

**INFORME JURÍDIC SOBRE LES POSSIBLES CONSEQÜÈNCIES  
EN L'ÀMBIT PENAL DE L'ACTUACIÓ DELS FUNCIONARIS  
DURANT EL PROCÉS CAP A LA INDEPENDÈNCIA**

Barcelona, febrer de 2016

# INFORME JURÍDIC

## ASSUMPTE:

**L'obediència de la Constitució i l'actuació dels funcionaris davant el procés cap a la independència. Possibles conseqüències en l'àmbit penal.**

## 1.- ANTECEDENTS

Les eleccions al Parlament de Catalunya del 27 de setembre de 2015 van configurar una clara majoria parlamentària a favor de la independència de Catalunya, i van suposar una clara voluntat majoritària de les catalanes i els catalans d'iniciar de forma immediata el procés cap a la independència de Catalunya.

La Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI suposa l'inici del procés per a la creació de la República de Catalunya. Aquest és un procés amb una durada màxima prevista de 18 mesos, però que atesa la reacció de l'Estat Espanyol, s'ha de preveure més curt.

Fins a la material constitució de la República de Catalunya, segurament es produiran situacions de xoc de normatives i d'administracions. De fet la Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI, n'és un clar exemple, amb conseqüències directes perquè resol que no se supeditarà, pel que fa al procés, a les decisions de les institucions de l'Estat Espanyol. També indirectament, a través del seu annex, que anuncia mesures immediates que suposaran no aplicar a Catalunya lleis estatals i resolucions del Tribunal Constitucional.

Aquest xoc de normatives, de "legalitats", pot generar inseguretat en els treballadors i treballadores de l'administració pública, que els predisposin a una actuació fins i tot obstructionista amb el procés, no per qüestions de convenciment, sinó de por i inseguretat. Tothom preveu una reacció forta de l'Estat Espanyol, en tots els àmbits.

Un exemple clar el trobem en l'actuació de l'Audiència Nacional davant les resolucions, adoptades per alguns ajuntaments, de suport i d'adhesió a la Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI, que ha obert diligències contra aquests ajuntaments, per suposats delictes de rebel·lió i de sedició. **Aquestes resolucions municipals són una manifestació política sense cap tipus d'incidència en l'àmbit jurídic**, que evidencien una postura favorable a la resolució del Parlament de Catalunya però que **no té cap efecte jurídic i no suposa un obstacle a la suspensió acordada pel Tribunal Constitucional** (actualment anul·lació, per STC 259/2015, de 2 de desembre), ni suposa ignorar-la, ni tampoc suposa ésser un acte d'execució de la resolució suspesa. Tant sols significa manifestar una posició favorable a l'esmentada resolució, que en cap cas implica un acte d'execució. Aquesta conclusió, que es desprèn de la doctrina del Tribunal Constitucional i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, és prou clara i contundent. En idèntic sentit s'ha pronunciat l'Audiència

Nacional, mitjançant Resolució de 21 de desembre de 2015, per la qual s'acorda l'arxiu de la denúncia interposada pel Ministeri Fiscal, en relació a l'Ajuntament de Premià de Dalt, ratificat per resolució de 8 de febrer de 2016, que desestima el recurs d'apel·lació presentat pel Ministeri Fiscal; o Resolució del Jutjat Central d'Instrucció número 4, de la mateixa Audiència Nacional, que acorda l'arxiu d'una denúncia similar a l'Ajuntament d'Igualada.

Està clar doncs que l'estat utilitzarà tots els mecanismes possibles, també el de la por, amb les seves institucions, fins i tot sabent de l'escassa o nul·la justificació jurídica de la seva actuació: policies, fiscalia, justícia, i Tribunal Constitucional.

Davant aquesta situació és important fer una anàlisi exhaustiva de quines podrien ser les conseqüències legals dels treballadors i treballadores de l'administració pública catalana (inclosa la municipal), per aquells moments i situacions puntuals en el que es puguin trobar amb normes o instruccions contradictòries, provinent unes de normativa o autoritats catalanes, i les altres de normativa o autoritats espanyoles.

Val a dir d'entrada, que aquesta possible contradicció, cas de ser-hi, ho serà per un període breu.

La contradicció no es donaria en un supòsit de procés pactat i consensuat. Però sembla que aquest no serà el cas. Iniciat el procés, aquest haurà de finalitzar de forma ràpida, doncs és insostenible una situació de provisionalitat i/o transitorietat en cas de conflicte d'estats (català i espanyol) que s'allargui massa en el temps. Tot i que sigui curt, de ben segur que afectarà a l'actuació de molts treballadors públics, que tindran un paper important per assegurar l'èxit del procés, encara que no determinant. La determinació, en el seu cas, vindrà del Parlament de Catalunya i de tot el poble català, del seu convenciment i de la seva mobilització.

## 2.- FONAMENTS DE DRET

S'analitzaran tots els il·lícits penals que podrien tenir algun tipus d'afectació en relació als antecedents exposats, per veure si realment poden tenir algun tipus d'incidència en l'actuació dels treballadors de les administracions públiques catalanes.

### A.- LA PREVARICACIÓ

L'article 404 del Codi Penal descriu aquest tipus delictiu:

#### **Artículo 404**

*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*

Analitzem a partir d'aquí els elements característics d'aquest tipus delictiu:

- **Que l'actuació la faci una autoritat o funcionari públic.**
- **Que dicti una resolució arbitrària en un assumpte administratiu.**
- **Que ho faci tot i saber que la resolució és injusta.**

Desenvolupem aquests elements d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 19 de febrer de 2006 –RJ 2006\2275- i STS de 8 de juny de 2006 –RJ 2006\6295-).

El fonament de dret SEGON de la STS de 19 de febrer de 2006, concreta (la negreta és afegida):

*Son tres los elementos que se requieren para la existencia de este delito genérico de prevaricación administrativa:*

*1º. La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el art. 24 CP. Se trata de un delito especial que **no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida** en la norma penal, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices).*

*2º. Que haya una **resolución injusta** en asunto administrativo, en términos del art. 358 CP/1973 , o arbitraria, conforme nos dice el 404 CP/1995, con lo que nos recuerda el inciso final del art. 9.3 CE que prohíbe «la arbitrariedad de los poderes públicos».*

*Hay que decir aquí, una vez más, algo que esta Sala viene repitiendo constantemente, tanto para la prevaricación administrativa como para la*

*judicial: **no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible**, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos **encontramos ante una resolución arbitraria**.*

*También es muy reiterada la doctrina de esta Sala a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto.*

*3º. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos «a sabiendas», que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.*

Entrem ara a analitzar els tres requisits.

## **A.1.- Autoritat o funcionari públic**

Per autoritat o funcionari haurem d'entendre algú que tingui competències per dictar resolucions d'ordre administratiu en l'exercici de les seves funcions. D'acord amb l'article 24 del Codi Penal, ho són, a efectes penals:

### **Artículo 24.**

*1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

*2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

## **A.2.- Resolució arbitrària**

Aquest funcionari ha de dictar una resolució arbitrària. Dos són els elements fonamentals: que dicti una resolució, i que aquesta sigui arbitrària.

