

2023 el Procurador D. Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de **D. Antoni Comín i Oliveres** y bajo la dirección Letrada de D. Gonzalo Boye; con fecha 28 de marzo de 2023, el Procurador D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en nombre y representación de **D. Lluís Puig i Gordi** y bajo la dirección Letrada de D. Miguel Sàmper Rodríguez; con fecha 30 de marzo de 2023, el Procurador D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en nombre y representación de **Dña. Clara Ponsatí i Obiols** y bajo la dirección Letrada de D. Gonzalo Boye; y con fecha 30 de marzo de 2023, el Procurador D. Carlos Ricardo Estévez Sanz, en nombre y representación de **D. Carles Puigdemont i Casamajó** y bajo la dirección Letrada de D. Gonzalo Boye, presentaron escritos en el Registro General del Tribunal Supremo, formulando recursos de apelación contra el Auto del Excmo. Sr. Magistrado Instructor de 21 de marzo de 2023 por el que se desestimaron los recursos de reforma interpuestos contra el Auto de 12 de enero de 2023. Siendo partes el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular Abogada del Estado.

SEGUNDO.- Por Providencia de 10 de abril de 2023 se tienen por interpuestos los recursos mencionados contra el auto del Magistrado-Instructor de 21 de marzo de 2023, acordándose formar pieza separada de apelación, testimonio del auto de fecha 12 de enero de 2021, de los escritos de reforma, adhesiones e impugnaciones y del auto recurrido en apelación de fecha 21 de marzo de 2023.

TERCERO.- Por Providencia de 19 de mayo de 2023, se tienen por personados en el presente Rollo de Apelación, además de los indicados apelantes citados anteriormente, a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, designándose Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Vicente Magro Served, dándose tres días para instrucción a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 229 L.E.Cr.

CUARTO.- Por escrito de 22 de mayo de 2023, la representación del Partido Político Vox, se dio por instruido; por escrito de 24 de mayo de 2023, la representación de Dña. Clara Ponsatí Obiols se dio por instruida de las actuaciones y por opuestos a los recursos interpuestos por el Partido Político

Vox, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal; por escrito de 24 de mayo de 2023, la representación de D. Carles Puigdemont i Casamajó, se dio por instruida de las actuaciones y por opuesto a los recursos interpuestos por el Partido Político Vox, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal; por escrito de 24 de mayo de 2023, la representación de D. Antoni Comin Oliveres, se dio por instruida de las actuaciones y por opuesto a los recursos interpuestos por el Partido Político Vox, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, y por escrito de 25 de mayo de 2023, la representación de D. Lluís Puig Gordi, se dio por instruida.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de esta Sala de 30 de mayo de 2023, se señala el presente recurso para vista para el día 8 de junio de 2023 a las 9:30 h. de su mañana, concediendo el Excmo. Sr. Presidente la palabra a los letrados de los recurrentes, interviniendo en primer lugar el Sr. Boyé Tuset (en defensa de D. Carles Puigdemont i Casamajó, Dña. Clara Ponsatí i Obiols y D. Antoni Comín i Oliveres) que solicita la estimación de su recurso, con una reconducción del procedimiento hacia un procedimiento abreviado y dejar sin efecto las órdenes de busca y captura. A continuación, se da la palabra al Sr. Samper Rodríguez (en defensa de D. Lluís Puig i Gordi) que interesa la estimación de su recurso en base a que no existió compromiso obligatorio del que era Consejero de Cultura ni de su Departamento, por lo que debería haber decaído el procesamiento; a que su actuación debe ser subsumida con lo aducido en el recurso de reforma de la Abogacía del Estado, siendo la pena a imponer la de 4 años y a que debe aplicarse la norma más favorable y sostiene la falta de competencia de este Tribunal. Por último, interviene la Sra. Castro Fuertes (en defensa del Partido Político VOX) que, solicitando la estimación de su recurso en base en que deben subsumirse los hechos acaecidos en el nuevo tipo penal de desórdenes públicos agravados (art. 557 C. P.) en cuanto al desaparecido delito de sedición. Y, en cuanto al delito de malversación se entiende que no es necesario el ánimo de lucro personal. A continuación se concede la palabra a los apelados. La Abogacía del Estado, manifiesta que son acertados los argumentos del auto recurrido y solicita la desestimación de los recursos interpuestos en base a que se deben concernir a la modificación de las órdenes de busca y captura. No cabe en este trámite

la modificación de los hechos punibles ni las calificaciones indiciarias del auto de procesamiento. Concedida la palabra al Ministerio Fiscal, solicita la desestimación de los recursos e informa que, entre el dictado de los dos autos del Instructor, se dicta el auto de la Sala de fecha 13 de febrero de 2023 que revisa la sentencia de 14 de octubre de 2019, estando la cuestión procesal ya resuelta en cuanto a la no acomodación del delito de sedición al nuevo tipo de desórdenes agravados, hecho que motiva que el Ministerio Fiscal no recurra en apelación. Añadiendo que no puede llevarse a cabo la interpretación de acomodación del procedimiento que hace el apelante. Ello llevaría a dictar auto de imputación en un procedimiento abreviado que obligaría a pedir suplicatorio, aclarando que la inmunidad como eurodiputado no puede ser ilimitada, ni para evitar la acción de la Justicia. Los procesados son eurodiputados con posterioridad a la comisión de los hechos, no siendo exigible ya el suplicatorio, pues ya existe un auto de procesamiento. En cuanto a la incompetencia del Supremo, no es cierto que ningún tribunal, ni el tribunal Constitucional y el de la Unión Europea haya manifestado que este Tribunal no es competente. Es una interpretación sesgada de la sentencia de 31 de julio de 2022 en el sentido de que el TJUE haya dicho que este Tribunal no es competente. Lo que sí ha dicho el TJUE que para que un Tribunal nacional pueda conocer causa contra aforados debe existir una base legal y, en España esa base legal existe. Respecto a la alegación de la representación del Sr. Puig Gordi de un precedente de la Sala que determinó la competencia del TSJ de Cataluña en un caso de desobediencia, dicha resolución es un hecho puntual y no es aplicable a los hechos de esta causa.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación el interpuesto por las representaciones procesales del partido político VOX y de Antoni Comin i Oliveres, Carles Puigdemont i Casamajo, Clara Ponsatí i Obiols, Lluís Puig i Gordi contra auto de fecha 21 de Marzo de 2023 del Magistrado Juez instructor.

Ante las alegaciones efectuadas en la vista oral por las partes es preciso indicar que nos encontramos ante un proceso de adaptación al inicial auto de procesamiento acordado en base a la LO 14/2022 de reforma del Código penal y la exigente adecuación del inicial auto a las modificaciones legales. Nada más. Por ello, no es posible ampliar el marco de impugnación de lo resuelto por el instructor, ya que no se recurre ahora el inicial auto de procesamiento de fecha 21 de Marzo de 2018, sino que el auto del instructor de 12 de Enero de 2023 es de "adaptación" procesal a una modificación ex lege, no pudiendo aprovecharse la vía impugnativa en lo que exceda del contenido propio del auto que se recurre, como alegaron tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal ante las alegaciones de los recurrentes.

Por ello, como alega la Abogacía del Estado todo lo que suponga un exceso respecto del alcance del auto de adaptación ex lege supone una actuación "extramuros" del objeto del proceso y de la propia tramitación del contenido de los recursos.

De esta manera, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal en la vista ante la exposición de los recurrentes el proceso de "depuración" está hecho en el auto de 12 de Enero de 2023 y la "acomodación procesal" que se pretende por los recurrentes es improcedente por estar ya en cauce de sumario ordinario y ser correcto en cuanto a la pena en abstracto y en el marco de las posibles penas adaptadas al marco legal, sin ser este el momento procesal para realizar un proceso de individualización penológica al situarnos en el contenido y contexto del auto de procesamiento. Nada más. Ello conlleva, además, la no necesidad de instar suplicatorio al referirse ello al momento en el que se dictó el auto de procesamiento y la situación personal de los recurrentes en ese momento.

Por lo que se refiere a la competencia de esta Sala del Tribunal Supremo ej esta causa ya nos pronunciamos en la presente resolución en el FD nº 5, pero hay que añadir, como se sostuvo por el Ministerio Fiscal en la



vista la referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 34/2021 de 17 Feb. 2021, Rec. 1640/2020, que apunta que:

"Razones que justifican la asunción de la competencia para investigación y enjuiciamiento de la causa por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En aplicación de lo establecido en el art. 57.1. 2º LOPJ, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo asumió y mantuvo su competencia objetiva para la averiguación y el enjuiciamiento de los hechos atribuidos a la demandante tomando en consideración lo establecido en el art. 57, apartado segundo, del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Las normas aplicadas establecen lo siguiente: "1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 2.º De la instrucción y enjuiciamiento (...) de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía." (art. 57.1. 2º LOPJ)

"En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo" (art. 57.2 EAC)

De la misma forma, el art. 70.2 EAC establece que: "Corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidir sobre la inculpación, el procesamiento y el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la Generalitat y de los Consejeros. Fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo" (art. 70.2 EAC).

Tres han sido los criterios concurrentes tomados en consideración por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para afirmar su competencia objetiva:

i) la prerrogativa de aforamiento especial parlamentario: durante todo el desarrollo de la causa, una o varias de las personas a las que se refería la querrela, después sometidas a investigación, procesadas o finalmente



acusadas, mantenían la condición de diputados del Parlamento de Cataluña, bien por formar parte de su Diputación Permanente -una vez disuelta la asamblea legislativa autonómica-, bien por haber sido elegidas para integrar el parlamento constituido tras las elecciones autonómicas celebradas el pasado 21 de diciembre de 2017. Es más, iniciado ya el juicio oral, algunas de ellas pasaron a integrarse como diputados o senador en las Cortes Generales y, poco después, en el Parlamento europeo.

ii) la ubicación geográfica de los hechos imputados: el relato fáctico que dio sustento a la querrela inicial, y también a los escritos de acusación formulados, afirmaba en cada caso la realización de algunos hechos típicos fuera del territorio de la comunidad autónoma catalana.

iii) la apreciación de conexidad procesal entre los delitos investigados en las diversas causas acumuladas: la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que los hechos investigados en las actuaciones penales dirigidas contra varios acusados no aforados, eran plenamente coincidentes con los de aquellas otras causas que se seguían contra los que sí tenían reconocida la prerrogativa parlamentaria de aforamiento ante la Sala Penal del Tribunal Supremo (arts. 17.1 y 2, y 272 LECrim), de manera que los delitos a que se referían eran procesalmente conexos.”

En definitiva, el TC viene a validar la competencia y aforamiento al Tribunal Supremo en la presente causa frente al alegato de los recurrentes.

Y respecto al contenido del auto de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 20793/2022 de 20 Dic. 2022, Rec. 20887/2022, como mantiene el Ministerio Fiscal en la vista, se refiere a un supuesto de hecho diferente al que es objeto en la presente causa especial, por lo cual es inaplicable.

RECURSO DE VOX

SEGUNDO.- 1.- INCARDINAR LOS HECHOS EN LOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS DEL ART. 557.1 Y 557.2 CP EN LA REDACCIÓN VIGENTE.

Señala el recurrente que “la discrepancia con el Excmo. Sr. Instructor radica en la posibilidad de incluir, en la calificación jurídica de los hechos y, en consecuencia, en su futuro enjuiciamiento, los delitos del art. 557.1 y 2 CP en su redacción vigente, tras la reciente modificación del Código Penal”.

Se reiteran en el recurso de apelación los argumentos ya sostenidos en su momento en base a postular que la derogación del delito de sedición debería llevar consigo la tipificación de los hechos probados por los que se condenó por delito de sedición para serlo ahora por delito de desórdenes públicos.

Las ideas básicas del auto de fecha 12 de Enero de 2023 que fue recurrido en reforma y dio lugar al presente recurso de apelación fueron las siguientes:

Sedición y desórdenes públicos.

1.- Se ha optado en la LO 14/2022 por derogar el delito de sedición. Y aun cuando se pueda sostener que la subsunción de los hechos debe realizarse en los delitos de desórdenes públicos, ello no es así.

2.- Ni podrían sancionarse las conductas enjuiciadas conforme a un tipo penal que no estaba en vigor en la fecha en la que los hechos tuvieron lugar (mucho menos aplicar un subtipo agravado de nueva creación), ni siquiera puede sostenerse que los hechos enjuiciados cupieran en los delitos de desórdenes públicos vigentes a la fecha de su comisión.

3.- La instrucción ha reflejado que la intención de los encausados fue desbordar el orden constitucional y lograr, directa o indirectamente, pero fuera de las vías legales, un nuevo orden territorial y político; lo que aleja su

comportamiento de la transgresión (comparativamente insignificante o insustancial) de las ordinarias reglas de convivencia en grupo, que constituyen el bien jurídico protegido en los delitos contra el orden público.

4.- El delito de desórdenes públicos del artículo 557 no contemplaba siquiera la actuación ilícita que aquí se analiza, pues sancionaba exclusivamente a los inductores o alborotadores que directamente incitaran a alterar la paz pública con actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, lo que no es predicable de los procesados que, como se ha dicho, desplegaron e impulsaron una desobediencia civil y una insurrección institucional orientada a alterar el orden constitucional, sin ninguna llamada a la violencia.

5.- a.- No resulta de aplicación el delito de sedición del artículo 544 del Código Penal, porque el precepto no ha visto rebajadas sus penas, sino que se ha derogado y resulta actualmente inexistente, siendo retroactivas las normas penales en lo que favorezcan al reo.

b.- Tampoco su conducta puede ser enjuiciada conforme a ninguno de los tipos penales de desorden público vigentes en el año 2017, pues todos los comportamientos que entonces se contemplaban distan de la realidad delictiva enjuiciada.

c.- Es igualmente inviable una sanción por los tipos penales de desórdenes públicos que hoy se introducen, porque ni puede considerarse que contemplen actuaciones como la investigada, ni desde luego son aplicables a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

6.- Los encausados: 1) Carles Puigdemont i Casamajó, 2) Antonio Comín i Oliveres, 3) Clara Ponsatí i Obiols y 4) Marta Rovira i Vergés, no se enfrentan a unos hechos eventualmente contemplados en los delitos de sedición o de desórdenes públicos vigentes a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar, sino exclusivamente subsumibles en el delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal entonces vigente, sancionado con pena de multa e inhabilitación para cargo público de hasta dos años.

Por otro lado, debemos proceder a sistematizar, también, las ideas claves sostenidas en el auto ahora recurrido de fecha 21 de Marzo de 2023 en cuanto a esta cuestión a saber:

1.- 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.

2.- 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.

3.- 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.



4.- 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».

5.- 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.

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.



7.- 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.

8.- Diferencia de la sedición y los desórdenes públicos.

a.- 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.

b.- 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*.

c.- El bien jurídico es distinto entre sedición y desórdenes públicos.

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.

d.- Se confirma en la propia sentencia de 14 de octubre de 2019 al evaluar la trascendencia 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».

e.- 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.

f.- 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.

g.- 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.

