

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Instructor: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmo. Sr.

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 21 de marzo de 2023.

Ha sido Instructor el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 12 de enero de 2023, este instructor acordó: *"Ratificar la declaración de rebeldía de Carles Puigdemont i Casamajó; Antonio Comín i Oliveres; Lluís Puig i Gordi; Clara Ponsatí i Obiols y Marta Rovira i Vergés.*

Continuar la tramitación de las piezas de situación personal abiertas respecto de los procesados que a continuación se señalan, a los solos efectos del aseguramiento personal que se acuerda.

Dejar sin efecto la busca y captura e ingreso en prisión, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención acordadas en esta causa contra Carles Puigdemont i Casamajó; Antonio Comín i Oliveres; Lluís Puig i Gordi; Clara Ponsatí i Obiols y Marta Rovira i Vergés, por haber cambiado, por derogación y modificación legislativa, los tipos penales que se les atribuyen y que motivaron su emisión; lo que se pondrá en conocimiento de los órganos judiciales de ejecución de Bélgica e Italia que actualmente conocen de alguno de los procedimientos de entrega, a los efectos oportunos.

Acordar por esta resolución la busca y captura e ingreso en prisión, como presuntos autores de sendos delitos de desobediencia y malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal, de

- Carles Puigdemont i Casamajó, nacido el 29 de diciembre de 1962 en Amer (Girona), España, hijo de Xavier y de Nuria.

- Antonio Comín i Oliveres, nacido el 7 de marzo de 1971 en Barcelona, hijo de Alfonso y de María Luisa.

- Lluís Puig i Gordi, nacido el 18 de octubre de 1959 en Tarrassa (Barcelona), hijo de Narciso y de Dolores.

Acordar por esta resolución la detención, a efecto de recibirles declaración por el delito de desobediencia que se les imputa, de

- Clara Ponsatí i Obiols, nacida el 19 de marzo de 1957 en Barcelona, hija de José María y Montserrat.

- Marta Rovira i Vergés, nacida el 25 de enero de 1977 en Vic (Barcelona), hija de Juan y de Rosa.

Líbrese la oportuna orden nacional de detención y puesta a disposición, de los procesados que se han indicado.

Remítase la oportuna requisitoria a los Ilmos Sres. Directores Generales de la Policía y de la Guardia Civil a los efectos de la busca y captura nacional de los citados rebeldes.

Respecto de la emisión de nuevas órdenes europeas de detención y entrega, y órdenes internacionales de detención con fines extradicionales, que posibiliten la prosecución del procedimiento contra los procesados Carles Puigdemont i Casamajó, Antonio Comín i Oliveres y Lluís Puig i Gordi, únicos procesados a quienes se atribuye la comisión de hechos que pueden ser sancionados con una pena privativa de libertad que posibilita la utilización de estos instrumentos, deberá de posponerse la decisión hasta que el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) resuelva sobre la eventual retirada de la inmunidad parlamentaria de la que los dos primeros procesados son actual y cautelarmente merecedores. Asimismo, se estará a la resolución de la cuestión prejudicial planteada por este Instructor al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al ser la misma precisa para fundar determinadas decisiones de retirada, mantenimiento o reiteración de su orden de detención y entrega..."

SEGUNDO.- Contra la citada resolución se interponen recursos de reforma por el Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado y las representaciones procesales de Antoni Comín i Oliveres, Carles Puigdemont i Casamajó, Clara Ponsatí i Obiols y Lluís Puig i Gordi, y escrito de la representación procesal del partido político VOX adhiriéndose al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Por resolución de fecha 27 de enero de 2023 se tienen por interpuestos los recursos mencionados, dándose traslado de los mismos y de la adhesión formulada a las partes personadas, de conformidad con el artículo 222 de la LECRIM.

CUARTO.- Por resolución de fecha 7 de febrero de 2023 se unen escritos presentados por el Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado y las representaciones procesales de Antoni Comín i Oliveres, Carles Puigdemont i Casamajó, Clara Ponsatí i Obiols, Lluís Puig i Gordi, Marta Rovira i Vergès y partido político VOX, formulando impugnaciones y adhesiones respectivas, dándose cuenta al Sr. Magistrado-instructor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto de este instructor de 12 de enero de 2023 ha sido objeto de sendos recursos de reforma interpuestos sobre la base de diversos motivos por el Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado, las representaciones de. Carles Puigdemont Casamajó, Antonio Comín Oliveres, Clara Ponsatí Obiols, Lluís Puig Gordí y escrito de adhesión al recurso del Fiscal presentado por la representación del partido político VOX.

Por afectar al orden público procedimental, deben resolverse con carácter previo las alegaciones impugnatorias formalizadas por las representaciones de Carles Puigdemont Casamajó, Antonio Comín Oliveres y Clara Ponsatí Obiols relativas a la falta de competencia e imparcialidad de este instructor.

Respecto de la falta de competencia, esgrimen los recurrentes la inexistencia de previsiones normativas que atribuyan a la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para instruir o enjuiciar los procedimientos penales seguidos contra eurodiputados. Subrayan que lo dispuesto en el apartado a) del artículo 9, párrafo primero, del Protocolo 7 sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea está limitado a las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo, asignándoles las mismas inmunidades que las que estuvieran reconocidas en el Derecho interno a los miembros del Parlamento de su país, pero que la equiparación no es

extensible a los aforamientos. Argumentan que *inmunidad* y *aforamiento* son cosas distintas.

La pretensión, y los argumentos con los que se defienden, no son novedosos. Fueron planteados en su día por los recurrentes y resueltos en el Auto de este instructor de 10 de enero de 2020, que fue también recurrido en reforma y en el que este instructor ofreció su valoración al indicar que: «La tesis se muestra desacertada por la limitación que supondría para el estatuto de protección funcional que se atribuye a los integrantes de las Cámaras Legislativas, puesto que la protección de los parlamentarios se otorga frente a cualquier acción judicial que no cuente con la solidez y con la estabilidad que proporciona el que la decisión judicial provenga del órgano de mayor grado jurisdiccional. Una protección funcional coherente con las responsabilidades encomendadas a todo parlamentario, no sólo a los que lo son de las Cámaras Legislativas estatales, sino a aquellos que asumen la representación de los ciudadanos de la Unión para el desempeño de las funciones propias del Parlamento Europeo, cuya trascendencia constitucional se refleja en el artículo 71 de la propia Norma Suprema al indicar que: los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito; no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva; añadiendo que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Así lo ha entendido la Jurisprudencia de esta Sala, lo que no sólo se recoge en la transcripción de la indata resolución que la representación de Antoni Comín incorpora a los folios 28 a 30 de su recurso, sino en resoluciones relativas a diferentes parlamentarios europeos de fechas 23 de enero de 2015; 23 de marzo de 2015; 29 de abril de 2015 o 17 de marzo de 2017. .

Los recurrentes argumentan la incompetencia del Tribunal Supremo a partir de dos resoluciones distintas, ambas referidas a un mismo caso. Esgrimen los AATS de 11 de mayo y 12 de junio de 2000, si bien no proyectan

el sustrato fáctico que, como elemento diferencial respecto a la doctrina estable de esta Sala, determinó lo que no era sino una excepción a la regla general de que el Tribunal Supremo conozca de los procedimientos penales seguidos contra los parlamentarios europeos designados por España.

Silencia el recurso que dichas resoluciones analizaban el eventual aforamiento al Tribunal Supremo español del europarlamentario italiano Silvio Berlusconi, respecto del que se seguía una causa en el Juzgado de Instrucción Central n.º 5 de la Audiencia Nacional, concluyendo dichos Autos que el aforamiento al Tribunal Supremo no podía extenderse fuera de los casos expresamente contemplados en la ley y que están constituidos por: a) el artículo 71 de la Constitución Española en relación a los miembros del Parlamento Español y b) por el artículo 2 del Reglamento del Parlamento Europeo, a los europarlamentarios de origen español respecto de las causas penales abiertas en España; de modo que un europarlamentario por otro Estado (en aquel caso Italia) no tiene fuero especial para ser enjuiciado en España, sin perjuicio del que pueda tener en su país, si fuera reconocido para diputados italianos.

La impugnación del Ministerio Fiscal a los recursos que se analizan desvela los argumentos más expresivos sobre el posicionamiento que el Tribunal Supremo mantiene en este aspecto. Recuerda que el auto de 11 de mayo de 2000 indicaba: *"Debe, partirse del régimen establecido en el art. 10 del Protocolo (hoy art. 9), y reconocer la obviedad de que en dicho artículo se establece un doble estatus del europarlamentario, según esté en el país del que es natural o en otro de la Unión. Para el primer caso se establece la equiparación con el status que tengan los parlamentarios del propio país, pero en el segundo caso, el standard de garantía se centra en la inviolabilidad e inmunidad y es aquí donde no pueden ser compartidas ni asumidas las argumentaciones del solicitante"*.

Complementando lo dicho en el Auto anterior, el Auto de 12 de junio señala: *"Como reflexión inicial y final debe partirse que toda alegación sobre el principio de igualdad debe tener por presupuesto una igualdad preexistente, ya*

que si esta no existe no hay violación de la igualdad, sino -como se dijo, en el auto de 11 de Mayo-, respuesta diferente ante una situación distinta. En el presente caso, resulta patente que no exista tal igualdad preexistente porque es el propio Reglamento del Parlamento Europeo de 26 de Marzo de 1981, el que en su artículo 2.º se remite al Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965, en el que con toda claridad se establece un doble status del europarlamentario que queda equiparado en su país al que corresponde a los miembros del Parlamento del que sea nacional...".

La misma resolución añade que: "Por ello precisamente, porque no existe esa pretendida igualdad de situaciones porque así lo quiso la norma comunitaria en vigor, no se da como presupuesto del juicio sobre la igualdad, la preexistencia de una situación igual, y en consecuencia cuando en países como España, el Derecho Penal Parlamentario se integra, además de por el reconocimiento de los principios de inviolabilidad y de inmunidad, por el de aforamiento en favor de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo que ni es la esencia del status parlamentario, ni existe en otros países, dicho privilegio procesal no puede extenderse fuera de los casos expresamente contemplados en la ley y que están constituidos por el art. 71 de la Constitución Española en relación a los miembros del Parlamento Español, y por el art. 2 del Reglamento del Parlamento Europeo citado a los europarlamentarios de origen español en relación a las causas penales abiertas en España"».

Una consideración que fue confirmada por la Sala de Apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Auto de 23 de octubre de 2020, contra el que se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue desatendido en STC 149/2022, de 29 de noviembre.

SEGUNDO.- Sin realizar otras actuaciones procesales, los recurrentes niegan que tenga validez la resolución impugnada porque, a su juicio, el Instructor debería haberse abstenido de conocer de la causa por falta de imparcialidad.