### **A.2.1.- Resolució**

Resolució ho és qualsevol acte administratiu, en el sentit ampli del seu concepte, ja sigui acte de tràmit o resolutiu, d'instrucció o d'ordenació: incoació de procediments, informes, execució i ordenació de tràmits, actes d'instrucció, resolucions. Per tenir-ne una visió més àmplia, l'article 50 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment administratiu de les administracions públiques de Catalunya, ens descriu les funcions de l'instructor d'un expedient:

- Identificar les persones interessades en el procediment, notificar-los la iniciació d'aquest i informar-los de la data en què l'òrgan competent ha rebut la sol·licitud, del termini per a resoldre expressament el procediment i notificar-ne la resolució, i també dels efectes del silenci administratiu.
- Disposar l'obertura del procediment a prova i acordar la pràctica de les proves que consideri necessàries, disposar-ne l'admissió o, de manera motivada, la denegació, i també la pràctica de les que proposi la persona interessada.
- Sol·licitar els informes preceptius, i també els altres informes i dades necessaris per a la resolució del procediment, tret que la normativa aplicable determini que un altre òrgan n'ha de fer la sol·licitud.
- Atorgar el tràmit d'audiència.
- Promoure el tràmit d'informació pública quan sigui preceptiu o quan ho aconselli la naturalesa del procediment.
- Facilitar la participació ciutadana d'acord amb la normativa aplicable.
- Formular la proposta de resolució, si escau.
- Autoritzar, limitar o denegar, en aquests darrers dos casos de manera motivada, l'accés a l'expedient administratiu.

**En cap cas s'entén com a resolució els actes de contingut polític, que en queden exclosos.**

Aquest concepte delimita d'una forma important els subjectes d'aquest tipus delictiu, ja que els funcionaris que no tinguin capacitat de dictar resolucions administratives amb l'extensió descrita, en cap cas podrà efectuar una actitud que tingui cabuda en el tipus delictiu de prevaricació.

### A.2.2.- Arbitrària

La resolució, a més, ha de ser arbitrària. **Aquesta arbitrietat, en l'àmbit penal, l'hem d'entendre com a actuació il·legal, amb oberta contradicció o oposició a la norma jurídica que aplica, sense cap tipus de justificació que sigui raonable o possibilitat d'interpretació de la mateixa.**

Com a característiques d'aquesta actuació arbitrària, d'acord amb la jurisprudència esmentada, podríem citar:

- Omissió de les normes essencials del procediment
- No tenir el funcionari competència objectiva exigible per dictar-la.
- **El fons de la resolució contravé l'ordenament jurídic**, alhora que suposa un menyspreu als interessos generals tutelats en el cas concret. El contingut de la resolució ha de ser d'una entitat que no permeti explicar-la amb una argumentació tècnico-jurídica mínimament raonable.

El fonament de Dret Quart de la STS de 4 de febrer de 2010 (RJ 2010\1415), és força aclaridor en relació a aquest concepte d'arbitrietat, ja que per tenir cabuda dins el concepte del tipus penal, ha de tenir un plus més enllà del simple incompliment de la norma (la negreta és afegida):

#### **CUARTO**

*... La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento;*

***si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).***

*Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso - Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. **El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.***

...

***No basta, pues, con la contradicción con el derecho.** Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.*

*Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994 ) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).*

*Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. **Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.** Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998 ; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe*



ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre ).

*Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, **no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley** (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o **cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor** (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- **no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos** (STS núm. 76/2002, de 25 de enero ). **Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.***

*Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. ...*

*Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar **que sea contraria al Derecho**, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, **sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable**; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.*

### **A.3.- Saber que la resolució és injusta**

La resolució arbitrària s'ha de dictar amb ple coneixement de la seva injustícia, amb la finalitat de fer efectiva la voluntat particular de l'autoritat o funcionari, i amb el coneixement d'actuar contra dret, tal i com es desprèn de l'últim paràgraf del fonament de dret QUART de la STS reproduïda. És a dir, el funcionari té voluntat i consciència del fet que la resolució és contrària a les normes jurídiques d'aplicació i als interessos generals.

#### **A.4.- Conclusió**

Analitzats els elements bàsics del delictes de prevaricació, es fa molt difícil pensar que cap actuació d'un treballador o treballadora de cap administració pública catalana relacionada directament o indirectament amb el procés per a la constitució de la República de Catalunya pugui entendre's inclosa en el tipus penal. **Està clar que els treballadors de l'administració pública que actuïn ho faran en execució d'alguna norma dictada pel Parlament de Catalunya.** La interpretació d'aquesta norma, de si és aplicable directament, o no, tot i les resolucions d'òrgans jurisdiccionals, no pot recaure sobre els treballadors de les administracions catalanes. **Aquesta és una funció que recaurà precisament en el Parlament de Catalunya i en el Govern de Catalunya.**

En conseqüència, en el cas que per part del Parlament de Catalunya o el Govern de Catalunya, les normes i instruccions que es dictin siguin precises i concretes en relació a la norma a aplicar, desapareixeran els elements bàsics del tipus penal descrits, bàsicament el d'arbitrarietat i el d'intencionalitat, ja que l'actuació dels treballadors de les administracions públiques estarà **emparada per una norma, a la qual l'òrgan competent per dictar-la li dóna vigència.**

Això vol dir que els treballadors públics i treballadores públiques de Catalunya, no poden actuar al marge de les seves institucions ni de les seves unitats orgàniques, ni tampoc poden decidir per voluntat unilateral no aplicar la normativa de l'Estat espanyol (doncs en aquest cas s'entraria en els elements propis del tipus de prevaricació), **sinó que la seva actuació ha de fer-se a l'empara de normativa clara i precisa del Parlament de Catalunya i del Govern de Catalunya i, sota el seu aixopluc,** als quals se'ls ha de requerir la precisió normativa necessària per tal d'assegurar la correcta actuació dels treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes.

## **B.-ABANDONAMENT DE DESTÍ I DE L'OMISSIÓ DEL DEURE DE PERSEGUIR DELICTES**

Delicte tipificat als articles 408 i 409 del Codi Penal:

### **Artículo 407**

*1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

*2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente*

### **Artículo 408**

*La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

### **Artículo 409**

*A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.*

### **B.1.- Abandonament de destí**

L'article 407, referent a abandonament de destí, entenem que és una situació difícilment aplicable: abandonament de destí per tal de no perseguir delictes dels títols XXI, XXII, XXIII i XXIV del Codi Penal, referents als delictes de rebel·lió, sedició, i traïció bàsicament, i que analitzarem més endavant.

Aquest és un article que bàsicament afecta als cossos i forces de seguretat de Catalunya, més en concret, a Mossos d'Esquadra i Polícies Locals.

Pel que fa a Mossos d'Esquadra, estan regulats per la Llei 10/1994, d'11 de juliol, de la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra.