9.- Desobediencia del art. 410 CP sí, desórdenes públicos del nuevo art. 557 CP no.

a.-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.

b.-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.

c.-Los encausados desplegaron e impulsaron una desobediencia civil y una insurrección institucional orientada a alterar el orden constitucional, sin ninguna llamada a la violencia, no unos desórdenes públicos por medio de la violencia.

Por último, y no menos importante, resulta necesario acudir a los pronunciamientos al respecto que sostuvo el auto del Tribunal de enjuiciamiento 20107/2023 de 13 Feb. 2023, Rec. 20907/2017 al respecto, que como *Key issues* son importante en el análisis global que se debe realizar en este tema, así como en el análisis de las repercusiones de la LO 14/2022 al delito de malversación:



- 1.- La voluntad del legislador, según se desprende de la lectura de la Exposición de Motivos, no es otra que dar nueva regulación a los delitos contra el orden público, suprimiendo el espacio de tipicidad que desde el Código Penal de 1995 proporcionaba el art. 544, que ha quedado formalmente derogado.
- 2.- El delito de sedición, tal y como estaba regulado en el art. 544 del CP, era algo más que un delito contra el orden público. Este precepto incluía, entre los fines perseguidos por quienes se alzaban pública y tumultuariamente, objetivos que desbordan el concepto de orden público al que parece aferrarse la reforma. Y es que quien promueve por la fuerza o fuera de las vías legales el incumplimiento de las leyes o las resoluciones judiciales no se limita a perturbar el orden público. La autoridad que desoye contumazmente los requerimientos del Tribunal Constitucional, que desatiende las prohibiciones impuestas por el Tribunal Superior de Justicia, que lleva a cabo un proceso legislativo de ruptura -por más que éste carezca de toda viabilidad jurídica- no está simplemente alterando el orden público.
- 3.- 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.
- 4.- La subsunción típica de los hechos acontecidos en Cataluña no puede identificarse con la limitada visión de un problema de orden público.
- 5.- Entre el delito de sedición, tal y como se hallaba definido en el art. 544 del CP y el delito de desórdenes públicos del art. 557 -en su histórica o actualizada regulación- no existe una identidad sustancial que permita afirmar que, suprimido el primero, todo lo que éste abarcaba ha quedado ahora alojado en el segundo.

6.- Esa falta de identidad se advierte no sólo desde la perspectiva del bien jurídico o de la acción típica, sino atendiendo también a la *estructura del tipo subjetivo*.

7.- El delito de sedición enriquecía los actos ejecutivos con la *voluntad de promover la inobservancia de las leyes o el incumplimiento de las resoluciones judiciales*.

8.- Ahora el tipo subjetivo queda reducido a la voluntad de «atentar contra la paz pública».

9.- La colectiva desobediencia a los requerimientos del Tribunal Constitucional o a las órdenes de los agentes que intentaban cumplir un mandato emanado de la autoridad judicial fueron algo más que un atentado contra la paz pública, sobre todo, porque esa voluntad era el motor que empujaba el frustrado deseo de lograr la vigencia de unas leyes de transitoriedad que preparaban el camino hacia la independencia.

10.- *El “hueco” dejado en la derogación de la sedición.*

El efecto inmediato de la reforma operada por la LO 14/2022, por tanto, ha consistido en generar un vacío normativo en el que hechos como los que fueron enjuiciados en la sentencia que ahora se revisa pueden topar con visibles grietas de tipicidad.

11.- *Los desórdenes públicos exigen actos de violencia o intimidación.*

A partir de su entrada en vigor, la fractura del marco jurídico que hace posible la convivencia, el desbordamiento de los límites competenciales propios de la estructura del Estado y la tenaz desobediencia a los requerimientos judiciales sólo serán constitutivos de delito si van acompañados de actos de violencia o intimidación como los descritos en el renovado art. 557, que serían entonces castigados como una alteración del orden público.

Art. 557.1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, ejecuten actos de violencia o intimidación...

12.- Con anterioridad a la reforma (LO 14/2022), el delito de sedición no exigía una movilización violenta.

13.- *Impunidad posible de conductas desde la LO 14/2022. La creación de un espacio de impunidad no cubierto por el delito de desórdenes públicos que exige violencia o intimidación.*

a.- A raíz de la reforma (LO 14/2022), entre el delito de rebelión regulado en el art. 472 del CP y el delito de desórdenes públicos previsto en el art. 557 existe un espacio intermedio que puede alojar en el futuro conductas gravemente atentatorias al sistema constitucional, en el que la observancia de las leyes y el incumplimiento de las resoluciones judiciales, si no fueran acompañados de una violencia preordenada a esos fines o no implicaran actos de violencia o intimidación sobre las personas o las cosas quedarían impunes.

b.- La deslealtad constitucional y el menosprecio a las bases de la convivencia, incluso cuando fueran seguidos de un alzamiento público y tumultuario, no necesariamente violento, no serían susceptibles de tratamiento penal.

14.- *La LO 14/2022 no ha llevado a efecto una "sustitución" del delito de sedición por el de desórdenes públicos.*

a.- La reforma de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, no ha procedido a dar nueva redacción al delito de sedición, que ahora se llamaría delito de desórdenes públicos. No ha llevado a cabo un desplazamiento o sustitución de los tipos penales. Lo que ha hecho ha sido suprimir, sin más, el injusto que antes abarcaba el art. 544 del CP.

b.- El actual delito de desórdenes públicos es un aliud respecto del derogado delito de sedición. Esta afirmación no es novedosa. La proclamábamos en la



sentencia que está en el origen de esta revisión y la reiteramos en el *informe elaborado por esta Sala, fechado el 26 de mayo de 2021*, con ocasión del expediente de indulto que declaró extinguidas las penas privativas de libertad impuestas a los condenados.

c.- El examen de la subsunción no puede verificarse con la reduccionista metodología que representa afirmar que el compartido acuerdo de los coautores respecto de los elementos que daban vida al delito de sedición y que se refleja en el hecho probado -movilización tumultuaria, inobservancia de las leyes e incumplimiento de las resoluciones judiciales- puede ahora interpretarse como la responsabilidad incondicional de todos los acusados respecto de los actos de violencia o intimidación que pudieron acompañar a esos hechos.

d.- Los límites impuestos por el principio de culpabilidad, una vez derogada la sedición y, de modo especial, cuando toca analizar un renovado juicio de tipicidad como consecuencia de la reforma, impiden asumir sobrevenidas condenas de los responsables gubernamentales y legislativos como autores de un delito en el que la acción típica se describe ahora como la ejecución de «actos violentos o intimidatorios con el fin de atentar contra la paz pública.

e.- La lógica distribución de roles en el episodio sedicioso no puede ser la fuente de una responsabilidad objetiva en la que «todos responden de todo», resucitando así el «versari in re illicita» tan denostado por la ciencia penal.

f.- No existe en los hechos el previo concierto para la comisión de un delito de desórdenes públicos que exige como elemento nuclear la ejecución de actos violentos o intimidatorios o, en su caso, la conspiración, la provocación o proposición para hacerlos realidad.

g.- La ejecución de actos violentos o intimidatorios imputables tiene que reflejarse con absoluta claridad en la narración fáctica. El apoyo incondicional a las movilizaciones ciudadanas con ocasión del referéndum, los mensajes favorecedores de la participación en la consulta y la petición de libertad a los

detenidos no tienen encaje -no pueden tenerlo- en el delito de desórdenes públicos, ya sea en la redacción anterior o en la asumida por la reforma de 2022.

h.- Cualquier intento de lograr una forzada adaptación de la tipicidad podría ser contrario a los principios que legitiman la aplicación de la norma penal, en la medida en que nos obligaría a una inferencia excesivamente audaz acerca de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que exige la nueva redacción del art. 557 del CP. El juicio revisorio que procede, ya en la fase de ejecución del proceso, no autoriza un cambio de calificación construido a partir de «retales de tipicidad» que son dispuestos de forma voluntarista para encajar los hechos probados en los nuevos preceptos.

Pues bien, señala el recurrente que: "La aplicación de dichos preceptos -de reciente creación y de diferente tipificación en el momento de comisión- solo puede entenderse, precisamente, de la consideración de mayor beneficio para el reo. Lo contrario sería, en consecuencia, vulnerar lo relativo a la irretroactividad de normas penales desfavorables. Es, insistimos, precisamente, la aplicación de dicho principio, lo que permite -y aconseja- la subsunción de los hechos en el nuevo art. 557.1 y 2 CP. Si bien es cierto que no existe homogeneidad entre los tipos penales de la sedición (derogado art. 544 CP) y desórdenes agravados (Art. 557.2 CP actual), también lo es que, si bien no casuísticamente, en este caso concreto sí existe similitud suficiente entre los hechos concretos que formaban parte de la colectiva desobediencia orquestada y los elementos del tipo de desórdenes públicos agravados del art. 557.2 CP."

En consecuencia, este tribunal comparte los argumentos expuestos que hemos sistematizado, validando la decisión del auto ahora recurrido en cuanto a la no admisión de la modificación del delito de sedición por el de desórdenes públicos, tal y como han resuelto ya los tres autos citados del Tribunal Supremo. Y ello, además de las razones expuestas, por las siguientes:

- 1.- No se pueden comparar a modo de tipicidad 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 (sedición) y un comportamiento de la transgresión (comparativamente insignificante o insustancial) de las ordinarias reglas de convivencia en grupo con violencia o intimidación (desórdenes públicos).
- 2.- El tipo penal de desórdenes públicos del nuevo art. 557 CP no estaba en vigor al tiempo de los hechos y menos en su construcción agravada.
- 3.- No pueden equipararse el objetivo de alterar la paz pública del art. 557 CP y las reglas de convivencia con violencia o intimidación y hacerlo con el orden constitucional del derogado art. 544 CP sin esa violencia o intimidación no exigibles en este tipo penal.
- 4.- Para aplicar la Disposición Transitoria Primera de la LO 14/2022 la aplicación de la nueva ley debe ser completa y tal y como se reflejan en las resoluciones dictadas.
- 5.- No cabe aplicar a hechos referidos al delito de sedición que se ha derogado el tipo penal del art. 557 CP de desórdenes públicos, porque sería introducir una “tipicidad anómala” en una hipotética “sustitución” de un tipo penal derogado por otro que es inviable que abarque la conducta analizada en el auto de procesamiento. Y ello, por las diferencias básicas y esenciales que se han fijado en los autos del instructor de fechas 12 de enero y 21 de Marzo de 2023, así como en el auto del tribunal de enjuiciamiento de 13 de Febrero de 2023.
- 6.- La tipificación recogida en el derogado delito de sedición no proyectaba la antijuridicidad de todos los elementos que se exigen para la punición del actual artículo 557 del Código Penal.
- 7.- La conducta tipificada en el delito derogado de sedición no se llena con los elementos que se contemplan en la redacción del delito de desórdenes

públicos del nuevo art. 557 CP. Existen elementos, como la violencia o intimidación, que no se recogen en la sedición derogada. No cabe aplicar, por ello, una “sustitución impropia” de tipos penales que podría considerarse “en perjuicio” y no “en beneficio” del reo.

8.- Como se ha expuesto de forma detallada en los autos del instructor ya citados, el bien jurídico es distinto entre sedición y desórdenes públicos.

9.- La ausencia de violencia o intimidación impiden un régimen de “sustitución” de tipos ante la derogación de un tipo penal por otro que perjudica al encausado, y, por ello, fue descartado por el instructor.

10.- No puede admitirse que exista una especie de “cobertura típica” y “sustitutiva en plenitud” con el delito de desórdenes públicos del nuevo art. 557 CP, con lo que “dejan sin sancionar” los hechos antes contenidos en el derogado delito de sedición por imperio de la LO 14/2022. Son distintos en elementos del tipo, en bien jurídico protegido y, por ello, en el alcance de las conductas.

11.- Todo ello, nos lleva a admitir, como ya se ha expuesto, que el actual delito de desórdenes públicos es un *aliud* respecto del derogado delito de sedición que impide su aplicación en defecto de la sedición.

12.- No cabe admitir que por existir “similitud” entre tipos penales, y no homogeneidad que beneficie al encausado, se pueda proceder a la sustitución de tipos penales no homogéneos. Ello sería tanto como actuar en perjuicio del reo, lo que no es posible cuando el delito de sedición se ha derogado, y la norma más favorable no lo sería la “elección” del delito de desórdenes públicos del art. 557 CP en virtud de la LO 14/2022.

En consecuencia, no puede admitirse que los hechos que dieron lugar al procesamiento por sedición puedan “reconvertirse” en el delito de desórdenes públicos del art. 557 CP tras la LO 14/2022. Lo han explicado de forma detallada tanto el auto del instructor de fecha 12 de Enero de 2023,

como el que resolvió la reforma y ahora recurrido de fecha 21 de Marzo de 2023, así como el que dictó el Tribunal de enjuiciamiento de fecha 13 de Febrero de 2023 donde se pone de manifiesto el régimen de no cobertura típica dejado al abrigo de la derogación del delito de sedición en la LO 14/2022 y la imposibilidad de sustitución por el delito de desórdenes públicos que tipifica otro objetivo y otros medios instrumentales comisivos, así como elemento subjetivo del injusto.

El motivo se desestima.

RECURSO DE LLUIS PUIG I GORDI

TERCERO.- Procesamiento por delito de malversación de caudales públicos tras la LO 14/2022.

Cuestiona el recurrente que “En el auto de fecha 12 de enero de 2023, se procesa al Conseller LLUÍS PUIG GORDI, por los siguientes delitos:

- 1) Un delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal.
- 2) Malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal, en relación con el artículo 253 del mismo cuerpo legal.

En el auto de fecha 21 de marzo de 2023, el Magistrado-Juez instructor, confirma el procesamiento en los mismos términos que el auto recurrido de fecha 12 de enero de 2023, es decir por los siguientes delitos”.

Relata el recurrente el contenido del auto de procesamiento dictado por el instructor y el dictado posterior de la sentencia de la Sala de enjuiciamiento 459/2019 de 14 de octubre y refiere lo resuelto en esta sentencia respecto al juicio celebrado en su día en relación con las circunstancias que podrían afectarle. Incide en las conclusiones provisionales de las acusaciones y definitivas y cuestiona el contenido del auto de fecha 21 de Marzo de 2023 resolviendo la reforma frente al auto de fecha 12 de Enero de 2023. Postula

que a raíz de los hechos probados de la referida sentencia de la Sala es preciso modificar el auto de procesamiento en relación al delito de malversación de caudales públicos y en lo concerniente a la mercantil UNIPOST, SA.

Sostiene también que “los hechos objeto de condena no pueden ser subsumidos en la conducta de apropiación con ánimo de lucro” ni en la redacción anterior del Código Penal ni en la actual”. Y añade que “el art. 433 CP (LO 14/2022) es precisamente el supuesto en el que habrían incurrido Junqueras y el resto de exconsellers condenados por malversación, pues para la Abogacía del Estado, la consideración de “pública” de ese desvío de dinero público no excluye “aquellos supuestos en los que ese destino sea ilegal”.”

Respecto a los requisitos de la nueva redacción del art. 432 CP LO 14/2022 señala que “el ánimo de lucro y que el dinero desviado se empleara para “usos particulares y ajenos a la función pública”. Ninguna de las dos condiciones se da en la conducta del Conseller LLUÍS PUIG GORDI.”

