), que no es exigido en el tipo. El tipo expresa “por la fuerza” o “fuera de las vías legales” por lo que una opción sería hacer una división del delito en dos, aplicando una mayor pena a aquellos en donde se aplique violencia, y ofreciendo un menor castigo a los casos en los que se opte por realizar la acción típica fuera de las vías legales.

A tal efecto se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para aclarar si este delito precisa o no de violencia:

“En el caso de la sedición también se exige el alzamiento público entendido como sublevación tumultuaria o desordenada ... No exige violencia material, pero si una cierta amedrentación o intimidación ya que el tipo añade al alzamiento público el calificativo de tumultuario”.⁴⁹

Debemos tener en cuenta que este delito puede chocar con los derechos fundamentales de reunión y manifestación. El DRAE define manifestación como: “Reunión pública, generalmente al aire libre y en marcha, en la cual los asistentes a ella reclaman algo o expresan su protesta por algo”⁵⁰, que es un concepto que se enmarca dentro de un alzamiento público tumultuario y no violento. Encontramos, por tanto, una línea estrecha entre un derecho fundamental y una pena privativa de libertad de hasta 15 años, que en opinión de gran parte de la doctrina no es admisible. El Tribunal Constitucional define la doctrina del efecto de desaliento de la siguiente manera⁵¹:

“la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales en juego.”

La doctrina del desaliento debe ser tenida en cuenta, ya que si no podríamos caer en la situación de no ejercer un derecho fundamental por miedo a las represalias que puede conllevar. Esta doctrina es denominada “la doctrina del efecto del desaliento”

⁴⁹ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de febrero, 10/2016.

⁵⁰ Sede electrónica del diccionario de la lengua española, 23ª edición, Real Academia Española.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre 185/2003.

precisamente por eso; por el hecho de que al haber castigos de semejante magnitud se cree un desaliento en el ejercicio de derechos que son fundamentales. A este respecto me parece muy acertado el comentario que realiza COLOMER BREA al enumerar como ejemplo el caso de las acciones anti-desahucios no violentas, a las cuales, si les aplicáramos el texto legal con literalidad, podrían ser objeto de juicio respecto del delito de sedición. No parece tampoco proporcional en dichos casos las penas que expone este tipo penal, y podría llevar, como dice el autor, al desaliento generalizado.⁵²

El derecho de reunión pacífica y sin armas, al igual que las manifestaciones están recogidas en el artículo 21 de la Constitución Española, dentro del Capítulo segundo, sección primera, relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas, y aunque evidentemente su carácter debe ser pacífico como ahí se expresa, pueden ocasionarse y se han ocasionado situaciones no buscadas, a priori, en donde se frustra el ejercicio de las funciones de la autoridad competente. Aunque, en ocasiones, dichos actos no se encuentren enmarcados dentro de la legalidad parece injusto que se les pueda imputar penas tan graves como las recogidas en el delito de sedición, por lo que se deberá tener en cuenta la doctrina del efecto del desaliento para juzgarlos con la proporcionalidad debida, y enmarcarlos dentro de tipos penales menos graves como es el caso de los desórdenes públicos recogidos en el Capítulo tercero del Título vigésimo segundo del Código Penal.

En oposición a este pensamiento encontramos a GARCÍA ALBERO, que define el delito de sedición como un delito intencional, en donde se ha de haber pretendido impedir la aplicación de las leyes, por lo que debe ser algo anterior a los hechos, algo premeditado, y no sobrevenido por las circunstancias. Apunta además que tanto doctrina como jurisprudencia han exigido en alguna ocasión la necesidad de una finalidad política o social, dejando fuera del alcance de este delito fines particulares, humanitarios o sentimentales, entre los cuales incluye expresamente el ejemplo de las acciones destinadas a impedir desahucios⁵³.

⁵² COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordís), Diario La Ley, nº 9145, 2018.

⁵³ GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra el orden público”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1760 - 1767.

2.3.3. Diferencias entre ambos delitos

La primera de las diferencias que encontramos en estos dos delitos es su posición en el Código Penal, y por tanto el bien jurídico protegido que tutelan. En el caso de la rebelión se encuentra en el Título vigesimoprimer, relativo a los delitos contra la Constitución, mientras que la sedición se encuentra en el Título vigesimosegundo, relativo a los delitos contra el orden público. Es preciso destacar la posición que ambos delitos tienen a la cabeza de sus respectivos Títulos, constituyéndose como los delitos más graves contra la Constitución y contra el orden público respectivamente.

Ambos delitos además son delitos plurisubjetivos y de resultado cortado, en donde no se castiga el resultado sino la intención de llegar a dicho resultado. El Tribunal Supremo aprecia diferencias en sentido cuantitativo, por razón de los fines perseguidos. Declara que mientras la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones de legislar y gobernar, la sedición tiende a atacar las funciones de administrar y juzgar, viendo las primeras como funciones primarias, y las segundas como secundarias⁵⁴.

Otra clara diferencia apreciable es que la rebelión exige un alzamiento violento, y la sedición exige que el alzamiento sea tumultuario, exigiendo ambas que dicho alzamiento sea público. Además, debemos tener en cuenta que los fines dentro de los que perseguidos por cada uno de los delitos difieren, por lo que es necesario acudir a los tipos penales para ver si englobamos los objetivos de cierta actividad dentro de los fines descritos en los tipos penales.