Segons el seu article 2:

## **Article 2**

*Pertoca al Govern de la Generalitat, per mitjà del president, el comandament suprem del Cos de Mossos d'Esquadra. **Aquest comandament és exercit per la persona titular del Departament de Governació, en els termes que estableix l'article 16.***

En el seu article 11.1. segon.c s'especifica que en llurs actuacions, els membres del Cos de Mossos d'Esquadra s'han d'ajustar com a codi de conducta , entre d'altres, a:

*c) **Han d'atenir-se, en llur actuació professional, als principis de jerarquia i de subordinació;** en cap cas, però, l'obediència deguda no pot emparar ordres que comportin l'execució d'actes que constitueixin manifestament delictes o que siguin contraris a la Constitució o a les lleis.*

No existeix cap dubte pel que fa al principi de jerarquia, i per tant, a l'obligació de complir les ordres donades pels superiors jeràrquics. S'especifica però que l'obediència deguda no pot emparar executar ordres que comportin actes manifestament delictius o que siguin contraris a la Constitució o a les lleis.

Aquest deure de conducta pot comportar dubtes en els membres del Cos de Mossos d'Esquadra en el cas de situació de conflicte de normes i d'instruccions, per una banda les donades per les autoritats catalanes, i per altra les espanyoles, amb normatives oposades. Ja hem comentat que de produir-se aquesta situació, ho seria per un període curt de temps. Però pot produir-se.

**L'obediència s'entén de comandaments.** En conseqüència, la nova normativa sorgida del Parlament de Catalunya o del Govern de Catalunya serà la que legitimarà les actuacions, **i per tant acatant les ordres dels respectius comandaments policials, no s'actuaria en contra del codi de conducta**, atès que aquest no possibilita posar en dubte l'actuació dels òrgans amb funcions legislatives (Parlament de Catalunya) o reglamentàries (Govern de Catalunya). Això sense perjudici que la Llei del Parlament de Catalunya sí sigui contrària a la Constitució. Però aquesta serà una qüestió l'enjudiciament de la qual no pertoca als agents de la policia. Probablement ni als seus comandaments, sinó que pertoca directament al legislador i al Govern. En conseqüència, cap actuació de cap policia en compliment de la normativa dictada pel Parlament i el Govern de Catalunya, suposaria ni un delictes de desobediència ni un incompliment del codi de conducta.

Com veurem més endavant, els delictes dels títols XXI, XXII, XXIII i XXIV del Codi Penal, referents a rebel·lió, sedició, traïció i contra la comunitat internacional, en principi no es podran produir en el procés cap a la constitució de la República de Catalunya.

A les Polícies Locals són d'aplicació idèntiques reflexions.

En conseqüència, els membres dels cossos i forces de seguretat de Catalunya que actuïn d'acord amb les normes dictades pel Parlament de Catalunya o del Govern de Catalunya, en cap cas estaran en el supòsit del tipus penal de l'article 407 del Codi penal.

En última instància, davant qualsevol dubte, seria d'aplicació l'eximent de l'article 20.7 del codi penal, que afecta a qui actuï en compliment d'un deure, en l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec.

## **B.2.- Omissió del deure de perseguir delictes.**

Analitzem els elements característics d'aquest tipus delictiu:

- No promoure de forma intencionada la persecució d'un delictes del que se'n tingui coneixement, quan es tingui l'obligació de fer-ho.
- Promoure, dirigir o organitzar l'abandonament col·lectiu i manifestament il·legal d'un servei públic, o prendre'n part amb freu perjudici pel servei o la comunitat.

El Tribunal Suprem ha analitzat aquest tipus penal recentment en la STS de 2 de juny de 2015, RJ 2015\3551, de la que se'n desprenen les característiques i elements bàsics d'aquest delictes:

*Y esta sala en sentencias como la nº 773/2013, de 22 de octubre ha señalado que: "En relación al delito del art. 408 CP, debemos recordar que se trata de un delito de omisión pura en el que el sujeto activo (autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de los delitos y sus responsables) debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito, no de faltas ni de infracciones administrativas.*

*Es una modalidad omisiva de prevaricación que no se rellena, en cuanto a sus exigencias típicas, con la mera pasividad de un funcionario o de una autoridad en el ejercicio de sus funciones frente a un comportamiento tenido por una parte como antijurídica o contraria a la legalidad, sino que se requiere, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, que concurren*

*los demás requisitos, objetivos y subjetivos, contemplados por el tipo penal del artículo 404 del Código Penal (STS. 1559/2003 de 19.11). Por ello la omisión del art. 408, como modalidad de la prevaricación consistente en dejar maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, debe ser también una forma de "torcer el derecho", aunque, en lugar de manifestarse en una decisión, se concrete en la omisión de la obligación de perseguir un delito por quien viene obligado a realizarlo. En cuanto al elemento objetivo es lógicamente una conducta omisiva por parte de la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes impuestos por su cargo, se abstiene voluntariamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables. La porción del injusto abarcada por este precepto no puede obtenerse sin la referencia interpretativa que ofrece el vocablo "noticia" para aludir a aquellos delitos que no son intencionadamente objeto de persecución y que se castiga no es -no puede serlo por razones ligadas al concepto mismo de proceso- la no persecución de un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la noticia criminis de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal. Y es que tratándose de funcionarios públicos afectados por la obligación de promover la persecución de un delito, lo que reciben aquéllos son precisamente noticias de la comisión de un hecho aparentemente delictivo, nunca un hecho subsumido en un juicio de tipicidad definitivamente cerrado (STS. 198/2012 de 15.3). Por tanto, basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos (STS 330/2006, 10 de marzo, 1273/2009 de 17 diciembre). Por ello, el tipo subjetivo se integra con dos componentes: el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva, sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe, y la intencionalidad como configuración específica del dolo (STS. 17/2005 de 3.2).*

*En cuanto a la consumación, el deber de denunciar y promover la persecución de los delitos, surge para los funcionarios policiales, tan pronto como tienen noticia de su comisión, según dispone el art. 262 LECr, por lo que el delito se consuma en el instante mismo en que conocen el delito y no actúen y es entonces cuando se inicia la posible prescripción del delito STS. 1547/98 de 11.12, Es por tanto, un delito de mera inactividad que no requiere un resultado concreto posterior a la infracción del deber de actuar.*

*Por último, en cuanto al bien jurídico protegido se destaca en la doctrina que es el correcto desempeño de la función pública, matizándose por algún autor que como tal desempeño se protege en tanto que por su mediación se prestan un servicio a la comunidad, se concreta en el servicio de Administración de Justicia, así como el de policía, como los intereses inmediatamente tutelados".*

Si es tracta d'una modalitat omissiva de la prevaricació, tot el que s'ha dit de la mateixa, és aplicable aquí (actuació arbitrària, injusta, expressa, sabent-ho). Només per aquest fet, i reproduint les conclusions que ja hem apuntat, aquesta serà una situació que en cap cas es produirà complint els requisits esmentats quan hem estudiat la prevaricació.

També hem de tenir en compte que en cap cas, les actuacions de persones, autoritats i funcionaris, en compliment de resolucions del Parlament de Catalunya o del Govern de Catalunya, seran delictives, malgrat siguin contràries a la Constitució Espanyola.

Ja analitzarem més endavant els delictes de sedició i de rebel·lió, però mai entraran en aquest concepte les resolucions del Parlament o del Govern de Catalunya perquè, com veurem en aquest anàlisi citat, el Codi Penal Espanyol no té prevista una reacció penal davant aquests supòsits. Si no existeix delictes en les actuacions per la constitució de la República de Catalunya, no es pot donar, en cap cas el tipus delictiu de l'article 408 del Codi penal.