Pues bien, en relación al actual recurrente señala en el auto recurrido de fecha 21 de Marzo de 2023 que:

“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.”

Vemos, con ello, que, lejos de la relación de hechos que el recurrente selecciona de la sentencia, el instructor puntualiza elementos de causa y razón que sí son determinantes del mantenimiento del procesamiento. Y ello, porque, como apunta el instructor, no puede confundirse la fase procesal que nos encontramos respecto a los ahora recurrentes no juzgados y los ya juzgados

por su distinta situación procesal, y por las distintas posiciones que existen a la hora de aplicar lo que postula el recurrente en relación a quien ha sido juzgado respecto de quien no lo ha sido, porque en este escenario procesal el “suelo” como base del procesamiento lo ponen la existencia de indicios racionales de procesamiento, que son los que ya se fijaron en su momento y se aclaran y concretan ahora en el auto ahora recurrido respecto de la actuación del recurrente. Lo que ahora pretende el recurrente es su salida del proceso concurriendo mínimos indicios racionales de criminalidad sin haber sido juzgado, frente a otros que se sometieron al desarrollo y desenlace de un juicio oral y una sentencia a la que se refiere con detalle.

Por ello, y en relación al delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP ya señaló el instructor en su auto de fecha 12 de Enero de 2023 que “Esta responsabilidad resulta eventualmente exigible a los procesados Carles Puigdemont i Casamajó, en su condición de ser entonces Presidente del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, así como a los encausados Antonio Comín i Oliveres y Lluís Puig i Gordi, puesto que éstos, como Consejeros de Salud y Cultura respectivamente, podían haber asumido una de las cinco partes en que se fraccionó el pago del encargo que se hizo a la empresa Unipost para que abordara el reparto de las notificaciones de los nombramientos de integrantes de mesas electorales, así como las notificaciones de la mesa en las que podía votar cada uno de los integrantes del censo.”

Y las referencias que incluye en el ahora recurrido de 21 de Marzo de 2023 vienen a sostener los indicios racionales de criminalidad que el recurrente pretende atraer y comparar con la parte del proceso sometida a enjuiciamiento, obviando la concurrencia de esos indicios racionales que respecto del recurrente concurren, y que, en su caso, las alegaciones deberían ser expuestas en un juicio oral para comparar su posición y línea de defensa respecto de los hechos sometidos a enjuiciamiento en su momento. Pero la decisión que ahora se adopte va circunscrita, no lo olvidemos, respecto a “suficiencia de indicios”, y estos son citados con detalle por el instructor, frente a la “selección” de los extremos expuestos por el recurrente.

En el auto de procesamiento se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizado de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria y delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso.

En el auto de esta Sala en esta misma causa especial de fecha 26 de Junio de 2018 ya dijimos en este tribunal que “en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizado de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria y delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso”.

El auto de procesamiento es aquél en el que el Juez acordará «desde que resulte del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona». Y tal y como establece el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, esos indicios constituyen «una primera plataforma de la investigación criminal», lo que reafirma su carácter de imputación provisional. El procesamiento no supone aún ejercicio de la acusación, «y por ello no está precisado de verificar una calificación exhaustiva y concluyente. La acusación de la que hay que defenderse en el juicio se produce por la calificación, no por el procesamiento». De ahí que tan sólo sea una resolución de imputación provisional, pues la acusación en el plenario no tiene por qué plantearse necesariamente en los términos en que el instructor formuló la imputación al procesar.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha precisado al respecto que «el auto de procesamiento es un simple presupuesto de acceso del proceso a la fase plenaria [...], pero no el instrumento de ejercicio de la acción penal», «no es asimilable al acta de acusación» pues su relato fáctico no vincula ni a las partes acusadoras ni al Tribunal sentenciador (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1991).

Por ello, no cabe llevar a cabo una suerte de “anticipación valorativa” que propone el recurrente con la selección de los apartados en los que basa

su alegato para la exclusión del procesamiento, cuando los indicios sostenidos en el auto del instructor son suficientes para su validación como los indicios necesarios para el contenido del procesamiento y a resultados del desarrollo de la prueba en el correspondiente juicio oral.

El motivo se desestima.

CUARTO.- *Sobre la impugnación relativa al delito de malversación.*

Sobre esta impugnación que formula el recurrente es preciso efectuar un análisis de los antecedentes existentes en la Sala acerca de la relación del proceso actual con la reforma del CP por Lo 14/2022, debiendo poner de manifiesto cuáles han sido las cuestiones clave, o las anglosajonas *Key issues*, que pueden destacarse de las resoluciones dictadas por este Tribunal Supremo al respecto, y en concreto, la respuesta dada por el instructor, así como por la del tribunal de enjuiciamiento en la ejecutoria penal, a saber:

a.- Aspectos centrales sistematizados respecto al auto de fecha 12 de Enero de 2023 del Instructor en el auto que fue recurrido en reforma previo al actual de apelación:

1.- El procesamiento de: 1) Carles Puigdemont i Casamajó, 2) Antonio Comín i Oliveres, 3) Clara Ponsatí i Obiols y 4) Lluís Puig i Gordi, contempló además unos hechos considerados subsumibles en un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 1/2015, en relación con el artículo 252 del mismo texto legal.

2.- El Auto del instructor de 4 de noviembre de 2019, excluyó a Clara Ponsatí de esta presunta responsabilidad.

3.- Esta responsabilidad resulta eventualmente exigible a los procesados Carles Puigdemont i Casamajó, en su condición de ser entonces Presidente del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, así como a los encausados Antonio Comín i Oliveres y Lluís Puig i Gordi, puesto que éstos, como

Consejeros de Salud y Cultura respectivamente, podían haber asumido una de las cinco partes en que se fraccionó el pago del encargo que se hizo a la empresa Unipost para que abordara el reparto de las notificaciones de los nombramientos de integrantes de mesas electorales, así como las notificaciones de la mesa en las que podía votar cada uno de los integrantes del censo.

4.- *La malversación de caudales públicos antes y después de la LO 14/2022.*

a.- *Malversación anterior a la LO 14/2022.*

El artículo 432 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha en que se desarrollaron las actuaciones, y por su remisión al artículo 252 del mismo Código, condenaba como autores del delito de malversación a la autoridad o funcionario que, teniendo facultades para administrar un patrimonio público, las infringiera excediéndose en el ejercicio de las mismas y causare así un perjuicio al patrimonio administrado; condenando además, por su remisión al artículo 253, a quien, en la misma situación, se apropiare para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble que formara parte del patrimonio público que tuviera encomendado.

b.- *Malversación con la LO 14/2022.*

La nueva regulación prevé la misma pena que la legislación anterior para todos los supuestos en los que la autoridad o funcionario público, con ánimo de lucro, se apropie o consienta que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas.

c.- *No cabe aplicar la norma penal "más favorable".*

1.- Si los hechos enjuiciados fueren susceptibles de integrarse en el artículo 432 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar y satisficieran además las exigencias de punición del tipo penal descrito en la

nueva norma (sin ser merecedores de la aplicación de ninguno de los nuevos subtipos atenuados), no podría apreciarse que se haya introducido un régimen de sanción favorable para los encausados que determine la aplicación retroactiva de la norma en este aspecto.

d.- Nueva y anterior malversación. La apropiación y el ánimo de lucro introducido en el art. 432 CP.

a.- La nueva formulación del delito de malversación del artículo 432 del Código Penal, se ha situado en una descripción normativa semejante a la que recogió el artículo 432 del Código Penal que se deroga (LO 1/2015), en su remisión a las conductas del artículo 253.

b.- La sustracción y la apropiación no presenten un significado sustantivamente diferente del comportamiento que se busca reprimir.

c.- El ánimo de lucro en la malversación.

1.- En relación con el ánimo de lucro del artículo 432 del Código Penal, se ha proclamado por esta Sala que, en tanto que el delito de malversación constituye un delito de adjudicación de bienes que han sido confiados al autor, el ánimo de lucro no resulta diferente del «animus rem sibi habendi», esto es, del ánimo de tener o disponer de la cosa como propia y

2.- Que esta naturaleza apropiatoria es la que atribuía su contenido semántico al verbo sustraer anteriormente utilizado y hoy sustituido por el más preciso de apropiarse.

3.- 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.

4.- Esta consideración de la malversación como una actuación apropiatoria en la que se dispone del dinero o de los bienes públicos como si fueran propios, desposeyéndose al patrimonio público de la disponibilidad definitiva de los

mismos, no se ha visto modificada porque la LO 1/2015 incorporase a la previsión punitiva del artículo 432 del Código Penal los supuestos de administración desleal de caudales públicos.

5.- La introducción del elemento del "ánimo de lucro" en el nuevo tipo penal del art. 432 CP no supone una novedad respecto a la construcción jurisprudencial de la malversación.

El delito de apropiación indebida contempla las conductas apropiatorias entendiéndose el ánimo de lucro como cualquier beneficio, aprovechamiento o satisfacción, lo que -en el caso que aquí se investiga y a meros efectos de instrucción supone apreciar indicios de la comisión del delito de malversación del nuevo artículo 432.2, in fine (en su redacción dada por la LO 14/2002), en los procesados anteriormente referenciados.

6.- Si el dinero es un instrumento de cambio que permite concretar el contenido de la obligación recíproca de pago en algunas obligaciones onerosas, el ánimo de lucro resulta igualmente apreciable cuando se despoja a la Administración de unos fondos públicos para atender obligaciones de pago que corresponden al sujeto activo del delito y que están plenamente desvinculadas del funcionamiento legítimo de la Administración, como cuando se atribuye a la Administración una obligación de naturaleza particular y totalmente ajena a los intereses públicos que se gestionan. En ambos supuestos se dispone de los bienes públicos como propios y se apartan de su destino para la obtención de un beneficio particular.

d.- No cabe incluir los hechos en los subtipos atenuados de la LO 14/2022.

No puede apreciarse que las actuaciones investigadas ofrezcan visos de resultar subsumibles en los tipos penales atenuados que se introducen.1.- No cabe incluir los hechos en el art. 432 bis nuevo CP.

En cuanto al artículo 432 bis del Código Penal, porque en los hechos investigados pueden apreciarse visos de concurrir un ánimo de lucro en los

términos anteriormente expuestos, habiendo fijado nuestra jurisprudencia (SSTS de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000 o 914/2012, de 29 de noviembre) que el delito de malversación del artículo 432 del Código Penal es aplicable cuando el ánimo del sujeto activo es disponer como dueño, a título definitivo, del patrimonio público, mientras que el tipo atenuado es únicamente apreciable si se dispone temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, con mera voluntad de uso temporal de la misma, lo que aquí no parece apreciarse.

2.- No cabe incluir los hechos en el art. 433 nuevo CP.

En lo relativo al actual artículo 433 del Código Penal, su inviabilidad respecto de los hechos investigados resulta de lo inconciliable de entender que el patrimonio público se aplicó en este caso a una finalidad pública diferente de aquella a la que estaba destinado, pues no se trata de un supuesto en el que se produjera un trasvase presupuestario entre finalidades públicas legítimamente administradas, sino de la aplicación de los fondos públicos a sufragar la decisión personal de contravenir el ordenamiento jurídico y cometer un delito, por más que el sujeto activo tenga una actividad profesional pública.

e.- Alcance objetivo del auto de procesamiento.

El Auto de Procesamiento tiene por objeto concretar los hechos inicialmente atribuibles al acusado, evaluando su naturaleza delictiva para decidir el procedimiento aplicable y su continuación, pero no concierne a esta resolución realizar un inmutable juicio de subsunción típica. La calificación de los hechos atribuidos al procesado deberá efectuarse por las acusaciones y por la defensa en sus escritos de calificación provisional, e incluso al emitir sus conclusiones definitivas siempre que respete la esencia de los hechos por los que se hubiera decretado, en su caso, la apertura del juicio oral.

f.- La participación en el delito de malversación.

Es oportuno mantener el procesamiento de Lluís Puig, pues conforme a lo anteriormente expuesto y a la luz de LO 14/2022, no se excluye que los hechos que se le atribuyen puedan ser constitutivos de infracción penal, concretamente de un delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal y de un delito de malversación del artículo 432 del Código Penal, en su redacción dada a la fecha en que los hechos tuvieron lugar y en relación con el artículo 253 del mismo Código; hechos todavía contemplados en el artículo 432.1 y 2 del Código Penal en su redacción vigente desde hoy. Más aún cuando la sentencia que el recurso cita, consideró que era un acto de participación en el delito de malversación, haber contribuido a la celebración del referéndum ilegalizado con actos en perjuicio del patrimonio público y concretamente asumiendo el pago de una parte específica de los gastos efectivamente generados, por más que la Administración hubiera renunciado a su cobro o pueda apreciarse la existencia de una mora accipiendi.

b.- Consideraciones al respecto del auto ahora recurrido en apelación de fecha 21 de Marzo de 2023.

1.- 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.

2.- Respecto del ánimo de lucro en el delito del art. 432 CP 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.

3.- 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.

4.- 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.

5.- Refiriéndose al delito de malversación de caudales públicos, la representación de Lluís Puig Gordí impugna el Auto de 12 de enero de 2023.

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.

c.- Aspectos centrales sistematizados respecto al auto de la Sala de enjuiciamiento de fecha 13 de febrero de 2023

Respecto a lo que es objeto del recurso formulado debemos recordar también que esta Sala ya se ha pronunciado sobre estas cuestiones en el Auto del Tribunal Supremo 20107/2023 de 13 Feb. 2023, Rec. 20907/2017 del que podemos extraer las siguientes “ideas clave” o *Key issues*, aunque con la diferencia de que en este caso la Sala se movió en el terreno post juicio y post sentencia, y en este caso el terreno lo es en fase de instrucción, pero existen ideas base que se refieren directamente a la interpretación de la reforma legal por LO 14/2022 y los tipos penales, y no al aspecto de la fase procesal en la que nos encontramos, a saber:

1.- La LO 14/2022, 22 de diciembre, ha derogado el delito de sedición, hasta entonces alojado en los arts. 544 a 549 del CP. Ha dado también nueva redacción a los arts. 557 y 557 bis, en los que se tipificaba el delito de desórdenes públicos y a los arts. 432 a 434 del CP, que regulaban el delito de malversación, preceptos todos ellos redactados conforme a las previsiones de la LO 1/2015, 30 de marzo.

2.- La subsunción de los hechos en el delito de desobediencia acarrea como consecuencia que el concurso medial que declaramos en nuestra sentencia entre los delitos de malversación de caudales públicos y sedición quede afectado y haya de ser sustituido por una fórmula concursal adaptada a la derogación de este último. De esta manera, el concurso ideal entre malversación de caudales públicos y sedición se transforma ahora en un concurso real (art. 76 del CP) entre los delitos de desobediencia y malversación de caudales públicos.