Por último, es preciso recordar que el delito de sedición se encuentra condicionado a la existencia del delito de rebelión, puesto que si una acción se incluyera dentro de este último no podrá englobarse dentro del tipo penal del delito de sedición.

Merece especial mención la definición de sedición como “rebelión en pequeño”, que se ha convertido en un tópico, y que hace referencia a una estructura típica con significativas semejanzas, y a unos menores fines perseguidos del delito de sedición. A este respecto QUINTANO, explica que ni la sedición es una rebelión en pequeño, ni esta última una sedición en grande, ya que cada una tiene sus objetivos y antijuridicidad

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1991 (Rec. 4544/1987).

características. Por lo que respecta a GARCÍA ALBERO, aprecia la similitud no en la finalidad, sino en la condición de hostilidad y colectividad⁵⁵.

2.3.4. Otros delitos relacionados

En el Código Penal encontramos delitos, que, sin poseer la gravedad y las agravadas penas de los delitos de rebelión y sedición, tienen una relación clara con estos, encontrándose en el mismo Título que los anteriores y tipificando conductas penales que guardan una relación estrecha.

A este efecto JAVATO MARTÍN ve la semejanza de estos delitos con el delito de sedición declarando que este está emparentado con los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, ya que todos tutelan el correcto desenvolvimiento de las funciones públicas⁵⁶

Dentro del Título vigesimosegundo del Código Penal, -delitos contra el orden público- además del delito de sedición encontramos otros delitos emparentados. El Capítulo primero de este Título encontramos el delito de sedición, que ya ha sido analizado en profundidad. Es en el Capítulo segundo donde encontramos otros delitos contra el orden público. La rúbrica de este Capítulo es: “de los atentados contra la autoridad, sus agentes, y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”.

Lo primero, por tanto, a lo que debemos atender es al significado de orden público, ya que es el bien jurídico tutelado por estos delitos.

LORENTE VELASCO, para introducir este concepto se basa en una pregunta que ha acarreado un debate doctrinal, y es la siguiente: ¿podemos equiparar el concepto de orden público al de paz pública? Lorente Velasco opina negativamente, sin embargo, si encontramos diversas posiciones en la doctrina⁵⁷.

⁵⁵GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra el orden público”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1760 - 1767.

⁵⁶JAVATO MARTÍN, A. M., El delito de atentado: modelos legislativos: estudio histórico-dogmático y de derecho comparado, 2004.

⁵⁷LORENTE VELASCO, S. M., Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia, 2012, p. 36.

MUERZA ESPARZA es también de esta postura, argumentando que el término paz pública aparece numerosas veces en el Título que tutela el orden público, señalando la dificultad de que convivan ambos conceptos en un mismo Título, si no hay diferencia alguna entre ellos.⁵⁸

Es apreciable dicha conclusión en el artículo 557 del CP, referente a los desórdenes públicos:

“serán castigados con pena de prisión de seis a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas...”

Apreciamos, por tanto, que al incluirse ambos en el mismo artículo carece de sentido que tengan el mismo significado.

También hay otros conceptos que podrían caber dentro de la definición de orden público, como el de tranquilidad pública, seguridad pública o seguridad ciudadana. Todos ellos se encuentran estrechamente relacionados, siendo “seguridad ciudadana” el más específico, y menos amplio de todos ellos. LORENTE VELASCO, lo entiende también como el concepto más conveniente, definiendo la seguridad ciudadana, como el orden público en sentido estricto, implicando un aspecto concreto de seguridad pública, dentro del cual se encuentra recogido el concepto de paz pública.⁵⁹

Si avanzamos en el análisis apreciamos que además de proteger el orden público, los delitos posicionados en el Capítulo segundo son establecidos en el marco de una especial protección que otorga el ordenamiento jurídico a las autoridades cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones, como expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de enero de 1987⁶⁰

Según JUANATEY DORADO⁶¹, el bien jurídico tutelado de estos delitos es el principio de autoridad, presupuesto con el que coincide la mayoría de la doctrina. LÓPEZ

⁵⁸ MUERZA ESPARZA, J. J., La alteración de la paz pública en el delito de desórdenes públicos, ¿un nuevo significado?, Poder Judicial, nº 9, 1998, pp. 103 y ss.

⁵⁹ LORENTE VELASCO, S. M., Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia, 2012, p. 38.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 1987 (RJD 1987, 501).

⁶¹ JUANATEY DORADO, C., El delito de desobediencia a la autoridad, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 38-39.

GARRIDO Y GARCÍA ARÁN explican este concepto expresando su punto de vista, que viene a aclarar que debe entenderse que el bien jurídico protegido no es la autoridad en sí por el mero hecho de serlo, sino está en el ejercicio de sus funciones, permitiendo así que estos delitos en vez de proteger a los órganos correspondientes protejan a las personas que estos se encargan de tutelar mientras ejercen sus funciones⁶²

Esta misma conclusión la acogen otros autores como ROIG TORRES, que piensa que este bien jurídico protegido que es el principio de autoridad se debe entender como un mecanismo de tutela a las autoridades en el ejercicio de unas funciones públicas, en el marco de que estas están destinadas al servicio de los ciudadanos⁶³.

Así pues, se debe entender que el ordenamiento jurídico da una especial protección a las personas enmarcadas bajo el Título de autoridad en estos delitos, con el objetivo de que puedan ejercer sus funciones y así garantizar una protección debida, con ellas, a los ciudadanos. Sin esta subordinación del concepto de autoridad al concepto de estar al servicio de los ciudadanos no podríamos entender como justificados estos tipos penales.