Como admiten en sus recursos, si hoy solicitan la abstención es porque en su día recusaron al instructor por las mismas razones y su pretensión fue desestimada por Auto de la Sala de 14 de febrero de 2022. En concreto, cuestionaron la imparcialidad del instructor porque aceptó una distinción que le fue otorgada por una fundación denominada *Villacisneros*, argumentando que la posición político-ideológica de la entidad es diametralmente opuesta al ideario de los recurrentes. Consideran que la aceptación de la distinción introduce el recelo a un alineamiento ideológico entre el instructor y la fundación concedente de la distinción, lo que se reflejaría en el redactado de la propia resolución que ahora combaten.

Su petición de abstención carece de viabilidad. De un lado, porque no resulta factible en la medida en que viene pretendida por las mismas razones por las que la Sala rechazó el cambio de instructor con ocasión de la recusación. De otro, porque este instructor disiente de la pertinencia de la abstención que sostienen los recurrentes y así lo expresé en el informe de 10 de enero de 2022, del que tuvieron puntual conocimiento los hoy recurrentes y que se reproduce aquí en su integridad para un perfecto conocimiento de las razones que justifican la improcedencia de la abstención o de la recusación del instructor.

Tras argumentar los hoy recurrentes que la aceptación de la distinción por este instructor había comprometido definitivamente la apariencia de imparcialidad e imposibilitaba la continuación en las funciones de investigación y desarrollo del procedimiento, el informe de este instructor recogía lo siguiente:

«Doctrina esencial sobre imparcialidad judicial:

La imparcialidad judicial se concreta en la ausencia de un interés personal o privado en el resultado de la causa, premisa de que nadie puede ser Juez de su propia causa o ser Juez de una causa en la que el resultado le pueda proporcionar un provecho material o moral, más allá de la satisfacción de hacer Justicia.

Es cierto, como indicamos en nuestra STS 721/2015, de 22 de octubre, que la exigencia de imparcialidad no sólo se compromete por la real existencia de un interés en el procedimiento. En materia de imparcialidad del Juzgador las apariencias también son importantes, ya que lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

No obstante, ello no significa que deba primar la subjetividad de una de las partes, de modo que para excluir al Juez predeterminado por la Ley resulte suficiente con levantar unas sospechas que no resulten objetivamente razonables para un observador externo, pues ello conduciría a un sistema de Juez a la carta.

La aplicación de esta doctrina al caso presente:

Lo que los recusantes suscitan es que se ha comprometido la confianza en la imparcialidad de este Juez instructor, al haber aceptado la distinción que le otorgó una entidad que defiende tesis contrarias a las de estas defensas. El planteamiento de las defensas justifica que se analice externamente la imparcialidad de este instructor, en los términos expresados en el artículo 224 y siguientes de la LOPJ, lo que no comporta que las premisas que manejan en su escrito de recusación conduzcan a las conclusiones que extraen los recusantes.

En sus escritos de recusación las defensas eluden tres perspectivas que son imprescindibles para apreciar el grado de confianza que ofrece la autoridad judicial ante una sociedad democrática:

a) En primer lugar, esquivá que la imparcialidad es una actitud interna y objetivable del Juez, por lo que la percepción que tenga la sociedad sobre su neutralidad debe surgir de la actitud o del comportamiento del propio magistrado.

b) *En segundo término, soslaya que la confianza social en la imparcialidad de un juez debe medirse a partir de todos los datos objetivos concurrentes en el caso concreto que resulten públicos y perceptibles.*

c) *Por último, elude que la confianza en la imparcialidad no se examina desde el exclusivo punto de vista de quién cuestiona el buen hacer judicial, sino desde la hipotética consideración que tendría un «observador imparcial».*

La primera observación está implícita en el escrito de los recusantes que, conscientes de ello, sostienen que su pérdida de confianza en este instructor descansa, no en que una determinada fundación le haya concedido una distinción, sino en que la autoridad judicial haya aceptado el galardón.

Sin embargo, aunque los recusantes dicen asumir que son los actos del Juez los que desvelan si mantiene un compromiso personal con la equidistancia entre las partes, lo cierto es que en sus escritos no efectúan ningún análisis de mi comportamiento. Los recusantes se extienden en detallar ciertos objetivos de la Fundación Villacisneros. Introducen también el pensamiento o la afiliación política de algunos de los integrantes del Consejo Directivo de la fundación, si bien ocultan que el galardón fue concedido por decisión del Patronato de la entidad en su reunión de 16 de junio de 2021, y que el Patronato se integra por personas distintas de las que detallan en sus escritos. Por último, subrayan determinados fragmentos de las alocuciones realizadas durante la entrega de la distinción. Todo sin desbrozar ningún análisis de mi intervención o del contenido del discurso que pronuncié al agradecer la gentileza del reconocimiento, lo que resulta sintomático en atención a que la disertación se ha divulgado junto con el resto de intervenciones personales que sí se reseñan.

Tras analizar estos comportamientos ajenos, concluyen que la aceptación del premio es el acto del instructor que compromete su credibilidad, pues consideran que es el reflejo de que el Juez comulga ideológicamente con la voluntad de perseguir a todo trance a los encausados o, al menos, que la

aceptación del galardón puede proyectar esa realidad y debilitar así la confianza en su imparcialidad.

De este modo, el escrito elude que la imagen de parcialidad o imparcialidad judicial se construye a partir de una conjunción de elementos mucho más compleja que el solitario pixel que describen. El escrito opera como un instrumento de realidad aumentada, que ofrece una imagen virtual para aquellos que se someten a su mecanismo, pero que desprecia el cuadro real que resulta de apreciar todas las circunstancias objetivas que contemplaría un observador imparcial, entre las que resulta oportuno destacar:

A. Son numerosas las resoluciones judiciales que se enfrentan a la persecución personal, injustificada y arbitraria que se sugiere en el escrito de recusación. Unas decisiones conocidas en profundidad por la opinión pública, a partir de la intervención del Gabinete de Prensa de este Tribunal y merced a la difusión generalizada que de ellas hicieron los medios de comunicación:

- En primer lugar, la decisión que admitió a trámite la querella inicial porque contemplaba que los hechos referidos pudieran ser constitutivos de delito, fue adoptada por la Sala de admisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que no formó parte este instructor.

- Tras la incoación del procedimiento y después de recibirse declaración sumarial a los querellados que integraban la Mesa del Parlamento autonómico de Cataluña, este instructor decretó la libertad, con o sin fianza, de todos ellos, contrariando en ello la pretensión acusatoria y optando así por las aspiraciones defensivas.

- Después de que este instructor asumió la competencia para conocer de la querella que la Fiscalía General del Estado había presentado en la Audiencia Nacional contra Jordi Sánchez Picanyol, contra Jordi Cuixart Navarro y contra quienes integraban el Gobierno de la Generalidad de Cataluña a fecha de 1 de octubre de 2017 (querella que también fue admitida a trámite por una Autoridad judicial diferente), este instructor acordó la libertad

provisional de todos ellos, con la sola excepción de los investigados Jordi Sánchez Picanyol, Jordi Cuixart Navarro, Oriol Junqueras Vies y Joaquim Forn Chiariello. Se modificó así la casi generalizada prisión provisional, comunicada y sin fianza que se había adoptado a instancia de las acusaciones y que éstas reclamaron mantener ante este mismo instructor.

- A diferencia de lo que el escrito sugiere, este instructor no ha apreciado que concurren indicios racionales de criminalidad contra algunos de los que estuvieron encausados en el presente procedimiento, como es el caso de Artur Mas Gavarró, Marta Pascal Capdevila y Neus Lloveras Massana.

- Paralelamente, este instructor ha rechazado que los distintos encausados en el proceso sean todos ellos responsables de los graves delitos inicialmente atribuidos por las acusaciones, definiendo una responsabilidad bien diversa. Si bien hay encausados que fueron procesados por actuaciones y comportamientos susceptibles de ser subsumidos en los delitos de rebelión o sedición, además de en un eventual delito de malversación de caudales públicos, otros lo han sido solo por este delito o, incluso, por un delito menos grave de desobediencia.

B. Junto a ello, las resoluciones que han resultado adversas a las pretensiones de algunas defensas han sido validadas en las innumerables ocasiones que las decisiones fueron impugnadas. Los juicios valorativos y las conclusiones jurídicas plasmadas en las decisiones de este instructor han sido supervisadas y confirmadas por la Sala de Apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, además de en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional al resolver muchos de los recursos de amparo interpuestos por las partes, de lo que también han informado puntual y detalladamente los medios de comunicación de este país.

C. Respecto a la persecución personal que sugieren los recusantes en sus escritos, no responde a una animosidad del instructor sino a que, tras la eventual comisión de los hechos aparentemente delictivos que se les atribuyen, los recusantes abandonaron el territorio español y han eludido

comparecer ante este instructor. Sólo esta circunstancia ha impedido que se haya concluido un sumario en el que los promotores de la recusación se encuentran debidamente representados, y sólo esta circunstancia impide que la Sala de enjuiciamiento pueda pronunciarse a favor del sobreseimiento de la causa que reclaman las defensas o a favor de la apertura del juicio oral que, eventualmente, puedan solicitar las acusaciones. Nada puede decidir este instructor al respecto.

De ese modo, la persecución que se aduce es meramente procesal y no puede cincelar un recelo en la opinión pública de que este instructor carece de la imparcialidad exigida, pues es el legislador el que impone, en los artículos 836 y 842 de la LECRIM, que el instructor acordará la búsqueda de los procesados en rebeldía hasta que sean hallados y queden a disposición del proceso, a fin de que pueda culminarse la fase de investigación.

De hecho, ningún observador imparcial podría maliciar una falta de imparcialidad por la reclamación de los fugados, cuando Meritxell Serret Aleu, una de las procesadas que compartía su situación de rebeldía, compareció voluntariamente ante este instructor, acordándose inmediatamente su libertad, quedando sujeta a lo que decida la Sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo, en función de las que sean las pretensiones de las partes.

D. Ese es el contexto con el que un observador imparcial contempla la distinción otorgada por la Fundación Villacisneros, que se matiza con otra serie de realidades públicamente divulgadas:

- En primer lugar, que son diversas las instituciones, entidades o medios de comunicación que han reconocido el esfuerzo y rigor de la actividad profesional de quien informa. Lo que se ha hecho desde la diversidad ideológica que impregna las iniciativas de las distintas entidades y, lógicamente, desde los aspectos de la función jurisdiccional que desea resaltar cada institución, entidad o medio de comunicación.

- En segundo término, que ninguna de estas consideraciones públicas compromete por sí misma la credibilidad de la neutralidad de un juez cuando la distinción se hace para ensalzar una función jurisdiccional comprometida con los valores y exigencias constitucionales.

Y en ese sentido confluyen dos realidades distintas pero que proyectan su irrelevancia respecto a la credibilidad judicial:

i. La Orden ESD/1627/2008, de 8 de mayo, dictada por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, del gobierno entonces existente, inscribió a la Fundación Villacisneros en el Registro de Fundaciones del Departamento, resaltando la idoneidad de sus fines (BOE 141, de 11 de junio de 2008, págs. 26.826 y 26.827). Y la fundación, que se proclama públicamente defensora de los derechos constitucionales, otorgó la distinción que analizamos en reconocimiento a unos concretos valores que dignifican la función jurisdiccional. En concreto por defender el Estado de Derecho con objetividad y neutralidad, manteniendo con consistencia la defensa de la Ley.