3.- La reforma operada por la LO 14/2022, 22 de diciembre, en lo que denomina «tres niveles de malversación», ha querido diferenciar la apropiación de fondos por parte del autor, ya sea para sí o para un tercero (art. 432); el uso privado y temporal de bienes públicos sin el propósito de apoderamiento (art. 432 bis); y el simple desvío presupuestario de fondos o gastos de difícil justificación (art. 433). La respuesta penal más intensa se residencia en el acto apropiativo, mientras que al uso no lucrativo de esos fondos y al desvío presupuestario se asocian penas de menor duración.

4.- Conviene tener en cuenta que el ánimo de lucro no desaparece en lo que el legislador denomina «...usos privados del patrimonio público». Son imaginables, desde luego, «malversaciones de uso». Por ejemplo, la STS 740/2013, 7 de octubre, calificó así el traslado de un televisor al domicilio particular sin la solicitud de la correspondiente autorización. Y la STS 849/2016, 29 de noviembre, llegó a la misma conclusión en el supuesto de un Policía Municipal que retiró del depósito y utilizó para usos propios un vehículo allí depositado.

5.- No pueden ver calificadas sus respectivas conductas como constitutivas de un delito atenuado del art. 432 bis, tanto por las dificultades para aceptar el carácter privado, no lucrativo, de la decisión de aplicar el patrimonio público en la financiación de un referéndum ilegal promovido y alentado desde los órganos de gobierno autonómico que dirigían, como por la inexistencia de un acto de restitución de esos fondos que, como es notorio, no se ha producido.

6.- Esta Sala no puede aceptar que el art. 433, inciso final, introducido por la reforma de 2022, opere como un tipo atenuado por el simple hecho de que el destino de los fondos públicos se presente como una decisión emanada de la autoridad o funcionario con capacidad para administrar esos fondos y, por tanto, para decidir su aplicación. No bastará que la decisión desleal haya sido revestida con las formalidades que acompañan a los actos administrativos y que aquélla sea adoptada por el órgano competente. Sería contrario a la más elemental lógica jurídica entender que quien hace suyos los fondos públicos incurre en una pena que puede llegar a los 8 años de prisión y quien los

destina a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- pueda ser castigado con una pena de multa.

Una solución interpretativa alternativa a la que ahora adoptamos podría ser contraria no sólo al valor axiológico que determina la protección penal de los fondos públicos, sino al reforzado compromiso asumido por nuestro país para proteger los fondos públicos de la Unión Europea. Así lo expresa la Directiva 2017/1371, 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, que en su art. 7 proclama el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el delito de malversación que afecte a esos fondos comunitarios sea punible, en algunos casos, con una pena máxima de, al menos, 4 años de prisión y, con carácter general, «...con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

7.- El concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos 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».

De ahí que los actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos seguirán teniendo cabida en el art. 432 del CP. Entender que los «tres niveles de malversación» a que se refiere la Exposición de Motivos, con la consiguiente reordenación de los nuevos tipos penales, ha degradado la relevancia típica de la administración desleal de los fondos públicos no puede ser aceptado. De hecho, conduciría a la inadmisibles incongruencia de premiar al funcionario que administra fondos públicos frente al particular que toma decisiones sólo relevantes para un patrimonio privado. No se olvide que el art.

252 del CP castiga al particular con penas que pueden llegar, en función de las circunstancias agravatorias precisadas en el art. 250 del CP, hasta los 8 años de prisión -10 años si se tratara de un delito continuado-, siempre que infrinja las facultades que le hayan sido concedidas para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en el ejercicio de las mismas. Admitir que los actos de deslealtad de una autoridad o funcionario público ya no tienen cabida en la definición de «apropiarse» y han de ser tratados con arreglo a los nuevos arts. 432 bis y 433, nos situaría en un escenario de inasumible incongruencia. El particular que excede de la habilitación que le ha sido concedida para definir el destino de los fondos privados cuya administración le ha sido atribuida puede ser castigado con penas de hasta 8 años de prisión y la autoridad o funcionario que hace lo propio con fondos públicos puede ser premiado, en función de los casos, hasta con pena de multa.

Al margen de lo expuesto, a la conclusión que obtiene la Sala acerca de que los actos de deslealtad en la administración de fondos públicos, siempre que se derive un perjuicio para el Estado, siguen alojados en el art. 432 y no en el renovado art. 433 del CP es coincidente con el criterio de la Fiscalía General del Estado, tal y como se expresa en el Decreto de 25 de enero de 2023.

8.- Los hechos declarados probados en nuestra sentencia nunca podrán recibir el tratamiento privilegiado que representa la aplicación del art. 433 del renovado Código Penal. Aplicar los fondos públicos de la Generalitat para la financiación de una consulta popular que desbordaba el marco competencial de quienes la promovían, desarrollada después de reiterados requerimientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia para evitarla y, en fin, orientada a un proceso secesionista que no llegó a tener virtualidad, nunca podrá considerarse «...una aplicación pública diferente» de aquella a que estaban presupuestariamente adscritos esos fondos. Y, lo que es más evidente, nunca podrá entenderse que se trató de una actuación ausente de ánimo de lucro.

Debe confirmarse la tesis del instructor a la hora de seguir aplicando el art. 432 CP en la subsunción jurídica inicial a los hechos del auto de procesamiento en lugar de hacerlo a los subtipos atenuados tras la LO 14/2022.

En consecuencia, de todo lo expuesto, y ante las alegaciones contenidas en el recurso debemos llegar a las siguientes conclusiones que desestiman los planteamientos de exclusión de la nueva configuración de la malversación en la Lo 14/2022, o bien su “redirección” al art. 433 CP. Veamos.

- a.- El concurso ideal entre malversación de caudales públicos y sedición se transforma ahora en un concurso real (art. 76 del CP) entre los delitos de desobediencia y malversación de caudales públicos.
- b.- El ánimo de lucro no desaparece en lo que el legislador denomina «...usos privados del patrimonio público».
- c.- El concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento.
- d.- Los actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos seguirán teniendo cabida en el nuevo art. 432 del CP. Así, la sanción de la administración desleal del patrimonio público se sigue residenciando en el art. 432.1 y no en un subtipo atenuado.
- e.- No puede admitirse que se haya degradado la relevancia típica de la administración desleal de los fondos públicos. Esto no puede ser aceptado.
- f.- No puede admitirse que los actos de deslealtad de una autoridad o funcionario público ya no tienen cabida en la definición de «apropiarse» y han de ser tratados con arreglo a los nuevos arts. 432 bis y 433. De ser así nos situaría en un escenario de inasumible incongruencia.

g.- Los actos de deslealtad en la administración de fondos públicos, siempre que se derive un perjuicio para el Estado, siguen alojados en el art. 432 y no en el renovado art. 433 del CP.

h.- El art. 432 del CP incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal.

i.- En esta sede procesal, los actos de deslealtad presuntamente ejecutados en una acción concertada, fueron también actos apropiatorios, y ello se obtiene de distintos pasajes del factum.

Por ello, la reforma de la LO 14/2022 no “desdibuja” el escenario de la presente causa, al no haber modificado las razones del procesamiento la modificación del tipo penal del art. 432 CP, ni poder conllevar la atenuación que se persigue a la modificación hacia el art. 433 CP o el art. 432 bis como ya expone el Tribunal de enjuiciamiento en su auto de 13 de Febrero de 2023.

Así, como señala la mejor doctrina, tras la reforma por LO 14/2022, el ánimo de lucro en sentido juridicopenal no significa ánimo de enriquecerse, sino de apropiarse de una cosa para disponer de ella como si se fuera su propietario, es decir: de disponer de ella de la manera más absoluta.

En este sentido se manifiesta la STS 368/2000 que apunta que:

"La noción de ánimo de lucro ha sido aclarada ya en la jurisprudencia de esta Sala por lo tanto, el ánimo de lucro se agota en el 'animus rem sibi habiendi', es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio"; así como la STS 506/2014, referida expresamente a la malversación: "el ánimo de lucro no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio. No se exige pues el lucro personal del sustractor".

Y, como apunta la mejor doctrina, este nuevo art. 432 que ahora se introduce como el supuesto más grave de malversación es una copia literal (también en lo que se refiere a la exigencia de ánimo de lucro) del tipo de malversación que estuvo en vigor desde el CP 1995 hasta la reforma de 2015. Y, precisamente, ese ahora renacido texto ya había sido interpretado por la STS (Pleno) 2/1998 (caso Segundo Marey), en el sentido de que la malversación no exige lucro personal del sustractor de los caudales públicos. Por ello, si en este caso se dispusieron de esas cantidades como si fueran ellos (y no la Administración pública) los propietarios de las mismas se está en el caso del tipo penal del art. 432 CP, como ya ha expuesto el tribunal de enjuiciamiento, y no el tipo penal del art. 433 CP, ni, por supuesto, el del art. 432 bis CP.

Y ya esta Sala del Tribunal Supremo en la Sentencia 749/2022 de 13 Sep. 2022, Rec. 601/2020 señala que: *"En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se condensa la interpretación de esta Sala sobre la acción típica del precepto. Dice la sentencia que "el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 y STS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".*

En la STS 310/2003, de 7 de marzo, se declara que "es claro que el texto legal utiliza el verbo «sustraer», que genera, en una primera lectura, la idea de una malversación de cosas. Sin embargo, el tipo penal no solo se refiere a «efectos», sino también a caudales y respecto de estos se debe

entender que la infracción del deber del funcionario que se exterioriza en la sustracción se consuma ya cuando se dispone de los fondos públicos. Es preciso tener presente que la acción de sustraer, también característica del delito de hurto, admite diversos sentidos y que uno de ellos es el de la «remotio» o sea la simple remoción de la cosa del lugar que ocupa, lo que trasladado al manejo de dineros públicos es equivalente a la disposición (en sentido similar la STS núm. 1160/1998 de 8 de octubre, 747/02 de 23 de abril, 1569/03 de 24 de noviembre, 986/05 de 21 de julio, 228/13 de 22 de marzo y la STS 277/2015, de 3 de junio, que cita a todas las anteriores y que hace suya la doctrina expuesta)".

El tipo se realiza, por tanto, cuando el caudal público aparta definitivamente del patrimonio público desviándolos de las necesidades del servicio. Sobre esta idea nos extenderemos más adelante.

(v) La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implica apropiación con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivos, en idéntico sentido al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

(vi) Se precisa ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013).

Se trata, en definitiva, de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extrayéndolas al control público, con ánimo de lucro,

las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga. No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio).

(vii) El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado.”

Además, no puede sostenerse que en el presente caso se ha producido una malversación “por cambio de destino” que estuvo despenalizada en su momento, sino que el auto recurrido lo reconduce al art. 432 CP, antes y después de la reforma por LO 14/2022 sin haber tenido, por ello, efecto despenalizador o atenuador a los hechos fijados en el auto la redacción del art. 432 CP dada por la LO 14/2022, ni su remisión a subtipos atenuados como el art. 432 bis o el art. 433 CP. Los hechos del auto de procesamiento no se reconducen a un mero “cambio de destino”. No se trató solo de una mera “reubicación de fondos de forma indebida”.

Así, respecto a la jurisprudencia de la Sala tradicional sobre la malversación, esa ha sido la jurisprudencia estable de la Sala que:

a) En relación con el ánimo de lucro del artículo 432 del Código Penal, ha proclamado que, en tanto que el delito de malversación constituye un delito de adjudicación de bienes que han sido confiados al autor, el ánimo de lucro no resulta diferente del «animus rem sibi habendi», esto es, del ánimo de tener o disponer de la cosa como propia y

b) Que esta naturaleza apropiatoria es la que atribuía su contenido semántico al verbo sustraer anteriormente utilizado y hoy sustituido por el más preciso de apropiarse. Y en nuestra STS 1514/2003, de 17 de noviembre, no sólo incidimos en esa interpretación, sino que enfatizamos sobre la estabilidad de esta doctrina jurisprudencial subrayando 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».

Como se sostiene en el auto recurrido y en el de la Sala de fecha 13 de Febrero de 2023 no puede negarse la existencia de un ánimo de lucro en la “empresa” finalística que consta en el auto de procesamiento, para lo que no se excluye que su modus operandi tuvieran un “ánimo de lucro” tendencial.

El ánimo de lucro es la intención de obtener una utilidad o beneficio. Dicho propósito suele estar ligado a una actividad económica o emprendimiento.

El ánimo de lucro es la motivación central de las empresas en una economía de mercado. Las compañías invierten y utilizan recursos con el fin de vender sus productos o servicios a un precio mayor que el coste de fabricación. De ese modo, consiguen una ganancia.

El ánimo de lucro en el ámbito del Derecho se entiende como la intención de un sujeto de aumentar su patrimonio u obtener otro beneficio a través de una actividad (que puede ser lícita o no).

Es decir, para el Derecho el ánimo de lucro es la búsqueda del individuo o empresa por aumentar su riqueza.

Y en este caso, los hechos fijados en el auto de procesamiento determinan incrementar la riqueza de la organización para conseguir numerario suficiente como para pagar los gastos del objetivo.

Cabe aclarar, además, que en el derecho penal el lucro puede considerarse un elemento subjetivo. Es decir, quizás se trata de un acto del cual se saca provecho, en el sentido amplio del término. Pero esto no quiere decir que genere rentabilidad económica.

El Decreto de 25 de enero de 2023 de la Fiscalía General del Estado, concibe el ánimo de lucro hasta tal punto de manera amplia que ni siquiera le otorga un contenido económico y se confunde en cierta medida con cualquier tipo de motivación que haya podido tener el funcionario a la hora de apropiarse del patrimonio público.

También, como recuerda la mejor doctrina, según este Decreto, en el apart. 7.1 podemos leer que «el ánimo de lucro se apreciará en todos los casos en los que el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Por consiguiente, este elemento subjetivo del injusto también se apreciará cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal».

Es decir, como hemos citado en la STS 749/2022, de 13 de Septiembre que habla de “toda clase de ventaja, patrimonial o espiritual (*animus lucri faciendi gratia*), criterio este último que hemos acogido de forma reiterada, señalando que en la malversación no se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial”.

En este caso, de los hechos del auto de procesamiento se evidencian elementos indiciarios para la rentabilidad del objetivo común que tenían para el que sí hubo ánimo de lucro.

En cualquier caso, como hemos expuesto, es asentada y reiterada jurisprudencia y doctrina, que no ha identificado el ánimo de lucro con el ánimo de enriquecimiento, sino con el *animus lucri faciendi gratia*, es decir, cualquier ventaja, provecho o ganancia que obtenga el autor, aunque ésta no fuere económica y el destino de los fondos es ilícito, no un fin público.

No resultan subsumibles, además, en los tipos penales atenuados que se introducen en la LO 14/2022.

Art. 432 bis. Este precepto sanciona el uso temporal de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro.

En cuanto al artículo 432 bis del Código Penal, porque en los hechos investigados pueden apreciarse visos de concurrir un ánimo de lucro en los términos anteriormente expuestos, habiendo fijado nuestra jurisprudencia (SSTS de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000 o 914/2012, de 29 de noviembre) que el delito de malversación del artículo 432 del Código Penal es aplicable cuando el ánimo del sujeto activo es disponer como dueño, a título definitivo, del patrimonio público, mientras que el tipo atenuado es únicamente apreciable si se dispone temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, con mera voluntad de uso temporal de la misma, lo que aquí no parece apreciarse.