La problemática para enmarcar los acontecimientos del proceso secesionista catalán dentro de los delitos establecidos en el Capítulo segundo del Título vigesimosegundo del CP es la misma que encontrábamos en el delito de rebelión. Encontramos en el artículo 550 del CP mencionado, una vez más, el término de fuerza

Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Se puede apreciar que además de fuerza se da la alternativa de intimidación o resistencia, pero añadiéndose la calificación de “grave”, que debe ser entendida restrictivamente. Encontramos en el artículo 556 del CP una versión del mismo delito, pero con un carácter significativamente atenuado, en el que a todas luces podrían ser incluidos muchos de los acontecimientos acaecidos en el marco del proceso independentista. Sin embargo, las penas de este tipo penal son también significativamente

⁶² GARCÍA ARÁN, M., Y LÓPEZ GARRIDO, D., “El código penal de 1995 y la voluntad del legislador”, Comentario al texto y al debate parlamentario, 1996, pp. 117-118.

⁶³ ROIG TORRES, M., El delito de atentado, Aranzadi, 2004, pp. 39 y ss.

menos agravadas pasando de los dos a cuatro años de prisión del delito de atentado del artículo 550 del CP, a penas de prisión de seis meses a un año.

Este delito recogido en el artículo 556 del CP castiga a los que:

“...sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones...”

Posteriormente y dentro del mismo Título también debemos hacer una breve referencia a los delitos de desórdenes públicos establecido en el Capítulo tercero del Título vigesimosegundo del CP, ya que también podríamos enmarcar ahí los acontecimientos del proceso secesionista.

COLOMER BREA, aprecia una relación del delito de desórdenes públicos del artículo 558 del CP con el delito de sedición, añadiendo que la existencia de este delito lleva a un refuerzo de su postura, en donde la sedición debe entenderse de manera restrictiva. Añadiendo que sería este y no el tipo básico del artículo 557 del CP el aplicable a los casos del proceso secesionista catalán, por tener el tipo básico referencias al uso de la violencia o de amenazas⁶⁴.

GARCÍA RIVAS, se postula en la misma línea abogando por una futura desaparición del delito de sedición en favor del delito de desórdenes públicos, aunque, quizás, con un carácter agravado, por tratarse de fines particularmente lesivos.⁶⁵

El mencionado artículo 558 del CP reza de la siguiente manera:

“los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales”

No debe llevarnos a confusión la inclusión de espectáculos deportivos o culturales, que como expresa QUERALT JIMÉNEZ puede ser desacertada, por no tratarse de ningún

⁶⁴ COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), Diario La Ley, nº 9145, 2018, p.5.

⁶⁵ GARCÍA RIVAS, N., “Sedición”, Nieto Martín, A., y Pérez Cepeda, A. I. (coords.) Comentarios al Código Penal, Iustel, 2007, p. 1060.

servicio público, cuyo funcionamiento es lo que pretende tutelar el precepto en su opinión⁶⁶.

COLOMER BREA, opina que para que se de este delito debemos entender por perturbación grave del orden no menos que la paralización o suspensión de la actividad. Apreciando, por ejemplo, la comisión de este delito en los acontecimientos que llevaron a la imputación de Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, al suponer “actos públicos propios de la autoridad” las diligencias de entrada y registro acometido por la guardia civil, y al haberse dado una perturbación grave de dichas diligencias.⁶⁷

En opinión del mismo autor, a dichos acontecimientos le faltaron el uso de la violencia y la intimidación para constituirse como actos penados por el delito de sedición. Además, dicha violencia o intimidación debió ser realizada por una parte de considerables dimensiones de la multitud ahí presente, ya que por el contrario podría ser tipificado más correctamente, y de manera individual a los causantes, con los delitos de atentado, resistencia o desobediencia del artículo 550 del CP.⁶⁸

Entre otros de los delitos atribuibles a los acontecimientos acaecidos podemos encontrar, en el caso de autoridades o funcionarios públicos, el delito de desobediencia a resoluciones judiciales u órdenes de autoridades superiores recogido en el artículo 410 del Código Penal. Este delito, sin embargo, está penado exclusivamente con multa de tres a doce meses o inhabilitación de seis meses a dos años, que es un castigo de escaso carácter intimidatorio. Guarda como vemos cierta relación con el delito de desobediencia anteriormente comentado, y que se encuentra establecido en el 556 del CP, pese a tipificar exclusivamente las conductas de funcionarios y autoridades públicas.

A tal efecto encontramos también el caso de prevaricación por parte de funcionarios públicos, establecido en el artículo 404 del CP. Aquí se castiga “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”, aunque nuevamente la pena carece de la intimidación necesaria para evitar la comisión del delito, por tratarse de una pena de inhabilitación.

⁶⁶ QUERALT JIMENEZ, J. J., Derecho penal español. Parte especial, 7.ª ed, Tirant lo Blanch, 2015, p.1267.

⁶⁷ COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), Diario La Ley, nº 9145, 2018, p.5.

⁶⁸ COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), Diario La Ley, nº 9145, 2018, p.6.