Identifican los recusantes que, entre el público, estuvo el secretario general de un partido político que ejerce la acusación. Una alegación que esconde que esa persona era el abogado que llevaba la acusación particular durante la fase de instrucción del presente procedimiento, de modo que su presencia en el acto puede reflejar su reconocimiento a la actuación profesional de este Instructor, pese a las resoluciones judiciales que le han sido adversas, pero nunca trasladar públicamente que existe una preferencia judicial irreal, carente de reflejo en la causa, y que ni siquiera los recusantes apuntan.

ii. Del mismo modo que he recibido esta distinción cuatro años después del acaecimiento de los hechos objeto del presente procedimiento, con parecida anterioridad, el 29 de septiembre de 2011, este instructor recibió la medalla al mérito de la Guardia urbana de Barcelona. La distinción se entregó por el alcalde de Barcelona, Excmo. Sr. D. Xavier Trías, siendo entonces alcalde de Girona por el mismo partido político del Sr. Puigdemont Casamajó,

y siendo D. Joaquim Forn Chiariello Primer Teniente de Alcalde de Barcelona, con funciones precisamente en el Área de Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento.

Ni este vínculo comprometió la confianza en la neutralidad judicial que tenían las acusaciones cuando se dictaron las decisiones adversas que se han identificado anteriormente, ni aquella distinción compromete tampoco la credibilidad pública de la función neutral que he desempeñado».

Con todo, este instructor considera que los motivos en los que se funda la petición de abstención (como en su día la causa de recusación esgrimida por los procesados), en modo alguno compromete la imagen de imparcialidad que la actuación jurisdiccional ofrece a un observador imparcial y se desarrollan exclusivamente por concretos intereses de parte.

TERCERO.- 3.1. Entrando en el contenido de las decisiones impugnadas, las representaciones de Carles Puigdemont Casamajó y Antoni Comín Oliveres, en sus respectivos recursos, defienden no haber cometido ningún delito de malversación. En todo caso aducen que en el Auto de procesamiento dictado el 21 de marzo de 2018 no se hacía referencia a que el comportamiento de los acusados estuviera revestido de un *ánimo de lucro* (los recursos subrayan un determinado pasaje de la fundamentación jurídica de aquella resolución), por lo que, al asignarse ahora a los recurrentes este elemento subjetivo, entienden que se ha producido una inaceptable mutación de los hechos y del derecho que venía expresado en el Auto de procesamiento; mutación que también consideran predicable respecto de lo se proclamaba sobre el delito de malversación en la sentencia dictada con ocasión del enjuiciamiento de los acusados no declarados en rebeldía en este proceso.

Añaden que la interpretación que ha hecho el instructor sobre el *ánimo de lucro* como elemento integrante del nuevo tipo penal de malversación agravada del artículo 432 del Código Penal, es una interpretación *ad hoc* y que en numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, incluso

en algunas de las que ha sido ponente este instructor, se ha sustentado el criterio interpretativo contrario al que expresa la resolución impugnada.

Por último, reprochan que la sentencia dictada en su día contra los acusados no declarados en rebeldía proclamaba el delito de malversación como instrumental para el delito de sedición y que ahora se ha pasado a contemplar como un delito autónomo. Con ello, consideran que la resolución impugnada ha ignorado la reforma legal aprobada por el legislativo y tratan de justificar una persecución *ad hominem* que no tiene cabida en el sistema judicial de un Estado de derecho.

3.2. La resolución impugnada no introduce ninguna modificación de los hechos presuntamente delictivos que son objeto de imputación. Quizás eso impulse que los investigados no hayan subrayado en sus recursos ninguno de los pasajes atribuidos en el Auto de procesamiento y fijan su referencia de análisis en determinados fragmentos de la fundamentación jurídica.

En concreto, en lo que atañe al delito de malversación, los hechos que se atribuyen a los recurrentes son que los investigados, conociendo que el Tribunal Constitucional había proclamado la ilegalidad de celebrar un referéndum de autodeterminación en Cataluña y pese a haber sido requeridos personalmente para abstenerse de cualquier acto de promoción u organización del mismo, comprometieron fondos o recursos públicos en organizarlo y llevarlo a término, contraviniendo así lo ordenado por el Tribunal de Garantías, así como por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ese es, resumidamente, el comportamiento que se les atribuye como posiblemente delictivo en el Auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018 y ese es el comportamiento cuyo alcance típico se analiza en el Auto que ahora se impugna.

Tampoco la resolución supone una alteración injustificada del derecho aplicable. Que el Auto de procesamiento evaluara la posible subsunción de los hechos en el artículo 432 del Código Penal entonces vigente, aún en relación con el artículo 252 del Código Penal, no cierra la posibilidad de que la

responsabilidad se ajuste a otras alternativas de subsunción típica. Por ello el Auto impugnado analiza, además, la posible subsunción de los hechos en el entonces vigente artículo 432 del Código Penal en relación con el artículo 253 del mismo texto. Un juicio analítico que no estaría completo si no se efectuara un examen de la eventual punición de los hechos a partir de la reforma del Código Penal operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre, pues cualquier examen jurídico sobre la punición de las conductas atribuidas a los recurrentes, exige evaluar si los hechos que se les imputan siguen siendo susceptibles de punición conforme a la nueva regulación del delito de malversación, además de tenerse que evaluar la pena que podría corresponderles conforme a las dos legislaciones que se han seguido en el tiempo. Sólo un juicio de subsunción ajustado a las previsiones penales vigentes a la fecha en que los hechos tuvieron lugar y su contraste con la respuesta que el legislador ha introducido para esas mismas conductas a partir de la reforma operada por LO 14/2022, permite evaluar si el eventual comportamiento de los acusados es susceptible de reproche penal y, de ser así, cuál puede ser el grado o relevancia de su responsabilidad. Una comparación que viene exigida para la fase de instrucción pues no sólo determina la viabilidad del proceso, sino que repercutirá en la naturaleza del procedimiento a seguir, así como en diversas decisiones judiciales o en algunos de los planteamientos de parte, particularmente cuando vengan referidos a la adopción de medidas de aseguramiento cautelar.

3.3. Tampoco pueden asumirse las afirmaciones de los recurrentes respecto al significado que la jurisprudencia ha dado al elemento típico del *ánimo de lucro* que se recoge en el artículo 432 del Código Penal actualmente vigente y que resultaba igualmente exigido en el Código Penal vigente con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015.

La resolución impugnada subraya que la exigencia típica no puede ser evaluada como una voluntad de enriquecimiento personal, sino como la intención de obtener cualquier tipo de beneficio, aprovechamiento o satisfacción, esto es, como la voluntad de disponer de los fondos públicos a título de dueño. Y esta es la pacífica interpretación de esta Sala.

Incluso la sentencia que los recurrentes expresan para sustentar que es insólita la interpretación realizada por este instructor, pese a venir referida a unos hechos bien distintos a los enjuiciados, expresa lo que este instructor subraya: que para el delito de malversación «No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial...».

También lo expresa la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, que cita el recurso. Más allá de las divergencias del caso concreto que se enjuiciaba, en lo que hace referencia a la interpretación del término, la sentencia recoge, en un extracto literalmente copiado en el recurso: «Ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (S.T.S. 94/02), en relación con el ánimo de lucro que exige el tipo de malversación del artículo 432 C.P., que en tanto constituye un delito de apropiación de bienes que han sido confiados al autor, requiere el "*animus rem sibi habendi*", que es un elemento esencial de la acción típica de apropiación (el precepto se refiere al verbo sustraer que es equivalente), añadiéndose que "este animus, sin embargo no se diferencia del ánimo de lucro, dado que la Jurisprudencia viene sosteniendo desde hace más de medio siglo que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos"». Una consideración que no se modifica porque exista otra conducta típica que no consiste en sustraer, sino en consentir que otro sustraiga.

El recurso aduce que este instructor aplicó la interpretación que ellos defienden en la STS 769/2022, de 15 de septiembre (erróneamente la identifica como STS 3319/2022, de 15 de septiembre), lo que no es así. En aquella sentencia expresamente proclamamos un contenido interpretativo del delito de malversación idéntico al expresado en la resolución que los recurrentes atacan. En concreto, en el tercer párrafo del punto 2 del fundamento 12. Recoge la sentencia: «Tiene declarado esta Sala, como son

exponentes las Sentencias 797/2015, de 24 de noviembre y 1051/2013, de 26 de septiembre, que el delito de malversación de caudales públicos tenía como presupuestos bajo tal configuración típica: a) la cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; b) una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales públicos han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y d) sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos (STS 310/2003, de 7 de marzo)».

Y si aquella sentencia excluyó el delito de malversación en un supuesto de actuación concreto (mantiene la condena por otras actuaciones), es por una razón distinta a la que los recurrentes invocan. En la actuación que se dice no constitutiva del delito de malversación, el acusado había sido condenado por haber dado la orden de pago respecto de unas obras cuya adjudicación se proclamó constitutiva de un delito de prevaricación. La sentencia subraya que pagar las obras realizadas era una obligación inherente a la adjudicación de la obra, pues haber eludido el pago constituiría un enriquecimiento injusto para la entidad pública. Y expresamente hicimos constar, como elemento de exclusión de la malversación, algo que no es predicable de los hechos que en este proceso se atribuyen a los recurrentes: que el acto administrativo determinante del pago estaba dotado de plena eficacia. En concreto, partiendo de la intangibilidad de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, se dice: «Las decisiones de pago no dependen en estos supuestos de una decisión autónoma e injustificada, pues existe la obligación de satisfacer aquellas deudas que guardan correspondencia real con la obtención de una

prestación y cuando está surge de un acto administrativo dotado de plena eficacia, lo que es apreciable en este supuesto dado que la sentencia de instancia no proclama que el precio fuera irreal o que la cantidad efectivamente abonada no se correspondiera con los trabajos efectuados, de modo que no consta que el desembolso de los fondos públicos en pago de los contratos estuviera injustificado».

3.4. En todo caso, aun para el supuesto de que la tipificación de la conducta del nuevo delito de malversación se proyectara únicamente sobre la comisión del antiguo delito del artículo 432 del Código Penal, en relación con el artículo 252 del mismo texto, eludiendo cualquier comparación con el delito del artículo 432, en relación con el artículo 253, tampoco asistiría la razón a los recurrentes, pues el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2023, al revisar la condena impuesta por malversación a algunos de los condenados en este proceso, rechaza que estemos ante una sucesión normativa que favorezca las tesis de los encausados u ofrezca una menor punición para sus conductas.