En relació a l'article 409, l'abandonament col·lectiu dels serveis ha de ser manifestament il·legal. Durant el procés per a la constitució de la República de Catalunya, aquesta és una actitud que es pot produir en supòsits de vaga general per defensar les resolucions del Parlament i el Govern de Catalunya. Si és aquest el cas, i la vaga es fa d'acord amb el dret de vaga reconegut a la Constitució, en cap cas ens trobaríem davant abandonaments manifestament il·legals. En conseqüència, tampoc seria d'aplicació aquest tipus penal.

## C.- Desobediència i denegació d'auxili

El tipus penal bàsic està descrit a l'article 410 del Codi penal:

### **Artículo 410**

*1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.*

Aquest és un dels supòsits que pot provocar, de ben segur, major inseguretat: L'existència de resolucions judicials que puguin ser incompatibles o contràries amb les ordres donades per una autoritat superior.

Ens podem trobar en el supòsit que l'autoritat judicial actuï dins l'àmbit de la seva competència, revestida de les formalitats legals, i doni una ordre contradictòria o contrària a la donada per una autoritat superior, que actuï també en l'àmbit de la seva competència i amb les formalitats legals. Es podrà considerar delictes si s'actua d'acord amb les ordres superiors i no s'executa la resolució judicial?

El delictes de desobediència ha estat analitzat per la STS de 20 de gener de 2010 (RJ 2010\1268), en el seu fonament de dret Cinquè:

*De otra parte y ya con carácter general, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de desobediencia ha destacado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida, exigencia es continuamente señalada por la jurisprudencia de esta Sala. Así en las SSTS 285/2007 y 394/2007), por citar dos Sentencias recientes, destacan "el delito de desobediencia, desde el punto de la vista de la tipicidad, requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde.*



Per tant, per donar-se un supòsit de desobediència, els requisits serien:

- Existència d'un mandat exprés, concret de fer o no fer una conducta.
- El mandat prové d'una autoritat o els seus agents i s'ha de dictar en l'àmbit de les seves competències.
- L'ordre ha de revestir totes les formalitats legals i ha de ser clarament notificada a l'obligat a complir-la. Per tant, no es tenen en compte les possibles ordres genèriques.
- Resistència al compliment del que s'ha ordenat, amb clara intenció de desobediència.

**Aquests elements no preveuen la possible concurrència de dues ordres contradictòries que compleixin aquests requisits. La qual cosa, en principi, ens porta a la conclusió que donat el cas, no es produiria el tipus penal.** En qualsevol cas, per haver-hi contradicció, les dues ordres o mandats han de complir amb els requisits esmentats.

Es fa difícil pensar que en el procés de constitució de la República Catalunya els treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes es trobin amb ordres d'aquesta magnitud i concreció contradictòries, concretes i individualment notificades. En aquest cas, **la desobediència a una autoritat judicial espanyola només deixaria de ser delictiu si aquesta perd la seva jurisdicció a Catalunya.** I aquesta és una qüestió que només pot decidir, democràticament, el Parlament de Catalunya, en el moment en el qual, si és el cas, es proclami Catalunya com a Estat independent.

Una altra manifestació d'aquest tipus delictiu la trobem a l'article 412:

### **Artículo 412**

*1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

*2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.*

*3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con*

*la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

*Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.*

*En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

Pel que fa als dos primers punts de l'article 412, serien d'aplicació idèntics requisits que els analitzats per l'article 410, que per tant, es donen per reproduïts. S'ha pronunciat en relació a aquest supòsit, entre d'altres el Tribunal Superior de Justícia del País Basc, mitjançant resolució de 31 d'octubre de 2006 (ARP 2006\730), que afegeix com a requisit que l'auxili requerit (quan el requereix un particular) ho sigui per evitar un delicte:

*Mas, como ya decíamos en el citado auto, de fecha 18 de julio de 2005, el delito de denegación de auxilio exige en el plano objetivo una actuación omisiva, de clara y pertinaz resistencia al incumplimiento de las diligencias solicitadas, y en el plano subjetivo, una actitud dolosa directa integrada por el consciente y malicioso propósito de no prestar la cooperación jurisdiccional requerida. Señala la sentencia del Tribunal, de 16 febrero 1996 , que: «El delito de denegación de auxilio sancionado en el número tercero del artículo 371 del CP se integra por la concurrencia de los siguientes elementos: 1.º) Tener el agente la condición de funcionario público, con la amplitud prevenida en el artículo 119 del CP; 2.º) que un particular le requiera para prestar algún auxilio; 3.º) que el requerido esté obligado a prestarlo por razón de su cargo; 4.º) que el auxilio se requiera para evitar un delito o cualquier otro mal; 5.º) que el agente se abstuviese de prestarlo sin causa que justifique la abstención ( Sentencias Sala 2ª Tribunal Supremo de 2 junio 1969 y 2 octubre 1989 ».*

La STS de 15 de març de 1977 (RJ 1997\1728), en relació a la denegació d'auxili, concreta la interpretació pel que fa a la forma del requeriment, que s'ha de notificar pels conductes formals. En aquest cas, el TS interpreta que el requeriment telefònic no és vàlid, i per tant, desobeir-lo no comporta un delicte de denegació d'auxili:

### **TERCERO.-**

*El tipo de injusto penal de denegación de auxilio es similar al de desobediencia, del que sólo se diferencia por la ausencia en el primero de una relación de dependencia jerárquica (SSTS entre otras, 22 marzo 1986 -dictada en el conocido caso del Comisario B.- y 24 septiembre 1990), y si el segundo tipo requiere hoy (art. 410.1 del NCP) para su existencia que «las autoridades o funcionarios públicos se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de una*

*autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales »; ya con anterioridad la jurisprudencia de esta Sala había requerido para la existencia del tipo de denegación de auxilio que la abstención se produjera sin causa legal (Por todas, STS 2092/1994, de 28 noviembre); de manera que el «thema decidendi» consiste únicamente en determinar si el funcionario podía o no exigir una comunicación formal y escrita para acceder al ingreso del sujeto policialmente detenido en el Depósito Municipal.*

*Conviene destacar para una mejor resolución de esta cuestión la existencia de los siguientes datos fácticos obrantes en la narración histórica de la sentencia ahora sometida a recurso y completados con los obrantes en la causa, una vez examinada ésta en ejercicio de la facultad-deber establecido en el artículo 899 de la LECrim: a) No existió comunicación alguna del Juzgado de Instrucción al Encargado del Depósito ni siquiera a la Guardia Civil encargada de la detención. Sólo consta una comunicación de aquella (folio 5) al Jefe de la Policía Local de Grado en la que participa al mismo la orden judicial sin especificación de la resolución que acordó tal medida cautelar. b) El órgano jurisdiccional tenía su residencia en la localidad y, al no ser único (Juzgado de Instrucción de Grado núm. 2), estaba, como consta en la misma comunicación, en funciones de guardia . c) No consta otra comunicación distinta entre el Juez de Instrucción y el acusado que la telefónica, por lo demás no documentada en la causa bajo fe pública judicial con arreglo a los artículos 279 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