Este mismo punto de vista es el que tiene MANZANARES SAMANIEGO:

“Las inhabilitaciones tienen escaso valor intimidatorio, sirviendo más bien para introducir cambios en el «escalafón» de los independentistas. Y las multas tampoco pondrían puertas al mar.”⁶⁹

MANZANARES SAMANIEGO, habla además de una posible imputación del delito de malversación. En el CP lo encontramos en el artículo 432 haciendo, de nuevo referencia, a la condición de autoridad o funcionario público. Sin embargo, aquí se castiga a quien sustrajese caudales públicos con ánimo de lucro y no a quien administrase una aplicación pública distinta a la establecida para dichos caudales. Dicha conducta si estaba penada en el CP de 1973, pero se eliminó por creerse que podía castigarse de manos del derecho administrativo sancionador, ocasionando, por tanto, que también sea difícil la persecución penal por este delito de los actos de las autoridades independentistas catalanas.⁷⁰

2.4. Análisis de la situación actual a través de la jurisprudencia

2.4.1. Auto del Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017

El 2 de noviembre de 2017 tuvo lugar el auto del juzgado central de instrucción número 3, presidido por la magistrada Carmen Lamela Díez, y por el que se procedió a la prisión provisional comunicada y sin fianza de los señores D. Oriol Junqueras i Vies, D. Jordi Turul i Negre, D. Raúl Romeva i Rueda, D. Josep Rull i Andreu, D^a. Dolors Bassa i Coll, D^a Meritxell Borràs i Solé, Don Joaquim Forn i Chiariello, y D. Carles Mundó i Blanch.⁷¹

En este auto se cree razonada la medida contra los exconsejeros del gobierno de la Generalitat, por el riesgo de fuga, el riesgo de destrucción de pruebas y el riesgo de continuidad delictiva. Fundamenta la primera de las razones en que algunos querellados ya se han fugado como es el caso del expresidente Carles Puigdemont, en que todos tienen poder adquisitivo para mantenerse en el extranjero y en la gravedad de las penas de los

⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017, p.6.

⁷⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017, p.7.

⁷¹ Auto Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017.

delitos que se le imputan, que son los delitos de rebelión, sedición y malversación, penados con hasta 25 años, 15 años y 8 años respectivamente.⁷²

A su vez fundamenta la alta probabilidad de ocultar, alterar o destruir fuentes de prueba en que han ostentado cargos públicos en las principales instituciones del Govern de la Generalitat hasta “hace tan solo unos días”, y fundamenta el alto riesgo de reiteración delictiva en que han venido realizando actividades delictivas de manera consciente durante más de dos años, aun siendo contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁷³

En el auto se expone uno de los temas de mayor controversia que es el del uso de la violencia. Todos los querellados se oponen a haber realizado actos violentos, sin embargo, la magistrada entiende que los representados crearon una estrategia organizada con reparto de papeles para llevar a cabo el movimiento secesionista, siendo conscientes, y consintiendo y apoyando las actividades realizadas para tal fin. En cuanto a la malversación, que también levanta cierta controversia, se expone que se adoptaron medidas destinadas a obtener los medios con los que celebrar el referéndum.⁷⁴

Por último, es relevante dos menciones que realiza la magistrada, la primera declarando que esto no es una sentencia si no un auto, por lo que se basa en la investigación acaecida hasta el momento pudiéndose llegar a un resultado distinto del de ahí establecido inicialmente. La segunda cuestión que merece mención es que la calificación de los hechos como posible delito de rebelión fue realizada en el auto de admisión de la querella.⁷⁵

No es, sin embargo, el auto de admisión de la querella donde encontramos en detalle el razonamiento penal, si no en la propia querella del Fiscal General del Estado, que es admitida por dicho auto. Esta querella fue realizada en el marco de los acontecimientos del 1 de octubre, en donde se realizó el referéndum secesionista, sin embargo, hace también referencia a otros actos anteriores a este, ya que son todos ellos un conjunto dentro del plan orquestado por el Govern de la Generalitat.

⁷² Auto Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017.

⁷³ Auto Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017.

⁷⁴ Auto Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017.

⁷⁵ Auto Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017.

En esta querrela se denuncia la posible comisión de los delitos de rebelión, sedición y malversación por todos los que fueron miembros del “Consell Executiu del Govern de la Generalitat”. Y encontramos aquí una argumentación penal de porque se piensa que concurren en estas personas los delitos mencionados⁷⁶

Lo que mayores dudas suscitaba a la hora de ver si los acontecimientos eran dignos de ser incluidos dentro de los delitos de rebelión y sedición eran los términos de los tipos legales “violencia” en el caso de rebelión y “con fuerza o fuera de las vías legales” en el caso de sedición, por ello es el estudio de esos términos por parte del Fiscal General del Estado lo que tiene mayor relevancia y repercusión.

A este efecto, el FGE expresa que por más que se evitara hacer mención al término violencia, todos eran conscientes de que debido a su numerosidad había una gran capacidad de producir intimidación a los cuerpos de seguridad, impidiendo así o dificultando su actuación. Esto es sin duda de relevancia, ya que como hemos visto al analizar el tipo penal, cierta parte de la doctrina entiende que esto sería suficiente, no siendo necesaria la violencia, si no tan sólo un efecto intimidatorio que dificulte gravemente la actuación, por creer que de actuar se desencadenarán actos violentos. Además, el FGE declara que no sólo se trata de intimidación, pues los querellados también sabían que en el marco de realizar el referéndum ilegal se iban a producir actos de violencia, tanto física como material, y que aun así procedieron en su empeño⁷⁷.