3.5. Por último, carece de repercusión en la presente causa la instrumentalidad del delito de malversación respecto del delito de sedición, más aún respecto de quienes no han sido todavía juzgados y cuando se entiende que el delito de sedición ha quedado derogado y ya no les es exigible. A los recurrentes se les atribuye una pluralidad de acciones voluntarias, así como el resultado inherente a cada uno de sus comportamientos. Consecuentemente, su actuación se ajustaría a un concurso real de delitos que, sólo por razones de política criminal, se equipara a un concurso ideal. La consumación de los delitos de sedición y malversación no era interdependiente conforme a la tipificación entonces vigente, como no lo es ahora tampoco, pudiendo existir el delito de malversación con independencia de la infracción que impulsó su comisión.

CUARTO.- Refiriéndose al delito de malversación de caudales públicos, la representación de Lluís Puig Gordí impugna el Auto de 12 de enero de 2023 esgrimiendo que los hechos que se le atribuyen no pueden determinar su

responsabilidad como autor de este delito y sustenta su argumentación en la fundamentación jurídica de la sentencia pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo con ocasión del enjuiciamiento de los acusados que no están en rebeldía.

Aduce el recurrente que la sentencia sólo condenó a los consejeros que materializaron actos de gasto derivados de la convocatoria del referéndum celebrado el 1 de octubre de 2017 y que lo hicieron con cargo a sus Departamentos, lo que no entiende apreciable en su caso porque los servicios que habían de pagarse a la entidad UNIPOST por la remisión de 56.000 cartas certificadas conteniendo la designación de los miembros de las mesas electorales y por el envío de los 5.346.734 sobres con las tarjetas censales de cada elector (que tuvieron un coste total de 979.661,96 euros más IVA), se fraccionaron en cinco facturas y, aunque una de ellas se emitió contra el Departamento de Cultura, la propia sentencia proclama que estas facturas no llegaron a ser abonadas y que la prestación no fue realizada.

Su alegación no presta sustento a la pretensión. Ya se ha expresado que la función de la instrucción es evaluar si concurren indicios racionales de responsabilidad por alguna infracción penal, en este caso malversación de caudales públicos, lo que entraña considerar un marco más amplio que el concreto comportamiento por el que la sentencia haya podido condenar a cualquiera de los encausados ya enjuiciados. La aparición de indicios racionales de participación que permitan sustentar una fundada tesis acusatoria por el delito de malversación de caudales públicos justifica el mantenimiento del proceso respecto de los investigados pendientes de juicio.

En todo caso, con independencia de esta circunstancia, incluso si analizamos el comportamiento del recurrente únicamente a partir de los hechos probados en la sentencia y el juicio de subsunción que mereció la participación de los acusados ya enjuiciados que tuvieron un comportamiento similar al del recurrente, tampoco puede sustentarse la atipicidad de su comportamiento, sino todo lo contrario.

Es cierto que la sentencia de instancia subraya que el simple acuerdo de voluntades no es base suficiente para proclamar la coautoría respecto del delito de malversación de caudales públicos (SSTS 314/2010, de 7 de abril; 434/2007, de 16 de mayo o 850/2007, de 18 de octubre, entre muchas otras). La sentencia sostiene que no son subsumibles en el delito de malversación de caudales públicos las actuaciones desarrolladas por los miembros del equipo gubernamental que se limitaron a la suscripción formal del acuerdo de 6 de septiembre de 2017, por el que se comprometían a soportar los gastos precisos para la celebración del referéndum con cargo al presupuesto de sus departamentos.

Pero la sentencia proclama también que esta responsabilidad sí nació en aquellos consejeros que materializaron actos de dispendio en ejecución de ese acuerdo (punto 5.2, in fine) y que estos consejeros no responden únicamente de los desembolsos individuales a los que prestaron sustento, sino del total de cantidades defraudadas en ejecución de un plan que estaba concertado y que se llevó a término con una distribución de funciones entre todos ellos. Concretamente proclama que *«los acusados Srs. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa, son declarados autores de un delito de malversación agravada, por la deslealtad que representa haber puesto la estructura de sus respectivos departamentos al servicio de una estrategia incontrolada de gasto público al servicio del referéndum ilegal. Y hacerlo, en total, en una cuantía superior a los 250.000 euros»* (f. 478 de la sentencia).

Y proclama que esta responsabilidad es aplicable a los consejeros que asumieron alguna de las cinco partes en que se fraccionó el encargo a la empresa Unipost. Es cierto que algunos de ellos estaban involucrados en otros pagos distintos de los derivados de la actuación de Unipost, pero la responsabilidad por la participación en el delito de malversación también se proclama de la Consejera de Trabajo, Dolors Bassa, quien no tuvo otra intervención que en el pago de estos trabajos. Afirma la sentencia, en su numeral 2.1.22, que Dolors Bassa *«No fue promotora del acuerdo del 6 de septiembre, pero lo suscribió, como el resto de los integrantes del Gobierno de la Generalitat. Y frente a otros miembros del equipo gubernamental que se*

limitaron a la suscripción formal de ese y otros acuerdos, pero no realizaron actos directos de ejecución de la conducta malversadora, la Sra. Bassa, contribuyó a la celebración del referéndum ilegalizado con actos en perjuicio del patrimonio público que tenía que administrar. Su efectiva aportación material resulta de la asunción de una de las cinco partes en que se fraccionó el encargo a la empresa Unipost para el reparto de las notificaciones de los nombramientos de integrantes de mesas electorales y la notificación, con indicación de mesa donde votar a la totalidad del censo».

La proclamación de responsabilidad descansa en que los trabajos encomendados a Unipost, por más que no esté acreditado que fueran ejecutados en su integridad como consecuencia de la intervención de la Guardia Civil y a pesar de que no se han pagado, sí fueron parcialmente ejecutados y generaron el nacimiento de la obligación de su pago. Desde esta base fáctica, la sentencia proclama que su responsabilidad por la malversación surge porque la obligación de pago a Unipost se fraccionó entre los Departamentos de Vicepresidencia y Economía, de Presidencia, de Trabajo, de Salud y de Cultura (punto 13 de los hechos probados), unido a la circunstancia de que estos cinco departamentos prestaron su colaboración activa para que las facturas pudieran ser abonadas. En concreto, se subraya (apartado 2.1.15 de la sentencia) que para poderse abonar el coste de los trabajos encomendados a Unipost, el importe total no sólo se fraccionó entre los cinco departamentos, sino que cada uno de estos departamentos emitió las *notas de entrega* correspondientes a la parte del coste que se les asignó, con su correspondiente registro de salida de 7 de septiembre, calificando esos trabajos como de gestión ordinaria, reseñando para el pago el acuerdo marco de servicios postales CSS 2015/11, que es el que correspondía a Unipost, por adjudicación aprobada el 7 de agosto de 2015.

Es esta actuación la que determinó la responsabilidad de la Consejera de Trabajo como coautora del delito de malversación de caudales públicos, lo que resulta indiciariamente predicable del recurrente, entonces Consejero del Departamento de Cultura, que asumió otra de las cinco partes en que se fraccionó el encargo de Unipost y sin perjuicio que se evalúe si su

responsabilidad también debe ajustarse a las cuantías asumidas por otros departamentos, en la eventualidad de que no hubiera suscrito el acuerdo de 6 de septiembre de 2017.

QUINTO.- La representación de Carles Puigdemont y Antoni Comín denuncian la vulneración del derecho fundamental al *non bis in idem*.

Aducen que la doctrina del TJUE y del TEDH son contrarias a la acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal contra la misma persona y por los mismos hechos. Argumentan que no sólo se trata de una garantía material o sustantiva, sino también procesal o procedimental, por lo que no pueden imponerse dos castigos a un mismo sujeto y por los mismos hechos, aun en aplicación de normas distintas, cuando no se impongan en un único procedimiento. Consideran que esta unidad de procedimiento no se ha dado en este caso, pues se iniciaron procedimientos paralelos por unos mismos hechos en dos jurisdicciones distintas como son la penal y la de derivación de responsabilidad contable, lo que ha vulnerado el principio del *non bis in idem* y ha supuesto un quebranto del principio de proporcionalidad derivado de la acumulación de sanciones.

La pretensión debe ser rechazada. El seguimiento de un procedimiento penal por la comisión de un eventual delito de malversación y, en paralelo, un procedimiento por responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas, no comporta el riesgo a la acumulación de sanciones que los recurrentes aducen.

Como resaltan las SSTS, Sala 3.^a, de 25 de octubre de 2002 (Rec. 9488/1997) y de 2 de julio de 2004 (Rec. 8924/1999), al Tribunal de Cuentas le corresponde la declaración y exigencia de la responsabilidad por alcance. Esta es una responsabilidad especial, de naturaleza contable, que la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, define como el saldo deudor injustificado de una cuenta de la que deban rendir cuentas las personas que tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Cuando este saldo deudor injustificado se produce, con independencia de que haya existido o no culpa o dolo (como acontecería en supuestos de desfalco o

malversación), el empleado debe reintegrar al Tesoro Público el importe de dicho alcance, por aplicación natural del principio de responsabilidad civil.

Por tanto, el procedimiento de responsabilidad contable únicamente analiza los supuestos en los que el encargado de unos fondos públicos está obligado a retornarlos, sin derivarse de ello ninguna sanción por su comportamiento que, en los supuestos de dolo o culpa, será ventilada en el procedimiento penal o, en su caso, disciplinario. El procedimiento penal, cuando proceda su iniciación, analizará la actuación que motivó cada saldo deudor en la cuenta de fondos públicos, sin entrar a decidir la obligación de retorno y su importe, por corresponder a la jurisdicción contable. De este modo, los dos procedimientos se complementan, pues mientras uno analiza si el funcionario es merecedor de sanción por su comportamiento, el otro sólo vela porque no se produzca un vaciamiento injustificado de los fondos públicos y que estos sean finalmente reintegrados.

Por ello, el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, dispone: «1. *La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria [en este supuesto no ejercida] y con la actuación de la Jurisdicción penal. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la Jurisdicción contable en el ámbito de su competencia*». Y el artículo 38.2 de la misma Ley Orgánica dispone, con respecto a la responsabilidad contable, que «*El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados*», salvo que concurra una causa de exención de los artículos 39 y 40.

De igual manera, el artículo 49, apartado 3, de la Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone: «3. *Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiese de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de*

que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos».

SEXTO.- Estos dos mismos recurrentes entienden que respecto de ellos no puede adoptarse la orden nacional de busca, captura e ingreso en prisión emitida en el Auto de 12 de enero de 2023, por ser titulares de la inmunidad reconocida en el artículo 9 del Protocolo 7 sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea.

La pretensión se sustentó con ocasión de su incorporación al Parlamento Europeo y se desatendió por Auto de este instructor de 10 de enero de 2020.