#### **CUARTO.-**

*Partiendo de tales antecedentes es necesario todavía recordar que seguramente en un estado de derecho ninguna de las distintas competencias atribuidas orgánicamente a los componentes del Poder Judicial tenga un perfil más relevante que el asignado a los Jueces de Instrucción. Si se permite tomar en préstamo el título de una conocida obra literaria, su función tiene «grandeza» y a la par «servidumbre». Grandeza en tanto en cuanto supone la «primera línea» de garantía de los derechos fundamentales y, «pari passu», la servidumbre que deriva de la necesaria intervención inmediata en los supuestos de restricción de tales derechos básicos. Así, en los núcleos escasos de población el servicio de guardia no determina -a diferencia de las grandes ciudades- una obligación de permanencia en la sede del órgano, pero sí con arreglo a las disposiciones orgánicas, lo que se denomina «disponibilidad», que comporta obviamente no sólo la inmediata localización del funcionario, sino también la más rápida constitución del mismo en la sede en que desarrolla su función para el correcto y adecuado cumplimiento de la misma .*

*De entrada, pues no parece adecuado que en estos casos pueda cumplirse la función a través de «órdenes telefónicas». Ciertamente es que la coyuntura histórica aconseja y aún exige la utilización medial de los avances técnicos para el cumplimiento de los fines, pero tal punto de partida en manera alguna puede justificar, si no se muestra patente una situación de urgencia , el que se prescindiera del cumplimiento de los fines legales de la medida cautelar de detención. Ciertamente es que a diferencia de lo que previene para la prisión provisional el art. 505 de la LECrim, para la detención no se exige*

*expresamente que se libre el referido mandamiento; pero es aplicable al supuesto la doctrina contenida en la STC 31/1996, de 27 febrero cuyo octavo fundamento señala por vía de resumen que «Desde estos parámetros parece claro que la detención sufrida por el señor S. se alargó excesivamente. El fin perseguido por la detención fundada en el art. 492.3 LECrim pudo seguramente haber sido satisfecho mediante una comparecencia ante la autoridad judicial la misma tarde en que el interesado fue detenido. La conducta observada por éste durante el transcurso de la detención no justificaba ninguna demora en su duración. Y la detención se llevó a cabo en una localidad donde los tiempos de desplazamiento son reducidos. No es preciso entrar a dilucidar la influencia que pudieran haber tenido en el retraso los honorarios del Juzgado, la conducción del detenido al Depósito Municipal en vez de ser llevado directamente a la sede del órgano judicial, la falta de coordinación de éste con el Juzgado de Guardia ese día, o cualquier otro posible factor que pudiera guardar relación con lo que duró efectivamente la situación de privación de libertad. Ninguna de estas posibles razones, en el presente caso, podrían justificar un alargamiento, en principio, tan desproporcionado del período de detención sufrido por el demandante de amparo, en perjuicio de su derecho fundamental a la libertad personal».*

## D.- DELICTE DE REBEL·LIÓ

Aquest delictes està regulat al Títol XXI, de delictes contra la constitució, i està definit a l'article 472:

### **Artículo 472**

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

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

Més enllà de les 7 finalitats descrites a l'article, entre les quals hi ha la de declarar la independència d'una part del territori nacional, l'element bàsic per tal que es produeixi és que hi hagi un alçament violent i públic. Si no es donen aquests dos supòsits, el de la violència i el de l'actuació pública, en cap cas ens trobarem davant un delictes de rebel·lió. Es descriu com un delictes plurisubjectiu, que comporta l'exercici de la força física com a element essencial que acompanya al d'alçament i al d'actuació pública. És per aquests motius que ni la Resolució 1/XI del Parlament de Catalunya, ni qui l'ha votat a favor, es troben en un supòsit de rebel·lió, ja que no es donen els elements bàsics d'aquest tipus penal. En conseqüència, si les normes del Parlament no ho són, encara menys les actuacions que es pugin fer en execució de les mateixes.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc de 27 de novembre de 2007 (ARP 2008\8), s'hi ha pronunciat en els següents termes:

*Pero la rebelión es un delito contra la Constitución, plurisubjetivo de convergencia y de resultado cortado, que se describe típicamente por la acción de alzarse, violenta y públicamente, para cualquiera de los fines que se señalan en los siete números del artículo 472 del Código Penal, entre ellos, derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución (núm. 1º)*

*y declarar la independencia de una parte del territorio nacional (núm. 5º). Siendo, tras el nuevo Código Penal del año 1995, la intercalación de la locución "violenta" entre los términos "alzaren" y "públicamente", la característica más significativa, por la matización que supone y restricción que conlleva, de la actual descripción típica. Debiendo catalogarse el alzamiento como violento, según generalizada opinión, cuando vaya acompañado del ejercicio de la fuerza física, o, cuando el empleo de ésta, de resultar necesario de cara a la consecución de alguno o algunos de los fines indicados en la norma penal, constituya una seria y fundada amenaza, por estar dispuestos los alzados a conseguir aquéllos a todo trance, recurriendo inclusive, de así resultar preciso, a la utilización o al uso de la misma. En consecuencia y como ya se anticipaba, de los hechos relacionados en la denuncia no cabe inferir indicios de un delito de proposición o provocación para la rebelión. De la realidad que representa el anuncio de esa propuesta o idea del Lehendakari de realizar una consulta popular "sobre el derecho a decidir del pueblo vasco" y para que la sociedad vasca "tenga en sus manos la capacidad de enviar a ETA, al Gobierno y a los partidos el mandato de abrir un proceso de solución del denominado conflicto vasco", no cabe deducir, ni siquiera en términos indiciarios, que se haya producido por parte del Lehendakari una invitación o incitación en los términos ya definidos, con el serio y firme designio de alzarse, violenta y públicamente, ya sea para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, ya sea para declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*

El Tribunal Constitucional també s'ha referit al concepte de rebel·lió en la seva sentència de 16 de desembre de 1987 (STC 199/1987, RTC 1987\199), en el recurs interposat contra la Llei Orgànica 9/1984, de mesures contra l'actuació de bandes armades i elements terroristes i de desenvolupament de l'article 55.2 de la Constitució. Tot i que la sentència és anterior a la L.O. 10/1995, del Codi Penal, la definició del concepte de rebel·lió en el seu fonament de dret 4 és il·lustrativa:

*... cierto que el art. 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional. A su vez el art. 8 de la Ley Orgánica 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase». Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del art. 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional.*

Si la violència és un dels fets característics i essencials del delictes de rebel·lió, s'ha de concloure que cap de les actuacions dels treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes, en execució d'ordres o instruccions donades pel Parlament o el Govern de Catalunya o pels seus comandaments, podria ser constitutiva d'un delictes de rebel·lió.

## **E.- DELICTE DE SEDICIÓ**

El delictes de sedició està regulat al Títol XXII, de delictes contra l'ordre públic. Està definit a l'article 544:

### **Artículo 544**

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

Són requisits fonamentals d'aquest tipus delictiu, acompanyant a la voluntat d'impedir el compliment de la llei o l'exercici de les funcions i compliment d'acords o resolucions administratives o judicials per part d'autoritats o funcionaris, el que ho facin mitjançant alçament públic i de forma tumultuosa.