Además de esta argumentación basada en la intimidación y en el continuar con las actuaciones aun contemplando la posibilidad de que haya violencia, el FGE sí aprecia violencia. Cita por ejemplo las actuaciones de varios independentistas que se congregaron tras la llamada de la CUP en las puertas de Unipost, en Tarrasa para dificultar la entrada y los registros de mano de la autoridad, o la actuaciones de estudiantes y asociaciones de padres de realizar actividades en los colegios electorales durante el fin de semana previo al referéndum ilegal para evitar así la orden judicial de cierre de estos, que fue promovida por la Consellera de Enseñanza, y cuyo objetivo no era otro que el de “desafiar el orden

⁷⁶ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁷⁷ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

constitucional, y a sabiendas de que se iban a generar situaciones de violencia y tensión”.⁷⁸

De igual modo el FGE ve como responsables del referéndum a los querellados, señalando que tenían una actitud pertinaz en la celebración del referéndum, fueren las consecuencias las que fueren, y resalta una serie de acontecimientos durante el referéndum inconstitucional que resultaron en situaciones violentas. Estos acontecimientos que describe el FGE son narrados con especial detalle: “Desde las 6.00h una multitud se concentró en la puerta del Instituto Jaume Balmes, sito en Carrer de Pau Clarís nº 121 ... los padres formaron una cadena humana junto a la puerta impidiéndoles el acceso al centro al grito “fuera las fuerzas de la ocupación” ... resultando herido un policía.” Todos estos actos narrados por el FGE durante el día de celebración del referéndum inconstitucional suman un total de 39, siendo 23 de ellos en Barcelona, 7 en Girona, 5 en Lleida y 4 en Tarragona.⁷⁹

El FGE del Estado también menciona el discurso que emitió Carles Puigdemont tras la celebración del referéndum ilegal, en donde sin embargo se niega la violencia:

“...No nos desviamos: seguimos perseverando en la única actitud que nos puede hacer ganadores. Sin violencia, sin insultos, de manera inclusiva, respetando personas y símbolos, opiniones y también respetando las protestas de los catalanes que no están de acuerdo con lo que ha decidido la mayoría parlamentaria.”

Este discurso para el FGE evidencia la voluntad del expresident de seguir como máximo representante de la Generalitat, legitimidad de la que carece.⁸⁰

Como veremos, la rebelión y la sedición son delitos de consumación anticipada o de resultado cortado, y el FGE se apoya en ello para declarar que basta con que con el alzamiento haya acaecido un peligro hacia alguno de los fines expuestos en los respectivos artículos, resaltando una vez más la no necesidad de violencia física para constituirse como reos del delito de rebelión:

⁷⁸ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁷⁹ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁸⁰ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

“La concurrencia de violencia física puede no ser necesaria cuando el alzamiento por sus características y por el número indeterminado de personas implicadas, es de tal dimensión que tiene capacidad intimidatoria suficiente para disuadir de una posible actuación a las fuerzas del orden sabedoras de que cualquier oposición a los planes rebeldes, tornará el alzamiento en violento y belicoso.”⁸¹

Y para la aplicación de dicha afirmación al caso concreto afirma, que la gran cantidad de personas movilizadas y en contra del orden constitucional impedía a las autoridades dispersarles, por el peligro de que sus actos tornasen en enfrentamientos violentos por parte de los rebeldes, como así sucedió en varios casos. Resalta que, durante la celebración del referéndum inconstitucional, los rebeldes les superaban ampliamente en número y que hubo actos de violencia tanto material contra los coches de los agentes, como física contra los agentes a quienes dieron patadas, y tiraron sillas y piedras, concluyendo su explicación de la siguiente manera:

“En definitiva, para la consecución del fin secesionista que guiaba la conducta de todos los querellados, éstos se valieron de la población en incesantes actos de insurrección pública, desobedeciendo o resistiendo colectivamente la autoridad legítima del Estado, ocupando al efecto carreteras, calles o edificios públicos, y sometiendo a los agentes de la autoridad a un incesante acoso en actos que alcanzaron dimensión suficiente para colmar el elemento de violencia que requiere el tipo.”⁸²

En cuanto al delito de sedición, el FGE afirma que un elemento característico es el término “tumultuario”, que define como anárquico, caótico y desordenado, pero admitiendo también que sea ordenado u organizado, basándose para esa afirmación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1980, 1049/1980.⁸³

También comenta en la justificación de la querrela el término “por la fuerza o fuera de las vías legales” que encontramos en el tipo penal del delito de sedición. Aquí menciona una diversidad de opiniones en la doctrina y jurisprudencia, significando en algunos casos exclusivamente un levantamiento colectivo que produzca conmoción, y en

⁸¹ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁸² Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁸³ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

los otros un alzamiento, pero con un cierto contenido necesario de violencia, que no tiene por qué ser física, pudiendo valer si posee gran carácter intimidatorio. Posteriormente añade que en cualquiera de las dos posiciones expuestas se daría el delito de sedición en los acontecimientos relativos al referéndum ilegal por entenderse conseguido el requisito de la violencia.⁸⁴

Por último, hace una referencia a la provocación, conspiración y proposición para delinquir, en el marco de los delitos de rebelión y sedición. Estos delitos son penados también en el mismo Título que los delitos de rebelión y sedición respectivamente, siendo los artículos del CP el 477 y el 548. La proposición y la conspiración son definidos en el artículo 17 del CP:

“1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra y otras personas a participar en él.”