1. Como se indicó en dicha resolución, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019, dictada en la cuestión prejudicial C-502/19, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación al procesado y hoy condenado Oriol Junqueras Vila, tiene incidencia respecto de los procesados rebeldes Carles Puigdemont Casamajó y Antoni Comín Oliveres, considerando que las sentencias del TJUE son de obligado cumplimiento para todos aquellos que se encuentren en situaciones similares a las contempladas en su jurisprudencia interpretativa y por aplicación de los principios de Primacía y de Efectividad del Derecho Europeo, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

2. Destaca la sentencia que contemplamos que conforme con el artículo 343 del TFUE, los diputados elegidos se benefician de los privilegios necesarios para el cumplimiento de su misión, en las condiciones establecidas en el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión.

Respecto del contenido material de la inmunidad, la sentencia recuerda (apartados 77 y 78) que los miembros del Parlamento Europeo disfrutaban durante su mandato de los privilegios establecidos en el párrafo primero del artículo 9 del Protocolo 7 del TFUE, esto es, que desde que hayan sido

oficialmente proclamados como tales, y aun cuando el Parlamento Europeo no se encuentre reunido en sesión, los parlamentarios europeos gozarán: a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país y b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Añade además (apartado 79 y ss.) que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo ya mencionado, los miembros del Parlamento Europeo gozarán de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este.

En cuanto a la definición de su límite temporal, la sentencia proclama que la inmunidad no se limita al periodo quinquenal de un mandato que se inicia con la apertura del primer periodo de sesiones después de cada elección (apartado 72), sino que la inmunidad de desplazamiento recogida en el párrafo segundo del artículo 9 del Protocolo es apreciable a los miembros proclamados cuando se dirijan a la primera reunión celebrada tras la publicación oficial de los resultados electorales, a fin de garantizar que la nueva legislatura celebre su sesión constitutiva y puedan verificarse las credenciales de sus miembros. De este modo, la sentencia concluye que los miembros del Parlamento Europeo gozan de la inmunidad de desplazamiento antes incluso de que comience su mandato (apartado 80).

La sentencia expresa además la vigencia del privilegio recogido en el párrafo tercero del tan citado artículo 9 del Protocolo, advirtiendo de la necesidad de solicitar del Parlamento Europeo que suspenda la inmunidad de un parlamentario cuando la actuación judicial quede imposibilitada por los privilegios descritos, detallando que tal petición es también exigible cuando la inmunidad de asistencia a la sesión constitutiva se enfrente a una medida de prisión provisional que se considere necesario mantener.

Por último, es importante resaltar que puesto que las condiciones de operatividad de la inmunidad vienen afectadas por el Derecho de las legislaciones nacionales, a las que el artículo 9 del Protocolo se remite, la sentencia incide en puntualizar que debe garantizarse, en todo caso, que el

Parlamento Europeo tenga total capacidad de cumplir las misiones que le han sido atribuidas (apartado 76 de la sentencia).

3. Es evidente que la situación procesal de rebeldía de los recurrentes ha impedido que su inmunidad de asistencia (recogida en el párrafo segundo del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión), resulte afectada en la situación actual del proceso. A diferencia del procesado Oriol Junqueras, la situación de prófugos de la justicia en que se encuentran Carles Puigdemont y Antoni Comín conduce a que sus desplazamientos a las sesiones parlamentarias se verifiquen por sí mismos y al margen de cualquier restricción de libertad de este instructor, de manera que ni deben adoptarse medidas judiciales orientadas a que el Parlamento Europeo pueda operar con plena capacidad a la hora de cumplir la función que tiene encomendada, ni resulta preciso interesar la suspensión de la inmunidad para posibilitar una privación de libertad que esté impidiendo la completa constitución de la Cámara.

4. Respecto de la inmunidad prevista en la letra a) del párrafo primero del artículo 9, en lo que hace referencia a su operatividad en el territorio español al que pertenecen los recurrentes, el Protocolo 7 del TFUE les atribuye los privilegios reconocidos a los miembros del Parlamento nacional.

Esta remisión comporta la viabilidad de las órdenes de búsqueda, detención e ingreso en prisión adoptadas con posterioridad al procesamiento de los recurrentes, sin que las mismas estén condicionadas a la petición de suplicatorio o de alzamiento de la inmunidad que les afecta.

Los recurrentes sostienen lo contrario, pretendiendo que la inmunidad tenga un semejante alcance en el propio territorio nacional que en el territorio de cualquier otro Estado miembro, contrariando con ello la diversidad que proclama el artículo 9.a) del Protocolo 7. Para ello identifican la tesis sostenida en el auto de esta Sala de 1 de diciembre de 1989 y denuncian que el posicionamiento de la indicada resolución fue obviado por la Sala en su decisión de 14 de mayo de 2019. Aducen los recurrentes que, tras abrirse el

juicio oral contra los encausados por la Audiencia Nacional, y tras adquirir el Tribunal Supremo competencia para su enjuiciamiento como consecuencia de sobrevenir la condición de parlamentarios electos en los acusados, este Tribunal cursó suplicatorio a la Cámara Legislativa para su enjuiciamiento.

La resolución invocada, no realiza un análisis de las razones que conducen a la exigencia del suplicatorio en ese momento procesal. Por el contrario, en el auto de esta Sala de 14 de mayo de 2019 se destaca que el artículo 71 de la CE recoge dos prerrogativas para los parlamentarios españoles: la inviolabilidad (en el plano sustantivo) y la inmunidad (en el plano procesal). La inviolabilidad supone la irresponsabilidad penal de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas o los votos emitidos en el ejercicio de la función parlamentaria. La inmunidad es un mecanismo de protección de los mismos frente a cualquier detención (salvo flagrante delito), o frente al sometimiento a un proceso penal. Pero la inmunidad cede cuando la Cámara correspondiente concede la pertinente autorización.

Analizó esta resolución si en el actual estado de un procedimiento ordinario resultaría obligado recabar esa autorización parlamentaria, activando así el correspondiente suplicatorio. Una cuestión que debe resolverse en sentido negativo, no solo respecto de aquellos supuestos en los que se accede a la condición de parlamentario estando pendiente la celebración de un juicio oral previamente aperturado (como en dicha resolución se contemplaba), sino respecto de cualquier parlamentario que acceda al cargo después de su procesamiento.

Para este posicionamiento, desde una perspectiva constitucional, la resolución de 14 de mayo de 2019 destacaba que el artículo 71.2 de la CE proclama que los Diputados y Senadores no podrán ser *«inculcados ni procesados»* sin la previa autorización de la Cámara respectiva, recordando que el significado de la voz procesamiento contempla una resolución judicial motivada que, en el seno del procedimiento ordinario por delitos (art. 384 LECRIM), confiere judicialmente el *«status»* de imputado, determinando, aun

de forma interina o provisoria, la legitimación pasiva, y que constituye un presupuesto previo e indispensable de la acusación.

Destacó la resolución de la Sala que en el mismo sentido se manifiestan los reglamentos de las Cámaras legislativas. El artículo 11 del Reglamento del Congreso indica que los Diputados no podrán ser «*inculcados ni procesados*» sin la previa autorización del Congreso. El artículo 22.1, párrafo segundo, del Reglamento del Senado señala que los senadores no podrán ser «*inculcados ni procesados*» sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del correspondiente suplicatorio.

Concluía la resolución que esta interpretación, es coherente con el significado histórico de la garantía de inmunidad y, lo que es más importante, es la única sostenible a partir de una lectura constitucional del proceso penal.

Siguiendo aquella resolución, este instructor destaca que entender que la inmunidad opera más allá del momento procesal literalmente marcado en las normas anteriores supondría desbordar el espacio constitucionalmente reservado a esa garantía. Implicaría olvidar que la inmunidad protege frente a la apertura de procesos concebidos para alterar y perturbar el normal funcionamiento de la cámara legislativa, no para impedir el desenlace de una causa penal en la que el diputado o senador electo ha sido ya procesado, soportando el ejercicio de la acción penal desde un momento previo a la constitución de las cámaras y a su propia incorporación como miembro de cualquiera de ellas. Como reflejaba la mencionada resolución, la exigencia de autorización legislativa para que el poder judicial culmine un proceso penal iniciado cuando los procesados no eran diputados o senadores electos, supondría subordinar el ejercicio de la potestad jurisdiccional a una tutela parlamentaria ajena al equilibrio de poderes diseñado por el poder constituyente.

Igual interpretación se deriva de la legalidad ordinaria recogida en los artículos 750 a 756 de la LECRIM (Título I, Libro IV) y la Ley de 9 de febrero de 1912. Destaca la doctrina de esta Sala que ambas regulaciones son

preconstitucionales y plantean numerosos problemas interpretativos, identificándose en la resolución que venimos contemplando la necesidad de interpretar ese cuadro normativo conforme a lo establecido en el artículo 71 de la CE y, desde otra perspectiva, a la luz del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE, pues al tratarse la inmunidad de un privilegio -de innegable y legítima constitucionalidad- debía ser objeto de interpretación restrictiva (en el mismo sentido el ATS de 12 de enero de 2015, con cita de los ATS de 24 de marzo de 1983, 8 de julio de 1986 o 12 y 27 de julio de 1993, entre otros).

En lo que interesa a la situación procesal en que se encuentran los aquí recurrentes, la resolución destacaba la rúbrica del Título I del Libro IV de la LECRIM (*«Del modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes»*), así como la literalidad del artículo 750 de la LECRIM, que considera que la autorización de la Cámara es precisa si el Juez o Tribunal encuentra méritos *«para procesar»* a un senador o diputado a Cortes. Y remarcaba que una interpretación gramatical y sistemática, asociada a la naturaleza misma de la prerrogativa de la inmunidad, avala la idea de que la autorización del órgano legislativo es necesaria *«para procesar»*, esto es, para atribuir a un diputado o senador electo la condición formal de parte pasiva, sujetándolo a un proceso penal que podría afectar al normal funcionamiento de las tareas legislativas.

Se trata, por tanto, de una previsión a futuro. El sentido constitucional de la inmunidad y su propia justificación histórica no permiten igualar la autorización para procesar con la homologación parlamentaria del ya procesado. Carece de justificación constitucional que el normal desarrollo de un proceso terminado en su investigación, y cuya prosecución se ha malogrado por no estar los procesados a disposición de la Justicia y por proscribirse en nuestro ordenamiento jurídico el enjuiciamiento en su ausencia, exija para su normalidad democrática el nihil obstat del órgano parlamentario. Como indicábamos en la resolución de 14 de mayo de 2019, no forma parte de las garantías propias del estatuto personal del diputado o senador imponer una

valoración retroactiva de la incidencia que ese proceso penal puede tener en la normal actividad de las Cámaras.

Por otra parte, también está presente esta idea en la Ley de 9 de febrero de 1912 cuando señala que solo al Tribunal Supremo le corresponde la facultad de pedir autorización al Senado o al Consejo «*para procesar*» a un Senador o Diputado (cfr. art. 5).