El diccionari de la Real Acadèmia Espanyola descriu el tumult com a "*motín, confusión, alboroto producido por una multitud*", o també "*confusión agitada o desorden ruidoso*". Els conceptes de multitud i desordre esdevenen importants com a definidors de actuació tumultuosa.

El TSJ de Catalunya s'hi ha referit recentment, mitjançant resolució de 24 de març de 2014, per la qual no admet a tràmit la querella presentada contra el President de la Generalitat de Catalunya per impulsar la conducta del 9N (ARP 2014\398):

*De conformidad con el artículo 472 del Código Penal y como delito contra el orden constitucional se consideran reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: ...*  
*5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*  
*Y conforme al artículo 544 del mismo cuerpo legal como delito contra el orden público son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus*

*funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.*

*Siendo punibles igualmente la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los mismos delitos.*

*En el primer caso es presupuesto necesario del delito que con intención de declarar la independencia de parte del territorio nacional se produzca un alzamiento violento y público, esto es, mediante una actitud activa por la fuerza o estando dispuesto a su utilización y en forma pública, patente o exteriorizada.*

*En el caso de la sedición también se exige el alzamiento público entendido como sublevación tumultuaria o desordenada con una determinada finalidad mediante el empleo de la fuerza o fuera de las vías legales.*

*No se expresa en la querrela qué actos rebeldes o sediciosos se estarían preparando u organizando para conseguir por la fuerza la independencia de Cataluña y el concreto papel del President de la Generalitat en los mismos, siendo del todo inadmisibles en el estricto ámbito penal en el que nos hallamos, los argumentos utilizados en el apartado décimo, undécimo y duodécimo del escrito de querrela sobre los que vana y artificialmente pretende construirse el imaginario delito, ya que sobre tratarse de supuestos hipotéticos, es obvio que no pueden equipararse las conductas activas con las pasivas.*

La STS de 19 d'octubre de 1980 (STS 4961/1980 - ECLI:ES:TS:1980:4961), fixa les notes característiques d'aquest delict:

*CONSIDERANDO que el delito de sedición forma colectiva y tumultuaria de alzamiento, "rebelión en pequeño", según frase decimonónica, fue conocido en el Derecho Romano con el nombre de "Tumultus", en "Las Partidas", con el de asonada -"ayuntamiento que hacen las gentes unas contra otras para hacerse mal"-, y en el título XI de la Nueva Recopilación, con el de "juntas tumultuarias", incorporándose a la legislación codificada en el artículo 280 del Código de 1822, que lo define como levantamiento, ilegal y tumultuario, de un número mayor o menor de personas con el fin de entorpecer la acción gubernamental, encontrándose también en el artículo 174 del Código de 1870 y en los artículos 245 y siguientes del Código de 1932, mientras que el vigente le dedica los artículos 218 y siguientes incardinados en el capítulo IV del título II del libro I, siendo conocida la infracción estudiada por otras legislaciones como vg, la inglesa que lo denomina "asamblea sediciosa", o la alemana que lo distingue con los apelativos de "motín" y "tropel de gentes", mientras que en otras se confunde con el delito de rebelión. Se trata de una infracción de actividad o de resultado cortado y también se le califica de delito de tendencia, pues, por una parte, el alzamiento ha de encaminarse necesariamente a la consecución de alguno de los objetivos señalados en los cinco números del artículo 218 citado, y, por otra parte, el dicho alzamiento, por sí solo, consume el delito aunque no se hayan logrado los fines propuestos.*

*Procediendo a su disección, se observa:*



- a) que se requiere un alzamiento, esto es, un levantamiento, sublevación o insurrección dirigidos contra el orden jurídico establecido, contra el normal funcionamiento de determinadas instituciones o contra autoridades, funcionarios, Corporaciones públicas, clases del Estado, particulares o clases de personas;
- b) que ese alzamiento, ha de ser público, esto es, abierto, exteriorizado, perceptible, patente y manifiesto, y tumultuario, lo que equivale a gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado;
- c) que el mentado alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados, por la fuerza, esto es, de modo violento, violencia, bien absoluta, bien compulsiva y tanto recayente sobre las personas como sobre las cosas, o fuera de las vías legales, es decir, de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba;
- d) en cuanto al sujeto activo, el número de personas que ha de participar ha de ser necesariamente plural, pues de otra suerte se confundiría frecuentemente la infracción estudiada con el atentado, la resistencia o la desobediencia; por ello, la sentencia, de este Tribunal, de 2 de julio de 1934, exige que, el número de partícipes no sea inferior a treinta, y la doctrina más caracterizada, partiendo de que "tumulto" es desorden y confusión producido por un conjunto de personas, sostiene que habrán de ser varias y en número suficiente para la consecución del fin propuesto, pudiéndose agregar que los términos legales "alzaren" y "tumultuariamente", evocan y sugieren la participación indispensable de un número considerable de personas, aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre;
- e) en lo que respecta al sujeto pasivo, éste es variadísimo, desde el poder legislativo hasta las corporaciones públicas, pasando por la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos, el Estado, la Provincia, el Municipio, los particulares, las clases del Estado y las clases sociales;
- f) la finalidad política o social no siempre se exige véanse números primero, segundo y tercero, del artículo 218, que no la requieren, y los números cuarto y quinto del citado precepto que sí la exigen;
- g) toda la doctrina está de acuerdo en que, en este delito, no cabe tentativa - ejecución parcial- -ni frustración -ejecución total sin resultado-, lo que es plausible, pues el legislador criminaliza y reputa perfecto al mero alzamiento, sin que sea preciso, para la consumación del delito, la obtención de los fines apetecidos, con lo cual, los comportamientos de preparación no constituyen conato, y los de iniciación del "iter criminis" propiamente dicho, ya pertenecen a la esfera de lo consumado; y
- h) por el contrario, y aunque alguna opinión disuene, la proposición, conspiración y provocación para delinquir, que el Código Penal castiga, con carácter general, en todos los delitos artículos 3 y 52 -, son actos incompatibles con el delito de sedición, pues son características de su fase de preparación, indispensables generalmente para recorrer nuevas etapas o fases del delito, como lo demuestran los Códigos españoles de 1848 y 1932, los cuales, no castigando la conspiración y la proposición en todo caso, las

*reprimían en los delitos de rebelión y de sedición -véase vg. el artículo 249 del último Código citado -d, mientras que, a la provocación, la ponía el mentado Código de 1932, en el artículo 559 y en todo caso, esto es, fuere cual fuere el delito provocado.*

En conseqüència, d'aquesta sentència se'n dedueix que les notes característiques d'aquest delictes són:

1. És necessari que hi hagi un alçament, una revolta dirigits contra l'ordre públic establert
2. L'alçament o revolta ha de ser públic, obert, exterioritzat.
3. L'alçament s'encamina a aconseguir unes finalitats per la força, de manera violenta, ja sigui absoluta o compulsiva, sobre les persones o sobre les coses, i fora de les vies legals.
4. El número de persones que hi participa ha de ser necessàriament plural. En altres cas seria un altre delictes (com el d'atemptat, desobediència, ...).