Sin embargo, nuevamente esta la problemática de si se pretendía violencia o no, y se une otra problemática que sería el elemento negativo del tipo: si ha empezado los acontecimientos delictivos no puede haber lugar al delito de conspiración.⁸⁵

El razonamiento penal que realiza el FGE es un razonamiento de extremada dureza, y puede tener cierta debilidad en la argumentación de la violencia. Como acertadamente apunta, los querellados sabían que con sus actos podían acaecer actos de violencia y aun así prosiguieron con ellos, sin embargo, en ningún momento instaron a la violencia, y parece que no era su objetivo. Es cierto que la rebelión se trate de un delito plurisubjetivo en donde un grupo de rebeldes actúan como un conjunto, cada uno con su papel, pero orquestándose como un todo, y aceptando y apoyando el papel del resto de rebeldes. Sin embargo, parece extremadamente duro que, por actos aislados, que no fueron la tónica dominante de los acontecimientos, y que parecen no apoyar, se les juzgue, a los querellados, con penas tan duras.

No hay que olvidar la doctrina del efecto desaliento, que expone el TC, y que ya hemos comentado. Parece claro que no estamos ante un derecho fundamental de reunión o manifestación, pues la consulta es a todas luces inconstitucional, sin embargo, si

⁸⁴ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁸⁵ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

podemos apreciar cierta semejanza con manifestaciones, si dejamos de lado el componente legal. En muchas manifestaciones se dan hechos violentos contra la autoridad, sin embargo, no puede ser juzgados por rebelión, ya que de ser así se insertaría un miedo en la sociedad tal, que impediría el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y manifestación. Además, si se pensara que quienes ejercieron violencia eran partícipes del plan de sedición del Govern de la Generalitat, también ellos deberían ser juzgados, y por extensión quizás todos los partícipes en la consulta, ya que aceptaron el plan y formaron parte de él, convirtiéndose por tanto el juicio en una verdadera Fuenteovejuna, de la obra teatral de Lope de Vega.

En cuanto a malversación del artículo 432 del CP, el FGE se basa, para querellarlos, en que se dispuso de caudales públicos para realizar la consulta inconstitucional. En este precepto encontramos la problemática del lucro para uno o para tercero que exige el tipo penal, y que el FGE elude con la afirmación de que al ser un delito de resultado admite formas imperfectas de ejecución. Menciona para apoyar su declaración la Sentencia del TS de 3 de junio de 2015, 277/2015, en donde el TS expone que la malversación se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos, o incluso con la posibilidad de disponer de ellos.⁸⁶

El FGE para apoyar su querrela equipara el delito de malversación, por su similitud, con el delito de administración desleal en el ámbito societario, que se encuentra en el artículo 295 del CP. A tal efecto el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2006, 841/2006 declara que la administración desleal no es únicamente apropiarse dinero, sino también decidir de forma abusiva, extralimitándose de sus funciones.⁸⁷

El razonamiento penal, que expone el FGE es sin duda de gran valor, y debiera estar penado el mal uso de fondos públicos, tanto si es por razones de lucro propio o de terceros, como si es por extralimitación de sus funciones, puesto que el dinero público no es de los gobernantes, si no del pueblo y se debe tutelar su correcta utilización. Sin embargo, aunque el precepto debiera ser así, no lo es, e incluye expresamente la necesidad de lucro propio o de tercero, por lo que hay que ver hasta qué punto puede el juez extender

⁸⁶ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

⁸⁷ Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

este delito a aquellos casos, ya que recordemos nos encontramos en el marco de un proceso penal, en donde la aplicación extensiva o analógica se encuentra muy limitada.

2.4.2. Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018

Para tener otro punto de vista de razonamiento penal, es preciso comentar el reciente Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018.

El Tribunal Alemán, en primer lugar, dice que no hay razones para creer que el señor Carles Puigdemont corra el riesgo de ser juzgado por razones políticas, denegando a continuación la extradición por razones de rebelión. Para dicha denegación alega que los actos realizados por el señor Carles Puigdemont no serían punibles de acuerdo con la legislación alemana. Expone que el delito alemán que se asemeja al de rebelión es el de alta traición, al cual hemos hecho referencia anteriormente en la parte relativa al derecho comparado. Sin embargo, declara que para que se dé el delito de alta traición, en Alemania, debe haber un uso de fuerza, que a su juicio no ha sido realizado.⁸⁸

Según la jurisprudencia de su Tribunal Federal, no es suficiente, para significar “fuerza” el hecho de que una persona amenace, o lleve actos para conseguir que una institución constitucional se comporte del modo que desea. Requiere que la fuerza que se aplique contra otros sea de tal calibre que doblegue la voluntad de la institución. Así pues, declara que es cierto que el señor Carles Puigdemont es el responsable de los acontecimientos violentos acaecidos el día de la consulta, al haber sido el promotor del referéndum. Sin embargo, no ve como suficiente dichos actos como para enmarcarlos dentro del delito alemán de alta traición, en donde se requiere unos actos de gran magnitud, que ocasionen que el gobierno se doblegue ante las demandas de los rebeldes.⁸⁹

El Tribunal Regional alemán admite por tanto la violencia, en un interesante auto. Sin embargo, el grado de violencia necesario para que se pueda imputar el delito de alta traición en Alemania es superior. Para ser reo de alta traición no basta con ejercer

⁸⁸ Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018.