De este modo, como se ha indicado inicialmente, puesto que los recurrentes fueron procesados por auto de 21 de marzo de 2018 (declarado firme tras la tramitación de unos recursos carentes de efecto suspensivo), la inmunidad que alcanzaron el 13 de junio de 2019 con ocasión de su proclamación como miembros electos del Parlamento Europeo (proceso electoral convocado por Real Decreto 206/2019, de 1 de abril), no impone la solicitud de suplicatorio para la adopción de las medidas adoptadas, menos aun cuando la sentencia del TJUE, en su parte dispositiva de la resolución, contempla la posibilidad de que tales medidas sean mantenidas. Sin perjuicio, como así se deriva del contenido de la STJUE, que en la hipótesis de que en un futuro los procesados fueran materialmente privados de libertad en España, si se llegara a considerar justificado y eficaz mantener su prisión más allá del tiempo preciso para recibirles declaración, no se excluiría (tal y como el TJUE contempla) la autorización de asistir a las distintas reuniones parlamentarias, siempre que no se hubiera suspendido su inmunidad conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo.

SÉPTIMO.- La representación de Clara Ponsatí Obiols aduce que habiéndose dejado sin efecto la orden nacional, europea e internacional de detención emitidas contra la recurrente el 4 de noviembre de 2019, no puede seguirse el procedimiento y emitir una nueva orden nacional de detención sin petitionar un nuevo suplicatorio al Parlamento Europeo del que forma parte.

La decisión del Parlamento Europeo sobre la solicitud de suspensión de la inmunidad de Clara Ponsatí se adoptó considerando que era objeto de un procedimiento (la causa especial n.º 3/20907/2017) y que los actos por los que

fue procesada se cometieron en 2017 y habían motivado el ejercicio de la acción penal por un presunto delito de sedición previsto en los artículos 544 y 545 del Código Penal español. Considera igualmente que el procedimiento estaba culminado con Auto firme de procesamiento y que había sido suspendido hasta que Clara Ponsatí fuera localizada, lo que supone que la decisión de *«suspender la inmunidad de que goza Clara Ponsatí Obiols en virtud del artículo 9, párrafo primero, letra b), del Protocolo n.º 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea»*, alcanza a los cargos o actuaciones en los que se asentaba la petición y el procedimiento, no a una calificación jurídica de los hechos, entonces todavía sin realizar por las acusaciones.

Concretamente, en su *Considerando V*, el Parlamento Europeo centra el objeto de la decisión en los hechos y procedimiento por los que fue procesada, nunca en cuál fuera la calificación jurídica de los hechos conforme al derecho interno del Estado miembro, susceptible de ser modificada en los actos procesales subsiguientes, en la sentencia o -como ha ocurrido-, en virtud de modificaciones legislativas adoptadas por su propio Parlamento Nacional. En dicho apartado el Parlamento Europeo acuerda la suspensión de la inmunidad *«considerando que los hechos que se le imputan se cometieron en 2017 y que la causa penal en cuestión se inició contra Clara Ponsatí Obiols en 2018; que, sobre esta base, no cabe afirmar que el procedimiento judicial se iniciara con la intención de obstaculizar la futura actividad política de Clara Ponsatí Obiols como diputada al Parlamento Europeo, puesto que en aquella fecha la adquisición de dicha condición no era sino una hipótesis de futuro»*.

En todo caso, elude el recurso que la orden de detención que impugnaba en este recurso es de ámbito nacional, lo que la hace ajena al Acuerdo de Suspensión del Parlamento Europeo. Así se deriva de lo expuesto en el fundamento anterior de esta resolución y lo refleja el propio Acuerdo del Parlamento Europeo en su *Considerando N y O*. En el primero recoge *«que no corresponde al Parlamento Europeo interpretar las normas nacionales en materia de privilegios e inmunidades de los parlamentarios»*, por contraposición al segundo, en el que refleja que *«según el artículo 9, párrafo*

primero, letra b), del Protocolo n.º 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, los diputados al Parlamento Europeo gozan, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial».

OCTAVO.- En el recurso interpuesto por Clara Ponsatí i Obiols, se reprocha que la orden nacional de detención se haya emitido sin haber sido procesada por el delito de desobediencia en el Auto de 21 de marzo de 2018 y sin que este delito presente homogeneidad con los delitos de rebelión o sedición. Sin desarrollo argumental se sostiene que no existe ninguna base fáctica o legal que permita proceder contra ella y por unos hechos que estarían prescritos de conformidad con el artículo 131.1 del Código Penal en relación con el artículo 410 del mismo texto legal.

El recurso elude la naturaleza del Auto de procesamiento y que nos encontramos en la fase inicial del procedimiento penal que, en su caso, conducirá a la definición del título de acusación. El Auto de procesamiento, como se ha expresado en otras ocasiones, define los hechos que se consideran definitorios de una eventual responsabilidad penal, pero no comporta una calificación definitiva del tipo penal en el que pueden ser subsumibles. Desde esta consideración el Auto de procesamiento recoge los hechos que, una vez derogado el delito de sedición, definen la posible comisión de un delito de desobediencia, concretamente los requerimientos realizados por el Tribunal Constitucional a la recurrente y las actuaciones que pudo desarrollar Clara Ponsatí para eludir el comportamiento impuesto. Y, en ese contexto y considerando la reforma legal, el Auto impugnado fundamenta por qué los hechos atribuidos a la recurrente pueden ser constitutivos del delito de desobediencia y las razones que justifican ordenar su detención.

No existe tampoco ninguna afectación a la homogeneidad de los tipos penales que, por respeto al principio acusatorio y al derecho de defensa, impone una congruencia entre el título de acusación y el título de condena cuando sean divergentes.

Por último, la alegación de que está prescrita su responsabilidad está tan infundada como no fundamentada. Aunque desde la comisión de los hechos ha transcurrido un tiempo que supera el plazo de cinco años legalmente previsto para la prescripción del delito de desobediencia (art. 131.1 del Código Penal), el recurso desconoce lo dispuesto en el artículo 132.2 del Código Penal, que establece que *«La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento»*. La prescripción, en este supuesto, ha sido permanentemente interrumpida y reiniciado su cómputo en virtud de innumerables actos judiciales que han determinado un efectivo avance del procedimiento seguido contra la recurrente, bastando citar, a título ejemplificativo: la admisión a trámite de la querella, la llamada de la recurrente por requisitoria o su declaración de rebeldía, las órdenes de detención europeas, su tramitación de entrega, la petición del suplicatorio al Parlamento Europeo, el Auto de procesamiento o los Autos resolviendo los recursos de reforma y apelación formulados contra el Auto de procesamiento por su representación procesal.

NOVENO.- La última de las alegaciones de la recurrente contra su orden nacional de detención se centra en que se ha emitido sin haber sido previamente citada de comparecencia, además de entender que se trata de una actuación desproporcionada que se ha cursado con ocasión de la posible perpetración de un delito que no lleva aparejada pena privativa de libertad.

La alegación de falta de citación es acrítica y meramente formal. La emisión de las correspondientes requisitorias o su declaración de rebeldía fueron notificadas a su representación procesal. Esta circunstancia y los recursos que se han interpuesto contra las distintas resoluciones emitidas por este instructor, incluyendo la actual orden de detención, evidencian el pleno conocimiento de que Clara Ponsatí está requerida para prestar declaración en calidad de investigada en este procedimiento. Y no sólo se constata que el conocimiento ha llegado a su postulación, sino que la oposición a ser entregada que sostuvo la recurrente en el país de ejecución, evidencia que

tiene una constancia personal. Consecuentemente, habiendo indicios de responsabilidad delictiva en la recurrente y constando que la prosecución del procedimiento está paralizada por su actuación obstativa, no puede suspenderse el procedimiento sin agotar los mecanismos legalmente dispuestos para superar la ocultación de cualquier encausado por responsabilidad penal.

La orden de detención descansa así en las específicas previsiones de los artículos 492 y 495 de la LECRIM, sin perjuicio, claro está, de que la detención se limitará al tiempo estrictamente indispensable para garantizar la prosecución del proceso, precisamente por el gravamen que la medida comporta para la libertad personal de la investigada y por la dificultad de compensar la duración de la detención con la pena que en su día pudiera recaer, tal como se ha procedido con respecto a otras encausadas que estaban en su misma situación procesal.

DÉCIMO.- 10.1. Por la Abogacía del Estado se denuncia que el instructor ha realizado un juicio cerrado de subsunción típica de los hechos.

En esencia, subraya que nos encontramos ante un procedimiento ordinario en el que al instructor sólo se le encomienda la fase de investigación, reservándose al órgano de enjuiciamiento la fase intermedia y de juicio oral en su caso. Consecuentemente, considera que las acusaciones tienen plena capacidad para realizar su calificación acusatoria y que será la Sala de enjuiciamiento la que deberá resolver sobre ella. Por ello, defiende que la calificación de los hechos realizada en el Auto impugnado limita sus posibilidades de parte a nivel interno y externo. A nivel interno, en la medida en que puede excluir la investigación (incluso en la declaración indagatoria), de aquellos hechos que sean ajenos a la calificación sustentada, delimitando negativamente el objeto del proceso y restringiendo precipitadamente las facultades acusatorias. A nivel externo, por las consecuencias que comporta el principio de especialidad que recoge los artículos 8.1 d) y 27.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la Unión. El principio de

especialidad supone que la persona entregada en virtud de una Orden de Detención Europea no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de aquella que hubiera motivado su entrega, consecuentemente, una OED cursada únicamente por el tipo penal considerado por el instructor, en este caso el delito de malversación, limita las posibilidades efectivas de la pretensión acusatoria por el delito de desórdenes públicos agravados.

10.2. Nuestra reciente sentencia 133/2018, de 20 de marzo, sintetiza el alcance del Auto de procesamiento y la función que al Juez de Instrucción corresponde.

El artículo 384 de la LECRIM dispone que *«Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias...»*. Y en aquella sentencia decíamos, recordando la STS 78/2016, de 10 de febrero, que el Auto de procesamiento representa, en el ámbito del procedimiento ordinario, la resolución por la que el Juez de Instrucción formaliza la inculpación y delimita objetiva y subjetivamente el proceso. Y lo hace mediante una resolución motivada que encierra la provisionalidad, derivada tanto de su naturaleza como acto de inculpación susceptible de ser dejado sin efecto en atención al resultado final de la investigación, como de la singular configuración de la fase intermedia en nuestro sistema (art. 627 LECRIM). Con su dictado el Juez de Instrucción expresa la asunción jurisdiccional de los indicios que justificaron la imputación. Del mismo modo, determina la legitimación pasiva, al convertirse en un requisito previo de la acusación, hasta el punto de que nadie puede ser acusado sin haber sido previamente procesado.