Además, la conducta no tiene encaje dentro del marco del artículo 432 bis, esto es, el destino a usos privados sin ánimo de apropiárselos, por cuanto no es admisible que las conductas tengan encaje en la consideración de la actividad realizada como puramente *privada*.

Art. 433 CP. Este precepto sanciona un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación. Pero nada más, y no es este caso lo que se contiene en el auto de procesamiento. Este nuevo tipo penal no deja de ser una variante de la malversación de uso, degradada penológicamente respecto de la malversación apropiatoria, pero diferente de las fórmulas de administrarlo deslealmente o con fines apropiatorios. Y la aplicación del patrimonio público a un fin delictivo no podrá considerarse susceptible de subsumirse en el art. 433 CP.

En lo relativo al actual artículo 433 del Código Penal, su inviabilidad respecto de los hechos investigados resulta de lo inconciliable de entender que el patrimonio público se aplicó en este caso a una finalidad pública diferente de aquella a la que estaba destinado, pues no se trata de un supuesto en el que se produjera un trasvase presupuestario entre finalidades públicas

legítimamente administradas, sino de la aplicación de los fondos públicos a sufragar la decisión personal de contravenir el ordenamiento jurídico y cometer un delito, por más que el sujeto activo tenga una actividad profesional pública.

Como se expone, este precepto es inaplicable a este caso. Castiga el dar al patrimonio público un destino diferente de aquello que constituye su objeto, lo que se verifica como una “*desviación de poder*”. En estos casos, la actuación administrativa persigue un interés público, pero distinto a aquel que señala el ordenamiento en el supuesto concreto. El acto o la disposición normativa así dictada incurre en lo que denominamos *una desviación de poder sutil o relativa*, pues a pesar de atender al interés general, la Administración ejercita una potestad concreta con finalidades distintas a las encomendadas por la ley. La doctrina recuerda que estas conductas pertenecían antes al ámbito de la infracción administrativa.

Este precepto supone, pues, una especie de “criminalización de la desviación de poder”, pero no concurren en él los hechos fijados en el auto de procesamiento en donde se describen hechos donde no solo hay “desviación de poder”, sino apropiación del patrimonio público; esto es, no simplemente destino distinto al inicialmente previsto a ese patrimonio público.

Además, para poder aplicar en el art. 433 CP la desviación hacia un fin público diferente éste tiene que ser legal, no puede ser ilegal, ni estar prohibido, ni menos aún ser constitutivo de delito, como apunta la mejor doctrina al interpretar el art. 433 CP nuevo. Por ello, la mejor doctrina apunta que no es posible, ni admisible una aplicación pública fuera del Estado de Derecho, pues al hacerlo pasamos a otro ámbito distinto de lo que es público.

En cualquier caso, hay que seguir recordando que no concierne a este estado procesal y la resolución recurrida realizar un *inmutable juicio de subsunción típica*, por cuanto ya se incide en que «*la calificación de los hechos atribuidos al procesado deberá efectuarse por las acusaciones y por la defensa en sus escritos de calificación provisional, e incluso al emitir sus conclusiones definitivas siempre que respete la esencia de los hechos por los*

que se hubiera decretado, en su caso, la apertura del juicio oral. Y el abierto juicio de valoración de los indicios y de la criminalidad de los hechos que aborda el Auto de enjuiciamiento, debe realizarse en consideración al material recogido en la instrucción, con observación, como se ha hecho, de la doctrina jurídica proclamada por la Sala, pero nunca por el resultado probatorio que sobre la realidad fáctica se haya obtenido en un juicio oral del que este encausado no formó parte».

Respecto al alegato relacionado con la falta de competencia del Tribunal Supremo hay que señalar que no fue expuesto en el recurso de reforma ante el instructor tras su auto de fecha 12 de Enero de 2023 y se formula ahora ex novo y per saltum sin haberse planteado ante el instructor y siendo nuevo el planteamiento sin dar opción a la respuesta del instructor, a lo que no da pie la cita de la sentencia que expone, y habida cuenta que se trata de un tema ya resuelto de forma reiterada en esta Sala y a lo que nos remitimos.

También cabe rechazar el alegato relativo a la vulneración de derechos fundamentales que se citan en tanto en cuanto no se entiende producida ante la desestimación de los motivos expuestos en orden a las alegaciones realizadas al mantenerse el procesamiento y sin variación respecto de la malversación también por las razones ya indicadas.

Por todo ello, el recurso se desestima.

RECURSO DE ANTONI COMÍN I OLIVERES

QUINTO.- 1.- Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en particular, en cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

Se insiste en este motivo en la incompetencia del instructor y del Tribunal Supremo en la presente causa especial, y refiere la sentencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de enero de 2023 dictada en el asunto C—158/21. Resta validez a la sentencia del Tribunal Constitucional 149/2022, de 29 de noviembre y auto de esta Sala de 23 de Octubre de 2020 resolviendo este tema.

Se cuestiona, así, la decisión del juez instrucción de rechazar la alegación relativa a 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.

Resolvió el Magistrado instructor en el auto ahora recurrido sobre este punto que:

“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 nº 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 2º se remite al Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas de 1 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.”

Sobre esta cuestión se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala en relación a la competencia del Tribunal Supremo.

Así, esta Sala del Tribunal Supremo, ha señalado en el Auto de 28 Dic. 2020, Rec. 20907/2017 que: “Tampoco existe vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en cuanto a la competencia del Tribunal Supremo que ha sido debidamente explicado en el auto. El derecho europeo no determina el aforamiento de los europarlamentarios, y en la interpretación razonable y razonada de las normas internas vigentes, que son las que regulan esos aspectos de la competencia de cada órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo, invariablemente, al menos desde el auto de 3 de septiembre de 1990, Recurso 780/1990, ha venido afirmando su competencia para conocer de las causas penales incoadas contra miembros nacionales del Parlamento Europeo.”

Como recuerda el Auto del instructor de 9 Mar. 2021, el debate sobre la competencia del Tribunal Supremo ha estado presente en todo el transcurso de la presente causa y se han dictado numerosas resoluciones al respecto. Se trata de un tema debatido y analizado, al punto de que ya han sido juzgados los acusados que no fueron declarados en rebeldía y se encuentran ya en fase de ejecutoria penal.

Y en el antes citado auto del instructor se concreta que:

“Como muestra de que las partes han podido discutir incluso la competencia ante este Tribunal, se subraya que en el procedimiento en el que se han emitido las ODEs se han dictado los siguientes autos en los que se analizaba y proclamaba la competencia del Tribunal Supremo:

1) Resoluciones de la Sala de admisión del Tribunal Supremo:

- Auto de 31 de octubre de 2017
- Auto de 18 de diciembre de 2017
- Auto de 10 de abril de 2018

2) Resoluciones del Magistrado-Instructor:

- Auto de 24 de noviembre de 2017
- Auto de 22 de diciembre de 2017
- Auto de 15 de febrero de 2018
- Auto de 9 de mayo de 2018
- Auto de 24 de mayo de 2018
- Auto de 31 de mayo de 2018
- Auto de 9 de julio de 2018
- Auto de 19 de marzo de 2019
- Auto de 4 de marzo de 2020

- Auto de 14 de octubre de 2020
- Auto de 14 de octubre de 2020
- Auto de 21 de octubre de 2020
- Auto de 26 de noviembre de 2020

3) Resoluciones de la Sala de apelación:

- Auto de 26 de junio de 2018
- Auto de 17 de julio de 2018
- Auto de 21 de junio de 2019
- Auto de 23 de octubre de 2020
- Auto de 23 de octubre de 2020
- Auto de 27 de enero de 2021

4) Resoluciones del Tribunal sentenciador:

- Auto de 27 de diciembre de 2018
- Auto de 18 de enero de 2019

El debate se ha llevado por las partes hasta el Tribunal Constitucional, que también ha valido la competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa. Al respecto cabe señalar las resoluciones siguientes:

- Sentencia de 19 de febrero de 2021 (Recurso Amparo n.º 1640/2020).

- Auto de 19 de febrero de 2020”.

En el auto de esta Sala de apelación del Tribunal Supremo de 23 Oct. 2020, Rec. 20907/2017 también señalamos que:

“1.- No existe falta de competencia del Tribunal Supremo para conocer de una causa contra un parlamentario europeo.

El Tribunal Supremo es el competente para conocer de la causa contra los recurrentes.

El basamento del Art. 9 del PROTOCOLO SOBRE LOS PRIVILEGIOS Y LAS INMUNIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA lo reconoce en tanto en cuanto apunta que:

Mientras el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus miembros gozarán: a.- en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país;

Así pues, el órgano competente para conocer de la causa frente a un europarlamentario una vez estos han sido elegidos como europarlamentarios, no es el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sino el Tribunal Supremo.

Ya se expuso en el Auto de esta Sala de 23 de enero de 2015 (Nº rec. 20891/2014) que "(...) La inmunidad de los parlamentarios europeos es la que corresponde a los parlamentarios españoles, en el ámbito del territorio nacional, así se establece en el art. 9 del Protocolo nº 7 sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas (DOVE 17 de diciembre de 2007), anejo al Tratado de 8 de abril de 1965 por que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas y posteriormente en virtud del Tratado de Amsterdam, anejo al Tratado de la CE, concretamente en su art. 10, apartado a). La inmunidad subsiste en el Tratado de Lisboa.

Es claro pues que un parlamentario europeo, goza en España de las inmunidades que se reconocen a los miembros del Parlamento español, a nuestros Diputados y Senadores, y es por ello que esta Sala es competente para conocer de la denuncia, no así contra el otro denunciado que carece de aforamiento ante esta Sala."

No es este un tema que haya merecido discusión ni debate en el auto que se recurre. Y, así, el Auto de 12 de junio de 2000, desestimó el recurso de súplica contra el de 11 de mayo, con la siguiente fundamentación: "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."

Las circunstancias que deben destacarse en este punto son:

a.- En su propio territorio, como cada parlamentario comunitario gozará de la misma inmunidad que los parlamentarios nacionales.

b.- Ello conlleva un correlativo aforamiento al Tribunal Supremo (art. 71.3 de la CE).

c.- Esta inmunidad ha sido entendida por el Tribunal Supremo en el auto de 18 de noviembre de 1991 (causa especial 1600/1991) declarando la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conocer de las

causas contra un parlamentario europeo; alegando en sus razonamientos jurídicos el art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del art. 71.3 de la Constitución Española. En este auto de declaración de competencia se trataba, exactamente igual que ahora, de una denuncia contra un eurodiputado, y la sala apuntó que acreditado documentalmente en las presentes actuaciones la condición de Diputado (europeo) del querellado, procede declarar la competencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo para el conocimiento de la querrela formulada, de conformidad con lo prescrito en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 71.3 de la Constitución Española.

Pero, como esta Sala ya ha reconocido en la resolución que resuelve los recursos paralelos a los ahora interpuestos, el derecho europeo, como reconocen los recurrentes, no determina el aforamiento de los europarlamentarios, y en la interpretación razonable y razonada de las normas internas vigentes, que son las que regulan esos aspectos de la competencia de cada órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo, invariablemente, al menos desde el auto de 3 de setiembre de 1990, Recurso 780/1990, ha venido afirmando su competencia para conocer de las causas penales incoadas contra miembros nacionales del Parlamento Europeo. Así, en los autos de 18 de noviembre de 1991, R. 1600/1991; de 28 de abril de 1999, R.340/1999; de 27 de febrero de 2001, R. 660/2000; de 13 de setiembre de 2005, R. 160/2004; de 5 de noviembre de 2007, R. 20409/2007; de 23 de enero de 2015, R. 20891/2014; de 23 de marzo de 2015, R. 20132/2015; de 5 de mayo de 2015, R. 20268/2015; y de 17 de junio de 2020, R. 21013/2019, entre otros. No se trata, pues, de una decisión ad hoc, sino adoptada en línea de continuidad con las actuaciones hasta ahora desarrolladas.

No puede utilizarse como decisión contradictoria con esta doctrina el auto de 11 de mayo de 2000, ratificado por el de 12 de junio de 2000, pues en esas resoluciones lo que se afirmaba era que no se apreciaba discriminación por no admitir la competencia cuando se trata de europarlamentarios no nacionales, ya que el diferente trato surge precisamente de la propia normativa europea, concretamente de las diferentes previsiones contenidas en el artículo

9 del Protocolo 7 sobre Privilegios e inmunidades de la Unión Europea, en sus apartados a) y b).

Estando la cuestión relativa al aforamiento resuelta con la suficiente claridad en atención al examen del derecho interno, cuya interpretación no corresponde al TJUE, no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Por otro lado, la extensión de las condiciones de inmunidad de europarlamentarios y parlamentarios nacionales no puede llevar otra consecuencia que equiparar el aforamiento ex art. 57 LOPJ residenciando el órgano competente en el Tribunal Supremo, que es quien postula la suspensión de esa inmunidad por las razones ya indicadas. Los recurrentes señalan que el aforamiento no es una inmunidad a los efectos del apartado a) del artículo 9, párrafo primero, del Protocolo, lo que no es un planteamiento certero, ya que lo que se ha formulado es ejercer su suspensión por la resolución, pero no para poder plasmar el aforamiento real. Porque el aforamiento existe ex art. 57 LOPJ en todo caso. Otra cosa es que exista un vehículo necesario de postular la suspensión de la inmunidad al Parlamento Europeo, pero ello no afecta al aforamiento del que pende el europarlamentario. Pretender otra cosa sería atribuir una competencia judicial a otro órgano elegido por el recurrente sin cobertura legal.

Cierto es que la redacción del precepto citado, art. 57 LOPJ podría tener una más depurada redacción, pero la labor interpretativa, que es la que nos compete, no puede llevar a una distinta a la adoptada en relación a la asociación tratamiento de la inmunidad y sus consecuencias-aforamiento igualitario.

Nótese que en este caso el art. 7 del Reglamento interno de Parlamento europeo señala que 1. Todo suplicatorio dirigido al presidente por una autoridad competente de un Estado miembro con objeto de suspender la inmunidad de un diputado. Y esta autoridad judicial competente no puede ser otra que el Tribunal Supremo ex art. 57 LOPJ en relación con el art. 71 CE.

No puede construirse la inmunidad como una eximente, sino como un requisito de procedibilidad a tener en cuenta por la autoridad judicial competente, para instar, en su caso, la suspensión, como así se ha hecho, y por "autoridad competente" ex Reglamento del Parlamento europeo no puede entenderse otra que ex art. 57 LOPJ la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por tratarse de un Diputado, que en este caso es Europeo.

Cuestión clave es que las normas que regulan la inmunidad no determinan el aforamiento: Además, el aforamiento es de derecho interno y pertenece a la interpretación reiterada que ha dado esta Sala del Tribunal Supremo a la competencia de la misma respecto a los europarlamentarios en interpretación del precepto que cuestiona el recurrente. (art.57 LOPJ). Ningún otro órgano judicial en el organigrama interno nacional puede ser competente para conocer de presuntos hechos delictivos cometidos en territorio español.

Por ello, inmunidad y aforamiento son cuestiones distintas, pero también distintivas por sus propias y diferentes características.