⁸⁹ Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018.

violencia, a diferencia de en España, sino que dicha violencia debe conseguir que la institución contra la que se dirige se rinda y cumpla sus demandas. Anteriormente nos preguntábamos si la violencia acontecida puede ser o no válida para juzgar por rebelión dadas las graves penas que otorga el ordenamiento, esta pregunta no ha podido ser resuelta con este razonamiento puesto que el tipo penal alemán exige un grado de violencia muy superior al que se exige en el CP español (no se requiere que haya doblegación del gobierno). Sin embargo, si ha podido ser resuelta la pregunta de si los actos realizados el 1 de octubre pueden ser imputados a los promotores del referéndum por tratarse de un delito plurisubjetivo, ya que el Tribunal Regional alemán considera que esos hechos violentos sí son atribuibles a los promotores del referéndum ilegal.

Por último, el Tribunal Regional alemán sí cree que la extradición por el delito de malversación es, a priori, admisible, ya que este delito por el que se le acusa en España existe también en Alemania.

La orden europea de detención y entrega tipifica delitos que dan lugar a la ejecución inmediata de dicha orden siempre y cuando en el país de emisión la pena aplicable sea de al menos tres años. Esa lista incluye muchos delitos como terrorismo, corrupción, fraude, chantaje y extorsión, violación o incendio voluntario. Sin embargo, en los casos en los que el delito no se incluya en dicha lista, como es el caso que nos ocupa se debe proceder a un proceso de verificación, en el cual se verifica que los hechos que se le atribuyen al sujeto en cuestión son constitutivos de un delito en el país al cual se le requiere la entrega.⁹⁰

Esto ha recibido diversas críticas de la doctrina, al tratarse de un requerimiento del Tribunal Supremo español a un Tribunal Regional alemán. En un sistema europeo basado en la confianza mutua y en la certeza de que hay una clara separación de poderes y que no va a haber un juicio por razones políticas, como expone el Tribunal Regional alemán en su auto, parece absurdo que un requerimiento de la máxima instancia española sea denegado por un Tribunal regional. Una de las alternativas al sistema actual, sería el ver si el delito por el que se le acusa en España está también tipificado, de manera similar, y con penas similares en Alemania, sin entrar a valorar si se ha cometido o no, puesto que hay una confianza en los sistemas judiciales de los Estados miembros. Mediante esta alternativa, se hubiera analizado si los delitos de alta traición y sedición son similares, sin

⁹⁰ Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, BOE, nº 65.

llegar, por tanto, a la realización de un juicio puro sobre si hay o no hay delito, que en cierto modo es una intromisión en materia de competencia de otro Estado. Esto seguramente, como todo el derecho europeo, irá progresando hasta conseguir un procedimiento de detención y entrega más rápido y eficaz, como ya ocurre con el exequatur y el procedimiento de reconocimiento de las sentencias.

3. CONCLUSIONES

Tras el análisis del tipo penal de ambos delitos, así como de la jurisprudencia y la doctrina encontramos controversias en la aplicabilidad de estos preceptos a los acontecimientos secesionistas catalanes.

La principal controversia en torno a la aplicación del delito de rebelión emana de la interpretación del término “violencia”, elemento necesario para que se dé el tipo, y que entendemos, tras nuestro análisis penal, como requisito incumplido.

Es cierto que la rebelión es un delito plurisubjetivo, y que por ello quienes la llevan a cabo son diversidad de sujetos que aceptan y apoyan los papeles de los demás, en función de lo cual deben responder por los actos de otros, no necesitándose que concurra necesariamente la violencia en el sujeto reo de sedición. También es cierto que se pueden imputar, por eso mismo, los acontecimientos violentos de la consulta inconstitucional a los exconsejeros del Govern de la Generalitat, que prosiguieron con su intención de celebrarla aun a sabiendas de que podría dar lugar a enfrentamientos violentos. Sin embargo, si indagamos más allá del tenor literal del artículo, no parece, dado la gravedad de las penas expuestas, que unos supuestos ligeramente violentos perpetrados por una minoría pueda dar lugar al delito de rebelión.

Sería más acertado en nuestra opinión castigar a los sujetos violentos concretos con delitos individuales y no plurisubjetivos, como pueden ser los delitos de atentado, de resistencia y de desobediencia del Capítulo segundo, Título vigesimosegundo del CP, ya que parece que la intención de la celebración del referéndum nunca estuvo relacionada con la violencia o intimidación.

Si es cierto que hubo una intimidación reflejada en la clara inferioridad numérica de las autoridades, sin embargo, tampoco la encontramos suficiente como para abarcar el concepto de violencia del tipo penal, y una aplicación estrictamente legalista del mismo podría llevar a la mencionada doctrina del desaliento.

En cuanto al delito de sedición hay, si cabe, más controversia aún. Aunque no lo exprese el tenor literal del artículo pensamos que este delito requiere también de violencia o por lo menos de intimidación o amenaza de violencia, basando dicha conclusión en el

principio de proporcionalidad que justificaría penas tan altas tan sólo cuando haya mediado violencia.

En lo que respecta a malversación también encontramos polémica, ya que el artículo 432 del CP exige lucro. Si bien es cierto que la jurisprudencia ha dicho que es un delito que se consuma con la mera disposición de caudales públicos, no podemos dejar de lado el carácter restrictivo del Derecho Penal. Esa aplicación extensiva por la que también aboga el Fiscal General del Estado puede resultar difícil, aunque en nuestra opinión debiera estar penado tanto la apropiación de fondos públicos como el uso de los mismos de forma arbitraria y sin ponerlo al servicio de los ciudadanos, al igual que sucede en el derecho societario.