También en aquella sentencia recordábamos que no faltan autores que reducen el alcance del auto de procesamiento a la delimitación subjetiva del proceso, pero sin capacidad para condicionar al Fiscal o al resto de las acusaciones para definir en sus respectivos escritos de conclusiones los presupuestos fácticos que habrían de ser objeto de debate en el acto del juicio

oral. Y subrayábamos que la literalidad del artículo 650.1 de la LECRIM quizás alentaba esta interpretación, en la medida en que, al describir el contenido de la conclusión fáctica del escrito de conclusiones provisionales, alude a los "*... hechos punibles que resulten del sumario*". De acuerdo con este enunciado, la búsqueda del soporte fáctico que las acusaciones pueden rescatar para integrar el hecho por el que se formula acusación, no tendría que limitarse al auto de procesamiento, sino que podía alcanzar a cualquier otro hecho que hubiera sido puesto de manifiesto durante la instrucción del sumario. La única exigencia para descartar la vulneración del derecho de defensa habría que asociarla al hecho de que esa imputación pudiera ser objeto de debate contradictorio en el plenario.

Pero ya indicamos que no era éste el criterio que asume la Sala. El Auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces "*una moderación y una prudencia exquisitas*", es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del artículo 650.1 de la LECRIM conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que las acusaciones pudieran formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querella. Esos hechos resultan del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

También admitimos que el grado de vinculación entre el Auto de procesamiento y el escrito de acusación no puede entenderse más allá de sus justos términos y, por ello, reconocíamos que la formulación de las conclusiones provisionales corresponde a las acusaciones. Es a ellas a

quienes concierne identificar qué va a ser objeto de acusación, contra quién va a dirigirse la pretensión punitiva y cuál será la calificación. El Juez de instrucción no puede exigir de las acusaciones que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el Auto de procesamiento y, desde luego, podemos añadir que al Juez de Instrucción no le corresponde cerrar esa calificación. Las acusaciones pueden no incorporar a su acta de acusación algunos de los hechos acogidos en el Auto de procesamiento. Pueden también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Pueden no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados procesados por el Juez. Están facultadas, como es lógico, para instar la revocación del Auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de Instrucción (cfr. art. 627 LECRIM). Pero si descartan el sobreseimiento libre o provisional (arts. 637, 641 y 642 LECRIM) y se inclinan por formular acusación, puede hacerlo en los términos de valoración jurídica que consideren procedentes, siempre que no desborden el relato fáctico dibujado por el Juez de Instrucción o no acusen a quien previamente no haya sido declarado procesado.

Sin embargo, el reconocimiento de la libertad acusatoria siempre que exista una correlación entre el enunciado fáctico proclamado por el Juez Instructor y el que luego asumen los escritos de las acusaciones, no supone que el Juez de Instrucción deba mantenerse ajeno o distante de la calificación durante el trámite de investigación, pues existen otros espacios procesales, no de menor relevancia, que van a exigir que el instructor entre en el juicio de subsunción de los hechos investigados.

Dentro de las funciones del Juez de Instrucción, con expresa previsión en el artículo 299 de la LECRIM, no sólo aparecen las actuaciones encaminadas al descubrimiento de los hechos y de sus responsables, con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación o en la culpabilidad de los partícipes, sino también a preparar el juicio y asegurar las

personas responsables. Y esta obligación de aseguramiento es una función esencial del procedimiento que confluye además con la obligación que tiene el Juez de garantizar los derechos fundamentales de los sometidos a proceso. El contenido de privación de libertad que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida excepcional que sólo puede descansar en los presupuestos que constitucionalmente pueden llegar a legitimarla y, entre ellos y como primera premisa, la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva y de la ponderación de su concreta dimensión típica. No sólo la existencia de una posible responsabilidad penal es un presupuesto ineludible para la adopción judicial o el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional, sino que una calificación de los hechos que se imputan y, en su caso, la correcta atribución de un pronóstico de pena a los mismos, son elementos esenciales para evaluar la congruencia de la medida con los fines perseguidos por la Justicia.

De este modo, el examen sobre la tipicidad del comportamiento atribuido a los acusados, precisamente a partir del momento de entrar en vigor la reforma del Código Penal operada por la LO 14/2022, resultaba obligado respecto de unos procesados contra los que se adoptó la decisión de prisión provisional (art. 503 LECRIM), más aún cuando está acompañada de una orden de detención europea que exige que la petición de persecución internacional responda a unos hechos para los que el Estado emisor tenga prevista una pena privativa de libertad superior a una duración determinada.

Ese es el contexto en el que se realizó una reevaluación de cuál era la dimensión típica de los hechos enjuiciados a partir de la reforma del Código Penal y, con ella, se adoptaron las decisiones que el recurso cuestiona. En primer lugar, se acordó dejar sin efecto la busca y captura e ingreso en prisión, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención acordadas en esta causa contra Carles Puigdemont i Casamajó; Antonio Comín i Oliveres; Lluís Puig i Gordi; Clara Ponsatí i Obiols y Marta Rovira i Vergés, por entender el instructor que habían cambiado, por derogación y

modificación legislativa, los tipos penales que se les atribuyen y que motivaron su emisión.

Después se acordó la busca y captura e ingreso en prisión, como presuntos autores de sendos delitos de desobediencia y malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal, de Carles Puigdemont i Casamajó, Antonio Comín i Oliveres, y Lluís Puig i Gordi. Además de acordarse la detención, a efecto de recibirles declaración por el delito de desobediencia que se les imputa, de Clara Ponsatí i Obiols y Marta Rovira i Vergés.

Sin perjuicio de la libertad de criterio con que las acusaciones formulen en su día una eventual calificación provisional de los hechos atribuidos a los investigados, lo que resulta inviable es que este instructor (con una investigación terminada y ante un debate únicamente jurídico), sin ejercer las funciones de garantía que le corresponden en cuanto al mantenimiento de las medidas cautelares, las convalide y permita su subsistencia pese a evaluar que se ha modificado el presupuesto constitucional para su adopción y que se pueden contravenir las exigencias normativas establecidas en la ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Decisión Marco 2002/584/JAI y en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre. Se abordó un juicio de tipicidad ineludible respecto del estado del proceso, sin perjuicio, claro está, del derecho de las acusaciones a impugnarlo o a sustentar una calificación provisional conforme a su consideración jurídica y que, más allá de su efecto en las medidas cautelares, pueda tener relevancia en el enjuiciamiento definitivo de las conductas.

10.3. Lo expuesto no se modifica por las limitaciones al enjuiciamiento que, en la eventualidad de emitirse nuevas órdenes europeas de detención, puedan derivarse del principio de especialidad en entregas ejecutadas por otros países de la Unión.

El Auto impugnado especifica que la emisión de nuevas euroórdenes es actualmente inviable respecto de tres investigados que se benefician de los

privilegios de la inmunidad en su condición de miembros del Parlamento Europeo (art. 9 del Protocolo 7 ya citado). Respecto de Lluís Puig, se plasmó la oportunidad de esperar a que el TJUE resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas por este instructor, particularmente en lo relativo a la posibilidad de reiterar la petición de su entrega a un Estado de ejecución que la hubiera denegado previamente. En todo caso, las eventuales órdenes europeas de detención que puedan llegar a dictarse en un futuro responderán a la petición de las partes (art. 39.3 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre) y ese será el momento oportuno para evaluar los términos de la petición que se curse y si cumple las exigencias de las que se hace depender su emisión.

Es cierto que el estado de la causa no invita a pensar que pueda alterarse el pronóstico de tipicidad que ahora se expresa o el que resulte de los eventuales recursos de apelación que puedan interponerse contra esta resolución, por lo que es factible que la calificación se proyecte en las euroórdenes que eventualmente se emitan en un futuro, lo que condicionaría el espacio de acusación como consecuencia del principio de especialidad, según el cual una persona que ha sido entregada no puede ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega. Pero ese condicionamiento futuro no derivaría de una indebida extensión de la actividad del instructor en el Auto que ahora se impugna, sino: a) del principio de tipicidad penal; b) de que la detención se produzca en otro Estado de la Unión; c) de los requerimientos de legalidad existentes para las peticiones de colaboración judicial entre miembros de la Unión Europea y d) de que el principio de especialidad supone el reconocimiento de un espacio de soberanía al Estado de Ejecución consistente en que puede excluir -o no- que la persona entregada sea acusada, condenada o privada de libertad por un delito distinto del que motivó su entrega.

UNDÉCIMO.- 11.1. Por último, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal recurren el Auto de 12 de enero de 2023 aduciendo que la derogación de los artículos 544 a 549 (Delito de Sedición, anteriormente previsto en el Capítulo I, del Título XXII, del Libro II del Código Penal), no impide que los acusados sean

condenados por un delito de desórdenes públicos del artículo 557 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

Consideran los recurrentes que si los hechos eran subsumibles en el delito de sedición derogado y lo son ahora en el nuevo delito de desórdenes públicos agravados del artículo 557 del Código Penal, debería de aplicarse la Disposición Transitoria Primera de la LO 14/2022 y ello llevaría a la punición de los hechos como un delito de desórdenes públicos del nuevo texto legal y no como el delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal que la resolución impugnada contempla.

Desde este prisma de análisis, subrayan que el comportamiento de los encausados satisface las exigencias típicas del nuevo delito de desórdenes públicos agravados y que este tipo penal es aplicable porque recoge una previsión punitiva más favorable para los encausados que el anterior delito de sedición. En concreto, subrayan que el comportamiento de los encausados es subsumible en el delito de desórdenes públicos, porque la sentencia de 14 de octubre de 2019 proclamó unas *actuaciones tumultuarias con resultado de alteraciones graves del orden público, dificultades y cortes en la circulación, invasión de instalaciones y edificios con grave afectación del funcionamiento de la Administración de Justicia y de los servicios esenciales de tales centros, actos de intimidación y violencia sobre personas y cosas, daños que se produjeron en numerosos momentos y escenarios, y sobre todo graves y, en ocasiones, violentos enfrentamientos de miles de ciudadanos movilizados a tales efectos con las fuerzas y cuerpos de seguridad en los días 20 de septiembre (hecho probado 9) y 1 de octubre de 2017 con motivo de la celebración del referéndum ilegal (hecho probado 12).*

11.2. Los recursos interpuestos omiten una correcta lectura de la norma de Derecho transitorio recogida en LO 14/2022, de 22 de diciembre, así como de los principios reguladores de la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables.

La Disposición Transitoria Primera de la LO 14/2022, dispone:

«1. Los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

3. En todo caso, será oído el reo».

11.3. Con este redactado, la Disposición Transitoria exige una comparación entre el resultado de aplicar la regulación vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar y el resultado de abordar el enjuiciamiento conforme a la nueva ley al completo. La comparación no ha de ser genérica o alejada de los hechos enjuiciados, sino que debe ajustarse al *principio de concreción*, tal y como expresó la Gran Sala del TEDH con ocasión de la opinión consultiva reclamada por el Tribunal Constitucional de Armenia (segunda opinión emitida por el TEDH tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 al Convenio), respecto del artículo 7 del Convenio y, más concretamente, sobre el principio de irretroactividad del Derecho penal y su aplicación en supuestos de comparación entre las disposiciones penales vigentes en el momento de la comisión de un presunto delito y las exigencias o previsiones modificadas en una ley posterior.