El aforamiento se ubica en la propia regulación legal del órgano competente para con relación al sujeto dadas sus características personales que someten su enjuiciamiento a un órgano judicial determinado, en este caso el Tribunal Supremo, perteneciendo la inmunidad parlamentaria al escenario de la exigente petición de suspensión que ha llevado a cabo el instructor por los conductos reglamentarios. Y la inmunidad en modo alguno es excluyente del aforamiento, ya que este se enraíza con la exigencia de la previa petición de suplicatorio al Parlamento Europeo, y su concesión procedimental, para que aquél sea real y efectivo.

Además, como se recoge por el Instructor en el auto de fecha 10 de Enero de 2020 "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".

Y es por todo ello por lo que esta Sala es competente para conocer de los hechos investigados. La condición de europarlamentario conlleva que continúa teniendo condición de aforado ante el Tribunal Supremo, no ante cualquier otro órgano judicial que en territorio español pudiera reclamar conocer nada menos que la investigación de unos hechos atribuidos a un europarlamentario en territorio español. La competencia no puede ser otra que la del Tribunal Supremo por las razones expuestas.”

También, en el auto de esta Sala de apelación del Tribunal Supremo, de 23 Oct. 2020, Rec. 20907/2017 incidimos en que:

“El Tribunal Supremo, invariablemente, al menos desde el auto de 3 de setiembre de 1990, Recurso 780/1990, ha venido afirmando su competencia para conocer de las causas penales incoadas contra miembros nacionales del Parlamento Europeo. Así, en los autos de 18 de noviembre de 1991, R. 1600/1991; de 28 de abril de 1999, R.340/1999; de 27 de febrero de 2001, R. 660/2000; de 13 de setiembre de 2005, R. 160/2004; de 5 de noviembre de 2007, R. 20409/2007; de 23 de enero de 2015, R. 20891/2014; de 23 de marzo de 2015, R. 20132/2015; de 5 de mayo de 2015, R. 20268/2015; y de 17 de junio de 2020, R. 21013/2019, entre otros. No se trata, pues, de una decisión ad hoc, sino adoptada en línea de continuidad con las actuaciones hasta ahora desarrolladas.

No puede utilizarse como decisión contradictoria con esta doctrina el auto de 11 de mayo de 2000, ratificado por el de 12 de junio de 2000, pues en esas resoluciones lo que se afirmaba era que no se apreciaba discriminación por no admitir la competencia cuando se trata de europarlamentarios no nacionales, ya que el diferente trato surge precisamente de la propia normativa europea, concretamente de las diferentes previsiones contenidas en el artículo 9 del Protocolo 7 sobre Privilegios e inmunidades de la Unión Europea, en sus apartados a) y b).

Estando la cuestión relativa al aforamiento resuelta con la suficiente claridad en atención al examen del derecho interno, cuya interpretación no corresponde al TJUE, no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial.”

Por otro lado, la referencia que se realiza por el recurrente de la **sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023** señala en el párrafo 100 que cita el recurrente la mención relativa a *un tribunal supremo nacional que resuelva en primera y última instancia sobre un asunto penal sin disponer de una base legal expresa que le confiera competencia para enjuiciar a la totalidad de los encausados.*

Pero la existencia de la base legal para la admisibilidad de la competencia ha sido citada y referida a lo largo de extensa doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, y la referencia a que la totalidad de los encausados no han sido enjuiciados conjuntamente lo ha sido por cuestiones ajenas al órgano judicial y por la propia razón de la situación de rebeldía de los recurrentes.

No puede hablarse de “ausencia de base legal” determinante de la competencia cuando existe ya una reiterada y sólida respuesta ante esta misma cuestión relativa a la competencia del Tribunal Supremo en la causa.

Pero es que, además, en el párrafo nº 103 de la sentencia del TJUE se recoge que: *“En el contexto de alegaciones relativas al riesgo de que la persona objeto de una orden de detención europea sea juzgada por un órgano jurisdiccional carente de competencia a tal efecto, la autoridad judicial de ejecución debe, para determinar si tales deficiencias están acreditadas, llevar a cabo una apreciación global del funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor a la luz de la exigencia de un tribunal establecido por la ley [véase, en este sentido, la sentencia de 22 de febrero de 2022, Openbaar Ministerie (Tribunal establecido por la ley en el Estado miembro emisor), C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, EU:C:2022:100, apartado 77]. Dicha autoridad judicial deberá considerar que tales deficiencias han quedado acreditadas si de esta apreciación global se desprende que los encausados se*

ven privados, con carácter general, en dicho Estado miembro de un cauce jurídico efectivo que permita controlar la competencia del órgano jurisdiccional penal que ha de enjuiciarlos, en forma de un examen de su propia competencia por ese órgano jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional".

En modo alguno pueden apreciarse deficiencias en el sistema judicial español, ni en modo alguno las mismas están acreditadas. Y la prueba para ello puede colegirse del sistema de medios de impugnación utilizados y atendidos y resueltos por este Tribunal Supremo desde el inicio de la causa y el excelente "trato procesal" dado a los encausados desde un primer momento sin merma alguna de las garantías y derechos procesales de una causa tan prolongada en el tiempo como la presente, precisamente por la existencia y reconocimiento de esas garantías que tuvo su más exponente reflejo en la celebración del juicio oral que dio lugar a la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 459/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 20907/2017, juicio televisado en directo durante todas las sesiones con evidente prueba de la debida publicidad dada a un proceso donde se respetaron los derechos de los acusados con exquisitez, y de la misma manera que se hace en cualquier proceso penal celebrado en este Tribunal Supremo ante los acusados que deban ser juzgados en el mismo, y en cualquier otro tribunal del Estado español.

Por ello, en modo alguno puede afirmarse que podría acreditarse la existencia de deficiencias y pérdida de garantías en el sistema judicial español, y en este caso en el Tribunal Supremo, donde se han respetado, como no podía ser de otra manera, las garantías y derechos de un acusado en el proceso penal, y ninguna queja puede haber al respecto a lo largo de la extensa tramitación que se ha seguido, tanto por los que ya han sido juzgados, como por los que han estado en situación de rebeldía por su propia voluntad y pendientes de enjuiciamiento.

En los párrafos nº 111 y 112 de la sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 se apunta que:

“111: “cuando una persona que sea objeto de una orden de detención europea alegue estar expuesta al riesgo de que se infrinja el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta debido a que será enjuiciada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro emisor carente de competencia a tal efecto, pero la autoridad judicial de ejecución considere que los elementos de que dispone no constituyen elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que tiendan a demostrar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial de ese Estado miembro o de deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca esa persona, dicha autoridad no podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea por el motivo alegado por tal persona.

112. En efecto, es importante subrayar que, cuando el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor prevé cauces jurídicos que permiten controlar la competencia del órgano jurisdiccional que deba enjuiciar a una persona entregada en ejecución de una orden de detención europea, en forma de un examen de su propia competencia por ese órgano jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional, el riesgo de que esa persona sea juzgada por un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro carente de competencia a tal efecto puede, en principio, eliminarse mediante la utilización de tales cauces jurídicos por la referida persona.

Ante esto, no existe dato alguno que permita afirmar la existencia de deficiencias en el funcionamiento del sistema judicial interno del país que evidencie pérdida alguna de las garantías, una vez constatado, como se ha hecho y expuesto de forma reiterada por esta Sala, la competencia que se cuestiona.

Y, por ello, el párrafo 114 añade que: *“a falta de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que puedan demostrar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor o de deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas al que*

pertenezca el interesado, no hay ninguna razón válida para que la autoridad judicial de ejecución presuma que no existen los cauces jurídicos mencionados en el apartado 112 de la presente sentencia o que estos carecen de efectividad. Por el contrario, dicha autoridad judicial está obligada, como ha señalado el Abogado General en el punto 116 de sus conclusiones, a basar su análisis en la existencia y la efectividad de dichos cauces jurídicos, conforme al principio de confianza mutua.”

Por ello, en forma alguna existen deficiencias de la naturaleza expuestas en la sentencia del TJUE, sino todo lo contrario, como se ha demostrado desde que se inició este proceso penal que se dividió en dos partes por la propia situación de rebeldía de los recurrentes y no por anomalías de este Tribunal Supremo, y sin que en esa situación de rebeldía se haya vulnerado derecho alguno para utilizar todas las vías legales que todo Estado de derecho exige y que han sido reconocidas por el Tribunal Supremo sin merma de derecho alguno, como en este caso se constata y en todas y cada una de las resoluciones judiciales que se han dictado en esta causa.

Y, además, ante la **sentencia citada del TJUE de 31 de Enero de 2023** no está demostrado para el caso de España, considerado Estado de pleno derecho por la Unión, deficiencia alguna en su sistema judicial que pueda determinar merma alguna de derechos del encausado en el proceso penal, limitándose por los recurrentes a una mera alegación de no competencia. Y la propia resolución del TJUE incide en que no cabe fundar una denegación tampoco en la alegación de que el Supremo carece de competencia sólo, porque, además, como se ha resuelto ya reiteradamente, esta competencia está justificada y debidamente razonada de forma extensa.

En consecuencia, se trata de una cuestión ya resuelta de forma reiterada por esta Sala, habida cuenta que se ha planteado debidamente y ha sido puntualmente resuelta en sentido desestimatorio, por cuanto es evidente y admisible la competencia de esta Sala del Tribunal Supremo en el presente proceso penal.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 2.- La falta de imparcialidad del Excmo. Magistrado Instructor.

Ante la queja relativa a la alegada imparcialidad del instructor fue rechazada en el auto ahora recurrido señalándose que:

“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 29 de noviembre 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 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.”

...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.”



Pues bien, sobre la imparcialidad del juez existe una ya consolidada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Recientemente, el propio Tribunal Constitucional en Sentencia de Pleno 25/2022 de 23 Feb. 2022, Rec. 4586/2020 ha recordado la doctrina jurisprudencial sobre el derecho al juez imparcial apuntando que:

“Doctrina del Tribunal Constitucional

El derecho al juez imparcial aparece expresamente reconocido en el art. 6.1 CEDH. Este precepto, bajo el epígrafe "Derecho a un proceso equitativo", garantiza a toda persona el "derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley [...]".

Como es conocido, nuestro texto constitucional no recoge este derecho de forma singularizada. Sin embargo, eso no fue obstáculo para que, inicialmente, se considerara englobado en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2). A partir de la STC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2, y, sobre todo, de la STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5, el derecho al juez imparcial se reconoce integrado en el derecho a un juicio con todas las garantías, "aunque no se cite en forma expresa" en el art. 24.2 CE. Se continuaba así con la progresiva confluencia (art. 10.2 CE) entre nuestra doctrina y la desarrollada por el Tribunal Europeo Derechos Humanos en la interpretación del art. 6.1 CEDH, representada en aquel momento por las SSTEDH de 1 de octubre de 1982, asunto Piersack c. Bélgica, y de 26 de octubre de 1984, asunto De Cubber c. Bélgica, y plasmada posteriormente —entre otras muchas— en las SSTEDH de 24 de mayo de 1989, asunto Hauschildt c. Dinamarca; de 25 de noviembre de 1993, asunto Holm c. Suecia; de 28 de octubre de 1998, asunto Castillo Algar c. España; de 22 de junio de 1989, asunto Langborger c. Suecia, o más recientemente, en las SSTEDH de 6 de enero de 2010, asunto Vera Fernández-Huidobro c. España, o de 6 de noviembre de 2018, asunto Otegi Mondragón y otros c. España.

Este tribunal ha conformado un cuerpo doctrinal sobre el derecho al juez imparcial que, de forma sistematizada y, en lo que ahora interesa para la resolución de este recurso, puede exponerse de la siguiente manera:

a) El derecho al juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia.

Este tribunal ha afirmado que el derecho a un juez imparcial "constituye una garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial" (SSTC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 2, y 133/2014, de 22 de julio, FJ 2).

En efecto, "el tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por jueces y magistrados" (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). "Esta sujeción estricta a la ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar

una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2)" (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

b) La imparcialidad judicial comprende dos vertientes: subjetiva y objetiva.

En línea con lo anterior, "se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3, o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)" (STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 2).

En el mismo sentido, se destaca que "[junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, [...] que se dirige a asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso" (STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

c) La imparcialidad objetiva debe ser ponderada en cada caso concreto.

Como "[causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva" se han considerado la "realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio que dificulte su correcto enjuiciamiento posterior; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 3; 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 151/2000, de 12 de junio, FJ 3; STEDH de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick, § 48 a 52) o,

más en general, el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4, y SSTEDH de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan). Debemos subrayar en cualquier caso que ni esta relación de causas de parcialidad objetiva tiene el carácter de cerrada ni la concurrencia de tales supuestos comporta necesariamente tal tacha, cuestión que habrá de analizarse en cada caso a la luz de sus concretas características (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)" (STC 156/2007, de 2 de julio, FJ 6).

"La concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad. [...] 'la determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, aun cuando esta sea solo indiciaria y provisional [...]'. [...] deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto" (STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

d) La imparcialidad judicial se presume.

Según la misma doctrina, "aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes [...], no basta con que tales dudas o sospechas sobre [la] imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16, y 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas" (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

e) El derecho al juez imparcial debe hacerse valer a través del incidente de recusación.

El instrumento primordial para preservar el derecho al juez imparcial es la recusación, cuya importancia resulta reforzada si se considera que estamos, no solo ante un presupuesto procesal del recurso de amparo por la supuesta vulneración del derecho al juez imparcial, sino que el derecho a recusar se integra, asimismo, en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 CE (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por tanto, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación "implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3, y 229/2003, 18 de diciembre, FJ 10)" (STC 116/2008, de 13 de octubre, FJ 2).

f) El incidente de recusación puede ser rechazado a limine, incluso por el órgano recusado.

Aunque la "regla general es [...] que el órgano recusado ha de dar curso a la recusación para que sea examinada por un órgano distinto a aquél de quien se sospecha la parcialidad" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2), eso "no significa [...] que en casos muy excepcionales la recusación no pueda rechazarse de plano por el propio órgano recusado, lo que resulta constitucionalmente admisible, a decir de la STC 47/1982, de 12 de julio, cuando se propone por quien no es parte en el proceso o falta alguno de los presupuestos de admisibilidad, tales como que se incumplan los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento (entre ellos, la extemporaneidad), cuando no se alega la causa en que legítimamente puede fundarse la recusación, o cuando no se establecen los hechos que le sirven de fundamento (FJ 3). [...] En el mismo sentido dijimos en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5, que 'la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria' [mientras que] en la ya citada STC 47/1982, de 12 de julio, analizando un supuesto de rechazo a limine de la recusación por los propios recusados, ya admitimos que un tal rechazo 'puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento' (FJ 3), entre los que, a tenor de lo dispuesto en el art. 223.1 LOPJ, ha de incluirse la formulación de la recusación en plazo" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 3). En esta misma resolución se añadía que el rechazo liminar de la recusación puede acordarse cuando "la improcedencia de la recusación [...] pueda apreciarse prima facie de modo manifiesto, claro y terminante y, además, que la tramitación ordinaria del incidente pueda causar perjuicios relevantes al proceso principal" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

"En consecuencia, la Inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994, 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 LOPJ), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 CE) (por todas, STC 234/1994)" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5).