Al no haber intencionalidad de violencia no parece que las conductas de imperfecta ejecución puedan ser aplicables (provocación, conspiración y proposición), ya que sin violencia no podrían existir ni estos delitos ni el delito del tipo básico. Por el contrario, si pudiesen ser de aplicabilidad, en nuestra opinión, los delitos de desórdenes públicos cuya pena privativa de libertad es de hasta tres años. También los delitos de prevaricación o de desobediencia a resoluciones judiciales, sin embargo, estos poseen penas de escaso carácter intimidatorio por tratarse de multas o inhabilitaciones para el ejercicio profesional.

Por tanto, creemos que hay un limitado alcance del Derecho Penal para evitar acontecimientos como los acaecidos. En nuestra opinión nos encontramos ante un claro error del legislador puesto que son sucesos que debieran ser punibles por ir contra la Constitución, contra el sistema de convivencia establecido y contra el orden público, y que sin embargo, no gozan de la punibilidad necesaria para que no se atente contra dichos bienes jurídicos. Debemos añadir, sin embargo, que el Estado dispone de otros medios para combatir tales acontecimientos como pueden ser los estados de excepción y sitio o la aplicación del artículo 155 de la Constitución.

4. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de 16 de octubre 82/2017.

Auto del Tribunal Regional Superior (“Oberlandesgericht”) para el Estado de Schleswig-Holstein, de 5 de abril de 2018.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de febrero 10/2016.

Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de noviembre 1106/2007.

Auto Juzgado Central de Instrucción nº3 de 2 de noviembre, 82/2017.

Código de los Estados Unidos de 30 de junio de 1926, en concreto US Code, Title 18, Part I, Chapter 115, Section 2384.

Código Penal alemán de 13 de noviembre de 1998, en concreto, Código Penal (Strafgesetzbuch), parte especial (Besonderer Teil), sección 7ª -delitos contra el orden público-.

Código Penal Francés de 1 de marzo de 1994, en concreto Code Pénal, Livre IV, Titre I, Chapitre II, y Code Pénal, Livre IV, Titre III, Chapitre III.

Código Penal Italiano de 1 de julio de 1931, en concreto Codice Penale, Libro II, Titolo V –“Dei Delitti contro L’ordine pubblico”-.

Código Penal Portugués de 17 de febrero de 1987, en concreto Código Penal, Título V, Secção II –“Dos crimes contra a realização do Estado de direito”-.

Código Penal Suizo de 21 de diciembre de 1937, en concreto Libro II Título XIII - Ofensas contra el Estado y la Seguridad Nacional-.

COLOMER BREA, D., Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), Diario de la Ley, nº 9145, Wolters Kluwer, 2018.

Constitución Española., BOE, nº 311, 1978.

Coroners and Justice Act, 2009.

GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra el orden público”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1760 - 1767.

GARCÍA ARÁN, M., Y LÓPEZ GARRIDO, D., “El código penal de 1995 y la voluntad del legislador”, Comentario al texto y al debate parlamentario, 1996, pp. 117-118.

GARCÍA RIVAS, N., “Sedición”, Nieto Martín, A., y Pérez Cepeda, A. I. (coords.) Comentarios al Código Penal, Iustel, 2007, p. 1060.

JAVATO MARTÍN, A. M., El delito de atentado: modelos legislativos: estudio histórico-dogmático y de derecho comparado, 2004.

JUANATEY DORADO, C., El delito de desobediencia a la autoridad, Tirant lo Blanch, 1997.

Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, BOE, nº 65, 2003.

Ley de 17 de Julio de 1945, por la que se aprueba y promulga el Código de Justicia Militar, BOE, nº 201, 1945.

Ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, BOE, nº 280, 1980.

Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, nº 281, 1995.

Ley orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, art. 38, BOE, nº 247, 2015.

LORENTE VELASCO, S. M., Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia, 2012.

MAGRO SERVET, V., Casuística práctica y jurisprudencial de los delitos de rebelión y sedición, Diario La Ley, nº 9074, 2017.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña, Diario La Ley, nº 9061, 2017.

MUERZA ESPARZA, J. J., La alteración de la paz pública en el delito de desórdenes públicos, ¿un nuevo significado?, Poder Judicial, nº 9, 1998, pp. 103 y ss.

QUERALT JIMENEZ, J. J., Derecho penal español. Parte especial, 7.^a ed, Tirant lo Blanch, 2015.

Querrela del Fiscal General del Estado al Juzgado Central de Instrucción de Guardia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2017.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., Comentarios al Código Penal, 2.^a ed, Revista de Derecho Privado, 1966.

ROIG TORRES, M., El delito de atentado, Aranzadi, 2004.

Sede electrónica del diccionario de la lengua española, 23.^a edición, Real Academia Española.

Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio 441/1982.

Sentencia del Juzgado Central de Instrucción de 21 de diciembre 130/2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre 185/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre 1049/1980.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 791/1983.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1991 (Rec. 4544/1987).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 1987 (RJD 1987, 501).

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Delitos contra la Constitución”, Morales Prats, F. (coord.) Comentarios al Código Penal Español, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1590 – 1606.

VALENCIANO ALMOYNA, J., La reforma de la justicia militar en España durante la transición, Reus, nº 36, 1986, p.141-152.

VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C.: Delitos contra la Constitución, Derecho penal. Parte especial. 2.ª Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.