S'ha de tenir present que les característiques bàsiques de l'actual delictes de sedició coincideixen amb les de l'article 218 de l'anterior Codi Penal que analitzada l'esmentada sentència:

### **Artículo 218**

*Son reos de sedición los que se alzan públicamente y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los fines siguientes:*

- 1.º Impedir la promulgación o ejecución de las leyes o la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- 2.º Impedir a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus providencias administrativas o judiciales.*
- 3.º Ejercer algún acto de odio o venganza en la persona, familia o bienes de alguna autoridad o de sus agentes.*
- 4.º Ejercer, con un objeto político o social, algún acto de odio o venganza contra los particulares o cualquiera clase del Estado.*
- 5.º Despojar, con un objeto político o social, de todos o de parte de sus bienes propios a alguna clase de persona, al municipio, a la provincia o al Estado, o dañar o destruir dichos bienes.*

En conseqüència, s'ha de produir una revolta tumultuària, pública i oberta, desordenada, utilitzant la força o fora de les vies legals.

És difícil d'intuir cap acte de cap treballador o treballadora d'una administració pública catalana, que durant el procés per a la constitució de la República de Catalunya, i en ús de les seves atribucions, efectui una actuació amb aquestes característiques. Tampoc s'entendria com inclosa en aquest tipus delictiu cap conducta en compliment d'instruccions o ordres donades pels superiors jeràrquics, pel Parlament o pel Govern de Catalunya.

## **F.- DELICTES DE TRAÏCIÓ I CONTRA LA PAU O LA INDEPENDÈNCIA DE L'ESTAT**

Regulats al Títol XXIII del Codi Penal, sota el títol dels "delictes de traïció i contra la pau o la independència de l'Estat i relatius a la Defensa Nacional."

El delicte de traïció entenem que en cap cas serà aplicable a l'actuació de cap treballadora o treballador de les administracions públiques catalanes relacionades en el procés de construcció de la República de Catalunya ja que es fonamenta en situacions de guerra amb potències estrangeres: la inducció a una potència estrangera a declarar la guerra a Espanya, facilitar l'entrada de l'enemic a Espanya, passar a les files enemigues, subministrar armes a potències enemigues, i situacions similars. Cap d'aquests supòsits és assimilable al procés de construcció de la República de Catalunya, que ni es fa per les armes, ni amb aliança amb cap potència estrangera, sinó de forma democràtica i pacífica. En conseqüència, aquest és un delicte que no requereix d'un major estudi per la seva no aplicació al supòsit d'estudi.

Els delictes contra la pau o la independència de l'estat, descrits als article 589 i següents del Codi Penal, es troben en una situació similar a la descrita pels delictes de traïció. Es fonamenta en l'execució o publicació d'ordres o disposicions de governs estrangers que atemptin a la independència o seguretat de l'Estat, actes que provoquin la declaració de guerra o vexacions i represàlies a espanyols, actuacions en temps de guerra, o relacions amb governs estrangers per finalitats similars.

## **G.- EXECUCIÓ DE RESOLUCIONS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Finalment, també hem de tenir present la Llei orgànica 15/2015, de 16 d'octubre, de reforma de la Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional, per a l'execució de les resolucions del Tribunal Constitucional com a garantia de l'Estat de dret.

L'article 92.4 LOTC, en el seu nou redactat, regula el supòsit en el qual quan el TC constata que una resolució dictada en l'exercici de la seva jurisdicció s'està incomplint, d'ofici o a instància d'alguna de les parts del procés, ha de requerir a institucions, autoritats, empleats públics o particulars a qui correspongui portar a terme el seu compliment, que l'informin en aquest sentit. Rebut aquest informe pot exercir mesures d'execució forçosa com:

- La multa coercitiva d'entre 3.000 i 30.000 €
- La suspensió de funcions d'autoritats o empleats públics, pel temps necessari per assegurar l'observança des seus pronunciaments.
- L'execució substitutòria.
- Deducir testimoni de particulars per exigir responsabilitat penal.

El pressupòsit essencial d'aquestes actuacions, és l'incompliment d'una resolució dictada en l'exercici de la jurisdicció del TC, i que es tracti d'una institució, autoritat o empleat públic a qui correspongui el compliment de la resolució.

A més, s'ha de tractar d'una actuació concreta que suposi un incompliment. Aquesta actuació ha de tenir efectes reals d'incompliment, com a actitud clarament obstructiva.

Per a l'efectivitat d'aquesta actuació s'ha de tenir present que es requereix la prèvia notificació individualitzada i pels conductes legals a la persona en concret. En aquest sentit s'ha incorporat un nou paràgraf a l'article 87 que preveu que el TC podrà acordar la notificació personal de les seves resolucions a qualsevol autoritat o empleat públic.

Per la seves característiques, aquesta actuació del TC, anirà destinada a les màximes autoritats del Govern i del Parlament de Catalunya, i sense una incidència previsible sobre les treballadores i treballadors de les administracions públiques catalanes

### 3.- CONCLUSIONS

La conclusió bàsica que es desprèn de l'informe, és que l'actuació dels treballadors i les treballadores de les administracions públiques catalanes en el procés de constitució de la República de Catalunya, que s'executin d'acord amb les ordres dels seus comandaments i del Govern i del Parlament de Catalunya, en cap cas suposarà la comissió d'un delictes, sempre que es compleixin els requisits descrits en aquest informe.

No obstant, la seguretat de tots els treballadors i treballadores de les administracions públiques de Catalunya requerirà que el Parlament i el Govern de Catalunya legislin i donin instruccions de forma clara, diàfana i concisa, ja sigui en aplicació i execució de la Resolució 1/XI del Parlament de Catalunya, ja sigui en tota la normativa posterior i acords de govern que ens condueixen a la constitució de la República de Catalunya.

Ara bé, l'afirmació contundent que es desprèn d'aquesta conclusió, no vol dir que per part dels òrgans corresponents no s'incorri diligències prèvies penals. És més, segurament, com a mitjà de pressió i intentant generar dubtes i por entre els diferents actors de la societat catalana favorables a la construcció d'un nou Estat independent, s'iniciaran algunes diligències penals, i s'investigarán (els inculpats de l'anterior normativa) a funcionaris i autoritats. Però tenir la qualitat d'investigat no equival a haver comès un delictes, sinó al fet que un Jutge d'Instrucció investigui uns fets que per si poden existir indicis de delictes. Per aquest motiu és del tot necessari que funcionaris i autoritats coneixin amb profunditat els elements dels delictes que se'ls poden imputar, per tal que actuïn amb tota llibertat i en consciència i no atemorits davant una estratègia d'estat.

Un exemple d'aquesta actuació atemoridora el podem trobar en la Resolució de l'Audiència Nacional de 8 de febrer de 2016 ja comentada, quan de forma contradictòria en l'argumentació de la pròpia resolució, afirma que després de l'anul·lació de la Resolució del Parlament de Catalunya per part del Tribunal Constitucional, el trasllat d'acords als ciutadans per tal que adoptin postures contràries a la sentència, podrien tenir rellevància penal, concretant que ho seria en relació als delictes de sedició o provocació per a la mateixa, prevaricació, desobediència, usurpació d'atribucions o ús indegut de fins públics. Entenem que, d'acord amb el ja hem argumentat en aquest informe, les actuacions que s'efectuïn per la major part de funcionaris i autoritats, no contindran els elements específics dels esmentats delictes.