Finalmente, la STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5, señala que "el derecho a plantear la recusación, inserto, a su vez, en el derecho a la imparcialidad del juzgador, está sujeto a configuración legal (SSTC 32/1994, de 31 de enero, FJ 4, y 137/1994, de 9 de mayo, FJ único) en las normas orgánicas y procesales [...]. Pues bien, [esa] exigencia legal de que la recusación se proponga tan luego o tan pronto como se tenga conocimiento de la existencia de la causa que la funde no carece de toda trascendencia constitucional. [...] Por ello es lícito que el legislador imponga la carga de impugnar esa idoneidad subjetiva con premura y que, en consecuencia, limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación [...]. Resulta, en consecuencia, constitucionalmente lícita la aplicación de un criterio riguroso a la hora de enjuiciar tanto si la parte obró con diligencia para hacer valer la recusación en un momento anterior a la sentencia, como la realidad de la concurrencia de la causa de recusación que eventualmente se invoque".

Esta doctrina ha sido aplicada también en nuestro reciente ATC 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 4, confirmado en trámite de recurso de súplica por el ATC 17/2022, de 25 de enero, FJ 4 C).

Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ya hemos señalado anteriormente que la doctrina de este tribunal es semejante a la que, desde sus primeras resoluciones, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos, como expresión de una cultura jurídica común a nivel europeo. En efecto, aunque se observa alguna diferencia en los criterios de sistematización, tanto el método de análisis como el contenido de su doctrina son esencialmente coincidentes.

Así, en la STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto Otegi Mondragón y otros c. España, con cita de otras anteriores, se realiza una exposición de los principios generales en esta materia que, en lo que ahora interesa, se pueden resumir de la siguiente manera:

a) La imparcialidad judicial comprende dos perspectivas: subjetiva y objetiva

Expone el tribunal europeo que "la existencia de imparcialidad a los efectos del artículo 6.1 [CEDH] debe ser analizada de acuerdo con un criterio subjetivo, teniendo en cuenta las convicciones personales y el comportamiento de un juez en particular, es decir, analizando si el juez se encontraba afectado por cualquier prejuicio personal o predeterminación en relación a un concreto caso; y también de acuerdo con un criterio objetivo, es decir, analizando si el tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición ofrecían suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima relativa a su imparcialidad (véase, por ejemplo, *Kyprianou c. Chipre* [GC], núm. 73797/01, § 118, TEDH 2005-XIII, y *Micallef c. Malta* [GC], núm. 17056/06, § 93, TEDH 2009)".

b) Las vertientes subjetiva y objetiva están íntimamente relacionadas

El Tribunal reconoce que "no hay una nítida división entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva, pues el comportamiento de un juez no solo puede suscitar desconfianzas objetivas sobre su imparcialidad por parte del observador externo (criterio objetivo) sino también entrañar el análisis de sus convicciones personales (criterio subjetivo) (véase *Kyprianou*, anteriormente citado, § 119). Por ello, en aquellos casos en los que pudiera ser difícil encontrar pruebas en base a las cuales rebatir la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, la exigencia de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía adicional (véase *Pullar c. Reino Unido*, de 10 de junio de 1996, § 32, Informes 1996-III)".

c) La imparcialidad judicial se presume

En relación con el criterio subjetivo, el "principio según el cual a un tribunal se le debe presumir carente de prejuicios personales o de parcialidad está reconocido desde antaño por la doctrina de este tribunal (véase *Kyprianou*, anteriormente citado, § 119, y *Micallef*, anteriormente citado, § 94).



La imparcialidad personal de un juez debe presumirse mientras no se pruebe lo contrario (véase Hauschildt c. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, § 47, serie A núm. 154). Respecto del tipo de prueba que se requiere para ello, este tribunal, por ejemplo, requiere que se acredite si el juez ha mostrado hostilidad o animadversión por razones personales (véase De Cubber c. Bélgica, de 26 de octubre de 1984, § 25, serie A núm. 86)".

d) La imparcialidad ha de analizarse en función de las circunstancias del caso concreto

En relación con el criterio objetivo, se deben "analizar los vínculos jerárquicos o de otra naturaleza que existen entre el juez y los otros protagonistas de un procedimiento (ibid. § 97). Por lo tanto, se debe analizar en cada caso concreto si dicho vínculo es de tal naturaleza e intensidad como para implicar una falta de imparcialidad por parte del tribunal (véase Pullar, anteriormente citado, § 38)".

e) La importancia de la apariencia de imparcialidad

Como es conocido, el tribunal europeo tiene declarado que "las apariencias pueden alcanzar una cierta importancia o, en otras palabras, 'la justicia no solo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra' (véase De Cubber, anteriormente citado, § 26). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier juez respecto del cual pueda existir un motivo legítimo para temer de su falta de imparcialidad debe abstenerse (véase Castillo Algar c. España, de 28 de octubre de 1998, § 45, Informes 1998-VIII, y Micallef, anteriormente citado, § 98)".

f) Las dudas sobre la imparcialidad han de estar objetivamente justificadas

Finalmente, y en todo caso, "se debe analizar si, con independencia del comportamiento del juez, existen hechos acreditados que pudieran generar

dudas sobre su imparcialidad. Esto supone que a la hora de decidir sobre si en un caso concreto hay una razón justificada para temer que un juez en concreto o una Sala carecen de imparcialidad, el punto de vista de la persona afectada es importante pero no decisivo. Lo que es decisivo es determinar si dicho temor puede considerarse objetivamente justificado (véase Micallef, anteriormente citado, § 96)".

Debe entenderse que no existe duda alguna en este caso sobre la imparcialidad del Magistrado instructor en la presente causa, no constituyendo las alegaciones efectuadas más que apreciaciones subjetivas que no interfieren en la objetividad con la que debe verse el procedimiento de abstención en cuanto a la verdadera concurrencia de causa probada que comprometa la debida imparcialidad que debe presidir la actuación del juez, circunstancia, la de la imparcialidad, que en este caso existe, como esta misma Sala de apelación ya ha fijado anteriormente, sin que esta vía impugnativa pueda constituir una forma de "apartar" al juez de la tramitación o enjuiciamiento en un procedimiento penal.

A este respecto hay que recordar que ya señalamos en la sentencia 64/2021 de 28 Ene. 2021, Rec. 10613/2020 que sobre el alegato de imparcialidad del juez la perspectiva lo es subjetiva y objetiva:

"La denominada "imparcialidad objetiva" del juez.

Son las causas de abstención y recusación, y no la imparcialidad judicial, las que pueden clasificarse en subjetivas y objetivas. Estas últimas tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos que ponen en relación al juzgador con el objeto del proceso, impidiéndole actuar con la necesaria neutralidad.

La imparcialidad subjetiva.

Esta modalidad de imparcialidad carácter subjetivo debe presumirse mientras no se demuestre lo contrario.

La STC 162/1999, recogiendo la doctrina establecida en las SSTC 119/1993, 299/1994, 60/1995 y 142/1997 entre otras, destaca a propósito de las dudas que legítimamente puede suscitar la imparcialidad de un juez las sospechas que expresan indebidas relaciones del juez con las partes, que afectan a la imparcialidad subjetiva. Pero debemos hacer notar que no pueden existir una presunción que ponga en duda la imparcialidad del juez sin un basamento probatorio "relevante", porque en caso contrario, de no ser así, bastaría cualquier alegato personal de "sospecha" de la imparcialidad del juez para que se tradujera la recusación del juez por alegada imparcialidad del juez por un proceso de reprensión de un juez concreto por preferir otro en su lugar.

De ser así, en este caso, alegando cuestiones de mera sospecha no acreditadas el proceso de recusación por causas subjetivas no probadas, y simplemente alegadas nos llevaría a la "elección del juez", o "el castigo al juez no deseado" sin pruebas concretas que así lo determinen".

... Más bien, estas alegaciones operan como un pretendido "derecho de elegir al juez", o, mejor dicho, de atribuirse la parte una especie de derecho de "sancionar a un juez concreto" en base a una circunstancia subjetiva que se alegue arrojando una presunción de duda de parcialidad sin una prueba concreta que lo certifique, más allá de una mera sospecha por sus relaciones personales que quedan fuera del marco estrictamente jurisdiccional, y pertenecen a la esfera privada a la que tiene perfecto derecho y sobre la que no puede interferir en su función judicial, pero sin que tampoco pueda pensarse que puede operar como una especie de losa sancionadora sobre su ejercicio de la función judicial, en la que por el mero hecho de que se alegue una circunstancia de carácter personalísimo extrajurisdiccional pudlora la parte atribuirse un derecho sancionador sobre los jueces sobre los que quisiera poner dudas de imparcialidad judicial ahondando en cuestiones estrictamente personales, convirtiendo la imparcialidad subjetiva en objetiva.

No puede, en consecuencia, la parte tener atribuida este derecho de elección del juez, ni el de sanción del juez que no le "interese" por una especie

de prejuicio sin fundamento, por afectar al terreno de lo íntimo y personal de cada juez, siempre que ello no se traduzca y acredite en una interferencia en su actividad jurisdiccional, o hayan existido pruebas previas que acrediten, atestigüen, o demuestren que existen dudas objetivables acerca de las interferencias de los aspectos personales del juez en determinado tipo de procesos. No siendo así, este tipo de recusaciones por razones subjetivas deben estar abocadas al fracaso, como así fue descartado por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

Recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la imparcialidad judicial. Y así, destacamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 281/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10055/2018 que:

"El Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, decía lo siguiente: "Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas".

Nótese que un primer haz de motivación de la pérdida de imparcialidad se viene a depositar sobre un elemento básico en este tema, como lo es:



1.- La existencia de sospechas objetivamente justificadas.

2.- Que estén exteriorizadas.

3.- Que estén apoyadas en datos objetivos (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 53/2016 de 3 Feb. 2016, Rec. 10629/2015)".

Y, así, también, dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 574/2018 de 21 Nov. 2018, Rec. 2841/2017 que:

"Se ha pronunciado el Tribunal Constitucional para el que no basta que las dudas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011 de 12 de abril). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que "la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinarlo, caso por caso".

Pero lo relevante es que no puede operar la presunción contra el juez por cuestiones personales que no se traduzcan en manifestaciones públicas sobre un tema relacionado, aunque sea indirectamente, con el objeto de la causa, o no con el objeto de la misma, pero sí tangencialmente con la materia que se va a tratar. O bien que ya con carácter previo haya existido un problema similar con respecto a la causa alegada que ponga en duda su imparcialidad. Pero lo que es evidente que las convicciones personales de los jueces, sus relaciones matrimoniales, premios o distinciones que hayan recibido por motivos profesionales, no pueden suponerles una "sanción" profesional para apartarles del conocimiento de un asunto, o para otorgar a la parte un derecho de "inhabilitar al juez" en estos casos por razones subjetivas que pertenecen a la privacidad de cada juez, y que si no ha comprometido su actividad jurisdiccional de forma acreditada en otros momentos no puede

plantearse como el alegado anteriormente "derecho de elegir al juez", o de "apartar al juez que no guste a la parte".

Recordemos, de todos modos, que con respecto a la imparcialidad subjetiva ya ha sido desarrollada de forma clara y concreta por el Tribunal Supremo, Sala Especial del art. 61 LOPJ, Auto de 14 Ene. 2019, Rec. 6/2018, al señalar que:

"La doctrina sobre el derecho al juez imparcial ha sido recordada en reiteradas ocasiones por esta sala.

Merece especial referencia, por su claridad y exhaustividad, el examen realizado por la sala en su auto núm. 2/2015, de 25 de febrero (rec. 1/2015), en el que se analiza la doctrina sentada sobre el referido derecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Respecto de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juez imparcial, el FJ 3.º de dicho auto declara:

"La doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juez imparcial puede resumirse, por ejemplo, en la STDEH de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández Huidobro contra España.

Recuerda el TEDH que "La imparcialidad se define normalmente por la ausencia de prejuicios o de toma de posición. Su existencia puede apreciarse de diversas formas.

El tribunal diferencia entre una fase subjetiva, en la que se trata de determinar lo que el juez pensaba en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto concreto.

b.- Fase objetiva:

Que nos llevaría a indagar sobre si ofrecía suficientes garantías para excluir a este respecto cualquier duda legítima (Piersack c. Bélgica, 31 octubre de 1982, § 30, serie A núm. 53, y Grieves c. Reino Unido [GS], núm. 57.067/00, § 69, 16 de diciembre de 2003). En este campo, hasta las apariencias pueden revestir importancia (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, § 45, Repertorio 1998-VIII, y Morel c. Francia, núm. 3.4130/96, § 42, TEDH 2000-“

En consecuencia, no puede basarse la recusación de un juez o exigencia de abstención en meras “sospechas” acerca de su parcialidad, debiendo concretarse con parámetros objetivos y probatorios en forma debida que ese alegato va más allá de la mera sospecha, porque lo contrario permitiría la instrumentalización del apartamiento de un juez de una causa y el otorgamiento de posibilidades de “elección del juez”, o al menos de opciones al “apartamiento del juez” que se desea por la parte sea sustituido por otro bajo la pretensión de la misma de que el criterio a seguir pueda ser distinto, lo que queda fuera del campo de juego del procedimiento de abstención y recusación.

Además, frente al alegato del recurrente tampoco puede deducirse la falta de imparcialidad del instructor de la **sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023**, ya que en la misma en los párrafos 93 y 94 señala que:

93. Ha de recordarse que tanto el principio de confianza mutua entre los Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo, que a su vez se basa en la confianza recíproca entre aquellos, tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás

Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho [sentencia de 22 de febrero de 2022, Openbaar Ministerie (Tribunal establecido por la ley en el Estado miembro emisor), C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, EU:C:2022:100, apartado 40 y jurisprudencia citada].

94. Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión [sentencia de 22 de febrero de 2022, Openbaar Ministerie (Tribunal establecido por la ley en el Estado miembro emisor), C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, EU:C:2022:100, apartado 41 y jurisprudencia citada].

El TJUE alude al principio de confianza entre los Estados respecto a la correcta actuación judicial de una autoridad judicial de un Estado requirente y solo si existe la debida acreditación que determine la pérdida de confianza puede denegar actuaciones procesales, lo que en este caso no ocurre. Y ante ello, en modo alguno existe prueba alguna que acredite la falta de imparcialidad del instructor en este proceso penal en ninguna de las fases en que el mismo se ha desarrollado durante el largo tiempo en el que este Tribunal tramita la presente causa, no habiéndose ofrecido dato alguno objetivable que permita acreditar el déficit del sistema judicial nacional.

En modo alguno se ha demostrado prueba alguna respecto a la existencia de un "riesgo real" al que alude el párrafo 97 de la sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 de concurrir un riesgo real de que se viole el *derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor, dicha autoridad deberá comprobar, de modo concreto y preciso, si, habida cuenta de*

la situación individual de esa persona, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico en el que se dictó la orden de detención europea, existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá tal riesgo en caso de ser entregada a ese Estado miembro.