En 2018 R. Kocharyan, antiguo presidente de Armenia (1998-2008), fue acusado de haber cometido el delito de «*subvertir el orden constitucional*» (art. 300 del Código Penal), esencialmente por haber declarado el estado de emergencia y haber utilizado las fuerzas armadas para sofocar las protestas organizadas durante los meses de febrero y marzo de 2008, tras las

elecciones de 19 de febrero de 2008. Su acusación se sostuvo a partir de las disposiciones del Código Penal introducidas en una modificación de 2009, esto es, en una reforma legal operada con posterioridad a su actuación. En algunos aspectos la nueva ley había definido el delito de manera más amplia a la contemplada en el Código Penal vigente a la fecha de perpetración de los hechos (por ejemplo, ya no se exigía el uso de violencia) y, en otros, lo hacía de forma más estricta, en especial dejaba más limitado el hecho punible. En todo caso, en aquel supuesto ambas previsiones legales contemplaban una misma pena. El Tribunal de primera instancia competente para enjuiciamiento de los hechos presentó una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Armenia que, a su vez, solicitó al TEDH que emitiera una opinión consultiva. En su respuesta, la Gran Sala subrayó que la jurisprudencia del TEDH prohíbe la aplicación retroactiva del Derecho penal en perjuicio del acusado y expresó que para determinar si la modificación de la definición típica favorecía o perjudicaba al acusado, los tribunales debían tomar en consideración las circunstancias específicas del caso concreto y no las definiciones de los delitos en abstracto.

11.4. En el caso concreto, se constata que la aplicación de la norma penal vigente en la fecha de la perpetración de los hechos apunta a la que los encausados Carles Puigdemont, Antoni Comín y Clara Ponsatí pudieran ser responsables de un eventual delito de sedición del artículo 544 del Código Penal.

Paralelamente, la aplicación a los encausados de la nueva regulación penal no conduciría a la punición que sostienen los recursos, sino a un efecto muy diferente. Como se ha expresado, por expresa exigencia de la Disposición Transitoria Primera, la aplicación de la nueva ley debe ser completa y los recurrentes eluden esta exigencia. La LO 14/2022, no sólo se compone de un nuevo redactado del artículo 557 del Código Penal (que la ley plasma en su artículo *Primero veintiuno*), sino que está dotada del artículo *Primero veinte*, en el que «se suprime el capítulo I del título XXII del libro II, integrado por los artículos 544 a 549». Consecuentemente, como se indica en el Auto impugnado, la LO 14/2022 no ha modificado el delito de sedición para sujetarle

a unas nuevas exigencias legales o minorar su pena, sino que lo ha derogado. Y puesto que las acusaciones no pueden fraccionar las previsiones de la nueva ley y eludir esta derogación, la aplicación de la reforma comporta una despenalización del artículo que se mostraba aplicable conforme a la legislación anterior. Una previsión normativa indudablemente más favorable para los acusados que la que resulta del redactado penal anterior.

11.5. Desde esta derogación, aplicar a los encausados un precepto sancionador de nuevo cuño sólo resulta posible si los requisitos de tipicidad del nuevo precepto estaban ya reflejados como comportamientos antijurídicos y punibles en el Código Penal que regía la conducta del autor al momento de los hechos y siempre que la nueva norma contemple una pena inferior.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al recoger que: *«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»*. Lo reitera el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, recogiendo que: *«Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida»*. Y lo plasma además el art. 17 de la Constitución Española, al indicar que *«Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma previstos en la Ley»*, completándose en nuestro ordenamiento jurídico con el artículo 2 del Código Penal, cuyo tenor literal expresa que: *«No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración»*.

Sólo cuando todos los elementos constitutivos de la nueva infracción estuvieran recogidos en las prohibiciones penales vigentes a la fecha de la perpetración de los hechos, permitiendo a un individuo conocer la ilegalidad de

su comportamiento al momento de actuar, podría el sujeto ser sancionado conforme a un tipo penal que no estuviera entonces en vigor y siempre que la nueva pena le resulte favorable. Así lo exige el artículo 2 del Código Penal, fruto de la plena aplicación que recoge la Disposición Transitoria Primera de la LO 14/2022.

11.6. La tipificación recogida en el derogado delito de sedición no proyectaba la antijuricidad de todos los elementos que se exigen para la punición del actual artículo 557 del Código Penal o, en sentido inverso, nadie que entonces atacara el orden público en los términos que ahora contempla el artículo 557 del Código Penal, podría considerar que transgredía el mandato prohibitivo del legislador expresado en el delito de sedición.

El delito de desórdenes públicos agravados es aplicable a quienes *«actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, ejecuten actos de violencia o intimidación:*

- a) Sobre las personas o las cosas; u*
- b) obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o*
- c) invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares».*

El delito de sedición del artículo 544 sancionaba entonces a quienes *«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».*

Es evidente que quien actuó con un alzamiento tumultuario en el año 2017, supo que abordaba un comportamiento en grupo y conoció de la

ilegalidad de su iniciativa. También supo que alcanzar sus fines con violencia o intimidación estaba prohibido por el legislador, pues la tipificación del delito de sedición recogía la ilegalidad del uso de la fuerza o de cualquier actuación fuera de las vías legales. Pero el delito de sedición presentaba un comportamiento bien diferente al de la conducta antijurídica por la que se pretende que se condene hoy a los encausados. La actuación delictiva entonces vigente exigía el conocimiento y la intención de atacar, no el orden público o la armonía en ciertas parcelas de las relaciones humanas, sino el principio de autoridad o las estructuras de decisión de un Estado democrático. Un bien jurídico protegido que, aun siendo próximo, no resulta en absoluto equivalente al orden público. Como ya se expresó en la resolución impugnada, una cosa es la intención de los encausados de desbordar el orden constitucional y lograr, directa o indirectamente, pero fuera de las vías legales, un nuevo orden territorial y político, y otra bien distinta son los comportamientos más insignificantes de transgresión de las ordinarias reglas de convivencia en grupo, que constituyen el bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos. Algo que confirmó la propia sentencia de 14 de octubre de 2019 al evaluar la transcendencia sustantiva del comportamiento enjuiciado y que reitera el Auto de la Sala de 13 de febrero de 2023 al expresar que *«El delito de sedición que ha sido derogado estaba llamado a proteger, por tanto, el orden público en una dimensión que desborda el espacio de tipicidad del nuevo art. 557 del CP. Hablamos -reiterando las palabras de nuestra sentencia- del "...interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales". Lo que ahora ha quedado extramuros de la angosta tipicidad que proporciona el nuevo art. 557 del CP como delito contra el orden público»*.

Consecuentemente, el delito de sedición entonces previsto no pudo prevenir a los autores sobre la antijuricidad de los comportamientos en los que se pretende hacer descansar su responsabilidad por el actual delito de desórdenes públicos. Unas dificultades y cortes en la circulación, la invasión de un edificio público, o los actos de intimidación y violencia sobre personas y cosas que presenta el Ministerio Público como base de una atribución del

delito de desórdenes públicos, aisladamente considerados no podrían integrar el delito de sedición precisamente por faltar la finalidad del precepto y, consecuentemente, no pudieron ser evaluados por los encausados como determinantes de la antijuricidad de su comportamiento y posibilitar que sean ahora condenados por hacer lo que entonces no era delito.

11.7. La representación de antijuricidad de estas conductas sí pudo derivarse de otros preceptos penales, concretamente de los delitos contra el orden público entonces vigentes.

En su artículo 557.1, el Código Penal sancionaba a *«Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo»*.

El precepto reflejaba con claridad la antijuricidad de los violentos comportamientos identificados en el recurso. Pero el precepto únicamente preveía sanción penal para quienes los ejecutaran directamente, empleando la violencia o la amenaza de violencia como instrumento, sin que la concreta conducta que se atribuye a los encausados se ajuste a ese comportamiento.

En su número 2, el artículo 557 también sancionaba a *«quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo»*. Pero desde un análisis concreto de los hechos, tampoco constan indicios de que los encausados impulsaran a otros a que actuaran con violencia o a que amenazaran con ella, impidiendo con ello que puedan ser considerados autores mediatos de los actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas que se desarrollaron.

Es cierto que para el delito de rebelión se sostuvo la responsabilidad de los encausados por los actos de violencia que otros sujetos desarrollaron el día 1 de octubre de 2017, pero nunca se sustentó que los encausados impulsaran esa violencia de un modo directo. La tesis del Auto de

procesamiento fue que determinados investigados debían responder de la violencia a título de dolo eventual. En concreto, se argumentó que la movilización social impulsada por estos sujetos había desembocado en significativos actos de violencia sobrevenidos en las inmediaciones de la Consejería de Vicepresidencia, Economía y Hacienda de la Generalitat de Cataluña el día 20 de septiembre de 2017, de modo que los encausados que después de esos hechos siguieron impulsando la movilización del día 1 de octubre (más aún después de las concretas advertencias realizadas por los mandos de los Mossos d'Esquadra), necesariamente se hubieron de representar la probabilidad de que se reiteraran unos actos de violencia parecidos y hubieron de aceptar ese riesgo, por lo que podían responder de los enfrentamientos del día del referéndum a título de dolo eventual, lo que introducía la violencia como elemento instrumental para aplicar la llamada ley de desconexión.

En todo caso, esa misma consideración no es contemplable para el delito de desórdenes públicos. Con independencia de las consideraciones de la sentencia sobre esta concreta exigencia del delito de rebelión, lo cierto es que el delito de desórdenes públicos del artículo 557.2 del Código Penal condenaba a los que *incitaran a individuos a desplegar actos de violencia contra personas o cosas*, lo que exige una intencionalidad o dolo directo sobre la actuación violenta que excede del dolo eventual que se apuntó para este supuesto.

11.8. Consecuentemente, puesto que el tipo penal aplicable a los encausados era el derogado artículo 544 del Código Penal, y puesto que ni los artículos 544 y 557 entonces vigentes posibilitaban que los encausados se representaran una responsabilidad penal asentada en los condicionantes normativos que se han establecido por la LO 14/2022 en los artículos 557 y siguientes del Código Penal, la única responsabilidad que resulta exigible, de conformidad con el artículo 2 del Código Penal y la Disposición Transitoria Primera de la LO 14/2022, es la correspondiente al delito de desobediencia previsto en el artículo 410 del Código Penal, cuya redacción no se ha visto modificada.

PARTE DISPOSITIVA

EL INSTRUCTOR ACUERDA: DESESTIMAR los recursos de reforma interpuestos por el Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado y por las representaciones procesales de Antoni Comín i Oliveres, Carles Puigdemont i Casamajó, Clara Ponsatí i Obiols, Lluís Puig i Gordi, y escrito de adhesión del partido político VOX al recurso del Ministerio Fiscal, contra el auto de fecha 12 de enero de 2023.

Así por este auto, lo acuerdo, mando y firmo.

PABLO LLARENA CONDE