# **Resum executiu dels diferents tipus penals analitzats**

## **1.- Prevaricació**

En el cas que per part del Parlament de Catalunya o el Govern de Catalunya, les normes i instruccions siguin precises i concretes en relació a la norma a aplicar, desapareixeran els elements bàsics del tipus penal de prevaricació, bàsicament el d'arbitrarietat i el d'intencionalitat, ja que l'actuació dels treballadors de les administracions públiques estarà emparada per una norma, a la qual l'òrgan competent per dictar-la li dóna vigència.

Això vol dir que els treballadors públics i treballadores públiques de Catalunya, no poden actuar al marge de les seves institucions ni de les seves unitats orgàniques, ni tampoc poden decidir per voluntat unilateral no aplicar la normativa de l'Estat espanyol (doncs en aquest cas s'entraria en els elements propis del tipus de prevaricació), sinó que la seva actuació ha de fer-se a l'empara de normativa clara i precisa del Parlament de Catalunya i del Govern de Catalunya i, sota el seu aixopluc, als quals se'ls ha de requerir la precisió normativa necessària per tal d'assegurar la correcta actuació dels treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes.

## **2.- Abandonament de destí**

Els membres dels cossos i forces de seguretat de Catalunya que actuïn d'acord amb les normes dictades pel Parlament de Catalunya o del Govern de Catalunya, en cap cas estaran en el supòsit del tipus penal de l'article 407 del Codi penal.

En última instància, davant qualsevol dubte, seria d'aplicació l'eximent de l'article 20.7 del codi penal, que afecta a qui actuï en compliment d'un deure, en l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec.

## **3.- Omissió del deure de perseguir delictes**

Es tracta d'una modalitat omissiva de la prevaricació, i per tant se li apliquen idèntiques conclusions. Només per aquest fet, i reproduint les conclusions que ja hem apuntat, aquesta serà una situació que en cap cas es produirà complint els requisits esmentats quan hem estudiat la prevaricació.

També hem de tenir en compte que en cap cas, les actuacions de persones, autoritats i funcionaris, en compliment de resolucions del Parlament de Catalunya o del Govern de Catalunya, seran delictives, malgrat siguin contràries a la Constitució Espanyola.

## **4.- Desobediència i denegació d'auxili**

Per donar-se un supòsit de desobediència, els requisits serien:

- Existència d'un mandat exprés, concret de fer o no fer una conducta.
- El mandat prové d'una autoritat o els seus agents i s'ha de dictar en l'àmbit de les seves competències.
- L'ordre ha de revestir totes les formalitats legals i ha de ser clarament notificada a l'obligat a complir-la. Per tant, no es tenen en compte les possibles ordres genèriques.
- Resistència al compliment del que s'ha ordenat, amb clara intenció de desobediència.

Aquests elements no preveuen la possible concurrència de dues ordres contradictòries que compleixin aquests requisits. La qual cosa, en principi, ens porta a la conclusió que donat el cas, no es produiria el tipus penal. En qualsevol cas, per haver-hi contradicció, les dues ordres o mandats han de complir amb els requisits esmentats.

Es fa difícil pensar que en el procés de constitució de la República Catalunya els treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes es trobin amb ordres d'aquesta magnitud i concreció contradictòries, concretes i individualment notificades. En aquest cas, la desobediència a una autoritat judicial espanyola només deixaria de ser delictiu si aquesta perd la seva jurisdicció a Catalunya. I aquesta és una qüestió que només pot decidir, democràticament, el Parlament de Catalunya, en el moment en el qual, si és el cas, es proclami Catalunya com a Estat independent.

## **5.- Delicte de rebel·lió**

Si la violència és un dels fets característics i essencials del delictiu de rebel·lió, s'ha de concloure que cap de les actuacions dels treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes, en execució d'ordres o instruccions donades pel Parlament o el Govern de Catalunya o pels seus comandaments, podria ser constitutiva d'un delictiu de rebel·lió.

## **6.- Delicte de sedició**

Les notes característiques d'aquest delicte són:

1. És necessari que hi hagi un alçament, una revolta dirigits contra l'ordre públic establert
2. L'alçament o revolta ha de ser públic, obert, exterioritzat.
3. L'alçament s'encamina a aconseguir unes finalitats per la força, de manera violenta, ja sigui absoluta o compulsiva, sobre les persones o sobre les coses, i fora de les vies legals.
4. El número de persones que hi participa ha de ser necessàriament plural. En altre cas seria un altre delicte (com el d'atemptat, desobediència, ...)

En conseqüència, s'ha de produir una revolta tumultuària, pública i oberta, desordenada, utilitzant la força o fora de les vies legals.

És difícil d'intuir cap acte de cap treballador o treballadora d'una administració pública catalana, que durant el procés per a la constitució de la República de Catalunya, i en ús de les seves atribucions, efectui una actuació amb aquestes característiques. Tampoc s'entendria com inclosa en aquest tipus delictiu cap conducta en compliment d'instruccions o ordres donades pels superiors jeràrquics, pel Parlament o pel Govern de Catalunya.

## **7.- Delictes de traïció i contra la pau o la independència de l'Estat**

Aquests delictes es produeixen en situació de guerra, o en ocasió de propiciar-la, amb la participació de potències estrangeres enemigues. En conseqüència, es tracta de tipus penals que no es produiran en el procés de construcció de la República de Catalunya.



## **8.- Execució de resolucions del Tribunal Constitucional**

Quan el TC constati que una resolució dictada en l'exercici de la seva jurisdicció s'està incomplint, d'ofici o a instància d'alguna de les parts del procés, ha de requerir a institucions, autoritats, empleats públics o particulars a qui correspongui portar a terme el seu compliment, que l'informin en aquest sentit. Rebut aquest informe pot exercir mesures d'execució forçosa com:

- La multa coercitiva d'entre 3.000 i 30.000 €
- La suspensió de funcions d'autoritats o empleats públics, pel temps necessari per assegurar l'observança des seus pronunciaments.
- L'execució substitutòria.
- Deduir testimoni de particulars per exigir responsabilitat penal.

El pressupòsit essencial d'aquestes actuacions, és l'incompliment d'una resolució dictada en l'exercici de la jurisdicció del TC, i que es tracti d'una institució, autoritat o empleat públic a qui correspongui el compliment de la resolució.

Per a l'efectivitat d'aquesta actuació s'ha de tenir present que es requereix la prèvia notificació individualitzada i pels conductes legals a la persona en concret. En aquest sentit s'ha incorporat un nou paràgraf a l'article 87 que preveu que el TC podrà acordar la notificació personal de les seves resolucions a qualsevol autoritat o empleat públic.

Per la seves característiques, aquesta actuació del TC, anirà destinada a les màximes autoritats del Govern i del Parlament de Catalunya, i sense una incidència previsible sobre les treballadores i treballadors de les administracions públiques catalanes