En modo alguno puede constatarse riesgo alguno de que ese alegato sea cierto, constatado y objetivable, más allá de una reiterada alegación a lo largo del proceso, y sin que sea posible, como se ha expuesto, una especie de derecho de “elección del juez” cuando las decisiones de un instructor no interesan a una parte, y se profiere un “cambio del juez” para evaluar un posible cambio de criterio, cuando la realidad es que el juez aplica la ley y el derecho al caso concreto respetando los principios del proceso y no criterios particulares de alegalidad o ilegalidad, que en modo alguno se han puesto en práctica en este caso, sino todo lo contrario, al actuar el instructor en el estricto marco del ordenamiento jurídico y con el máximo respeto a las garantías y derechos procesales de las partes, como así se ha demostrado, por lo que el alegato subjetivo de imparcialidad de una parte no puede, en modo alguno, apartar del proceso al juez, como ahora se pretende.

La visión de falta de imparcialidad es solo personal de quien la alega en este caso, y, por ello, el instructor y esta Sala de apelación debe rechazar el alegato de pérdida de imparcialidad ante la ausencia absoluta de constancia de datos objetivables que así lo acrediten.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 3.- Sobre la atipicidad de la conducta. Inexistencia de sospecha razonable alguna. Vulneración del derecho a la libertad personal y a la libertad de circulación. Procedencia del sobreseimiento libre.

El recurrente pretende “anticipar” al acto de un juicio oral una decisión cuando se han fijado ya los indicios racionales de criminalidad concurrentes en este caso que el recurrente pretende excluir de forma anticipada, obviando la naturaleza y finalidad propia del auto de procesamiento que corre con la

exigencia mínima de indicios racionales de criminalidad, y no de pruebas concurrentes que se dejan para el acto del juicio oral.

El recurrente alude a que los hechos se basaron en “criterios políticos” y que “no ha existido malversación porque en ningún momento se ha actuado ni con ánimo de lucro, en cualesquiera de las acepciones que menciona el auto apelado, ni mucho menos desviados dineros públicos a fines distintos de los públicos”.

Ante ello, nos remitimos a lo ya expuesto respecto a la malversación del art. 432 CP y el ánimo de lucro en el FD nº 4 para la desestimación, y sin que lo que se deduce y desprende del auto de procesamiento contenga un mero objetivo político ajeno a una vía ilícita en su actuación, sino todo lo contrario. Y no se trata, como se hace constar en el recurso, de que por la vía judicial se cuestionen objetivos políticos, sino que en el auto de procesamiento se fijan indicios racionales de criminalidad respecto de los hechos y su tipicidad *ab initio* pendiente de lo que se resuelva tras un juicio oral que en este caso está pendiente por la posición de rebeldía de los recurrentes, pero los autos que se han recurrido no se cifran y tienen por base una invasión de competencias políticas de los recurrentes, ya que en el auto no se citan “criterios políticos”, sino actuaciones sobre las que existen indicios racionales de criminalidad de hechos que están tipificados en los preceptos que se han citado ya del texto penal, incluso después de la LO 14/2022, como ya se ha expuesto de forma extensa en el FD nº 4.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 4.- Sobre el derecho fundamental al non bis in idem.

El instructor ya dio debida respuesta a este punto en el FD nº 5 del auto ahora recurrido señalando de forma extensa y motivada que:

“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».

Por ello, con independencia de que el recurrente se limita a alegar en el contenido del motivo cuestiones genéricas atinentes a la infracción del non bis idem, sin concretar el alcance puntual, hay que señalar que el instructor ha motivado debidamente el rechazo de la pretendida infracción, ya que no existe la misma en los casos en los que se tramita 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 existe la infracción alegada ante la depuración de responsabilidades penales y la depuración económica de responsabilidades contables. Pero es que, además, tanto la LO 2/1982 antes citada como la Ley 7/1988 resuelven esta cuestión diferenciando los respectivos marcos de competencia en uno y otro caso, no siendo posible apelar a la infracción del non bis in idem cuando no existe tal infracción por el propio aseguramiento de la normativa legal antes cita de que ello no pueda concurrir, como se ha explicado por el instructor debidamente.

De esta manera, como recuerda la mejor doctrina en estos casos, es de destacar en este sentido que la Sala de Apelación del TCu, en la sentencia de 4 de junio de 1992 declaró lo siguiente:

«La compatibilidad entre la jurisdicción penal y la contable -- expresamente reconocida en los arts. 18.1 de la Ley Orgánica 2/1982 y 49.3 de la Ley 7/1988-- no puede ser interpretada como posibilidad legal de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos por los mismos hechos, estos hechos existan para un órgano estatal y no existan para el otro. Es evidente, por el contrario, que a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor o no lo fue. Así lo tiene textualmente declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 21 de mayo de 1984, Sala 1.^a, fundamentos jurídicos segundo y quinto, con doctrina que reiteraba la sentada en sentencia de 26 de julio de 1983 y que ratificó, entre otras, la de 27 de noviembre de 1985, pues ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 de la Constitución... Pero, al propio tiempo, tanto esa regla de la no suspensión como la de la compatibilidad a que acaba de hacerse mención, por fuerza de los apuntados criterios de lógica jurídica y de la insoslayable salvaguardia del principio de seguridad jurídica, han de ceder cuando se trata de la existencia o inexistencia de los hechos o

de su autoría, porque en este punto, e importa resaltarlo, no cabe siquiera consentir la posibilidad de que se produzcan pronunciamientos contradictorios de dos jurisdicciones o, incluso en un sentido más amplio, de dos órganos del Estado. Ciertamente que unos mismos hechos pueden no ser constitutivos de infracción penal y sí de un supuesto de responsabilidad contable y viceversa -- y de ahí la verdadera razón de ser de la compatibilidad jurisdiccional aquí cuestionada--, pero no menos cierto que, cuando como ocurre en el presente caso, se parte de unos mismos hechos y se les somete a un doble y simultáneo enjuiciamiento --penal y contable--, la declaración de existencia o inexistencia de los mismos y de su autoría habrá de ser única y corresponderá, en principio, a la jurisdicción penal como prevalente. Si ésta declara que los hechos existen pero no son constitutivos de delito, el enjuiciamiento de la posible responsabilidad contable corresponderá en exclusiva --art. 17.1 de la mencionada Ley Orgánica 2/1982-- a la jurisdicción de este Tribunal. Si declara la existencia de los hechos y éstos merecen la doble conceptualización de infracción penal y supuesto de responsabilidad contable, ésta última será determinada por este Tribunal conforme se desprende del art. 18.2 de su meritada Ley Orgánica. Pero si, atribuida a los tan repetidos hechos la doble condición de ser constitutivos de responsabilidad penal y contable, la jurisdicción penal declarase su inexistencia o no ser el autor el originariamente imputado o iniciado en responsabilidad, evidentemente esta declaración vincularía, por los argumentos anteriormente expuestos, a la jurisdicción contable.»

En parecido sentido se han expresado diversos pronunciamientos de la jurisdicción contable como los contenidos en las sentencias de la Sala de Apelación de 14 de marzo y 18 de mayo de 1990 y 21 de junio de 1991, añadiéndose que Como consecuencia de las referidas prescripciones legales de la LOTCu (LO 2/1982) y de la LFTCu (Ley 7/1988) sobre la compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal, pueden darse distintos supuestos en los que el fallo del orden jurisdiccional penal no tenga porqué coincidir necesariamente con el del TCu. Y ello, por la especialidad y singularidad de la función jurisdiccional de este último, y sin que tal circunstancia pueda conculcar el mentado principio *non bis in idem*, siempre y cuando concurren

determinados presupuestos fácticos y jurídicos, que puedan habilitar la concurrencia jurisdiccional contable-penal, y que no den como resultado situaciones atentatorias al expresado principio y generadoras de inseguridad jurídica. Téngase en cuenta, a este respecto, que, como ha declarado la propia jurisprudencia constitucional, son distintos los criterios de enjuiciamiento en una y otra jurisdicción, de estructura finalista diferente y de ámbitos objetivo y formal diferenciados.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 5.- Sobre la vulneración de la inmunidad parlamentaria. Vulneración del artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 23 de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión. Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, sin discriminación de ninguna clase.

Está resuelta esta cuestión por el instructor en el FD nº 6 del auto ahora recurrido en base a los criterios ya sustentados de forma reiterada por este Tribunal Supremo, señalando que:

“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.

Esta Sala ya ha resuelto en debida forma la cuestión que ahora, de nuevo se somete a debate. Así, en el auto de esta Sala del Tribunal Supremo, de 28 Dic. 2020, Rec. 20907/2017 señalamos que:

“Se hace así compatible la actuación de los Tribunales de Justicia internos de cada Estado, asegurando los fines legítimos del proceso penal, con la garantía del cumplimiento de las funciones del Parlamento y de sus parlamentarios, permitiendo el desarrollo efectivo del necesario ejercicio de ponderación, que habrá de realizarse en cada caso, y que, en el presente, aparece ya en las resoluciones del instructor, considerando la gravedad de los hechos imputados y la situación de contumaz rebeldía sustrayéndose a la acción de los órganos de la justicia competente. El contenido de la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019, con especial referencia a los apartados 64, 65, 76 y 82 a 86 citados en el apartado 93 cuando atribuye al tribunal remitente la apreciación de los efectos aparejados a las inmunidades en otros posibles procedimientos, establece de forma clara que los objetivos del protocolo de privilegios e inmunidades "se concretan en garantizar a las instituciones de la Unión una protección completa y efectiva contra cualquier impedimento o riesgo de menoscabo que pueda afectar a su buen funcionamiento, y a su independencia"; y que las inmunidades tal como son determinadas por el Protocolo y por las legislaciones nacionales "deben garantizar que el Parlamento Europeo tenga total capacidad de cumplir las misiones que le han sido atribuidas".

Pero estas consideraciones no pueden ser interpretadas en el sentido de que impidan, de forma absoluta y en todo caso, cualquier actuación judicial en una causa que se hubiera iniciado antes de la adquisición de la cualidad de europarlamentario, desde el momento en que, como se ha puesto de relieve, en la misma sentencia (94 y parte dispositiva) el TJUE admite la compatibilidad del mantenimiento de una situación de prisión provisional previamente acordada con la adquisición de la cualidad de europarlamentario con las inmunidades que le son anejas, aunque en ese caso el Tribunal nacional,

como se ha hecho en la causa presente, deba solicitar del Parlamento Europeo, a la mayor brevedad, la suspensión de la inmunidad.””

Y en el auto de esta Sala del Tribunal Supremo 23 Oct. 2020, Rec. 20907/2017 señalamos que:

“Las circunstancias que deben destacarse en este punto son:

a.- En su propio territorio, como cada parlamentario comunitario gozará de la misma inmunidad que los parlamentarios nacionales.

b.- Ello conlleva un correlativo aforamiento al Tribunal Supremo (art. 71.3 de la CE).

c.- Esta inmunidad ha sido entendida por el Tribunal Supremo en el auto de 18 de noviembre de 1991 (causa especial 1600/1991) declarando la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conocer de las causas contra un parlamentario europeo, alegando en sus razonamientos jurídicos el art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del art. 71.3 de la Constitución Española. En este auto de declaración de competencia se trataba, exactamente igual que ahora, de una denuncia contra un eurodiputado, y la sala apuntó que Acreditado documentalmente en las presentes actuaciones la condición de Diputado (europeo) del querellado, procede declarar la competencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo para el conocimiento de la querrela formulada, de conformidad con lo prescrito en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 71.3 de la Constitución Española.... la extensión de las condiciones de inmunidad de europarlamentarios y parlamentarios nacionales no puede llevar otra consecuencia que equiparar el aforamiento ex art. 57 LOPJ residenciando el órgano competente en el Tribunal Supremo.”

Y también en el auto de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 Nov. 2019, Rec. 20907/2017: “que el art 9 citado reconozca a los eurodiputados los privilegios y las inmunidades correspondientes a los parlamentarios en su

propio país, es decir, conforme al derecho nacional, lleva a una interpretación estricta y restrictiva, propia de todo privilegio o inmunidad.

Por ello, en cualquier caso para analizar el alcance, contenido y eficacia de las prerrogativas, privilegios e inmunidades inherentes a la condición de parlamentario europeo, en los términos que resuelva el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta misma causa, será necesario que los recurrentes, alcanzada la condición de privilegio, comparezcan personalmente en esta causa y se pongan a disposición de la Justicia.

3. La pretendida vulneración de la inmunidad parlamentaria guarda íntima conexión, con los otros aspectos alegados y con lo expuesto respecto del momento en que se adquiere la condición y estatuto de Diputado del Parlamento Europeo, y por lo tanto son consecuencia de la errónea interpretación que los recurrentes hacen del régimen jurídico de dicho régimen, y en particular del cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación nacional.”

Y en el auto de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 23 de Octubre de 2020 se recoge que “La necesidad de que las inmunidades parlamentarias sean respetadas de modo efectivo, en la medida en que procedan, ha de tenerse en cuenta que no se establecen como un privilegio personal del parlamentario o como una medida tendente a su protección personal, sino como un elemento garantizador de la protección de las funciones que, como parlamentario, se le atribuyen. En definitiva, como protección del órgano parlamentario y de sus funciones. La finalidad de la inmunidad es, por lo tanto, garantizar que el eurodiputado pueda ejercer libremente su mandato sin ser objeto de persecuciones políticas arbitrarias, operando como una garantía de la independencia e integridad del Parlamento. Pero no tienen como finalidad establecer una absoluta inmunidad frente a la acción de la Justicia, con mayor razón cuando se trata de hechos y de procesos anteriores a la adquisición de la condición de europarlamentario, y sin que aquellos presenten relación alguna con las funciones que se le asignan como tal. Dicho de otra forma, la

acción justificada de la Justicia no puede ser valorada como una persecución política arbitraria.

En consecuencia, no puede valorarse de igual forma la situación de quien es perseguido judicialmente después de ser elegido parlamentario, que la de quienes, habiéndose incoado ya el procedimiento penal por hechos no relacionados con aquellas funciones, adquiere después aquella condición. En esas diferentes situaciones, los matices son necesarios. Y, así aparecen en la resolución impugnada y en el informe del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado. Incluso, como hemos reiterado, el TJUE entiende que es posible mantener la situación de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de europarlamentario, solicitando a la mayor brevedad la suspensión de la inmunidad. Por el contrario, no sería posible acordar tal medida respecto de quien, ya con anterioridad es miembro del Parlamento Europeo, sin solicitar previamente la suspensión de su inmunidad.

4. El Protocolo de Privilegios e inmunidades de la Unión europea distingue distintos supuestos. En su territorio nacional, los miembros del Parlamento Europeo gozarán de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país. En el territorio de cualquier otro Estado miembro de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial. Además, gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste. Son manifestaciones de una misma inmunidad, que impide actuar contra quien ya es europarlamentario sin que previamente se suspenda por el propio Parlamento.

Ha de señalarse, en primer lugar, que la existencia de las órdenes cuyo mantenimiento se impugna no han impedido a los recurrentes alcanzar la condición efectiva de europarlamentarios, ni tampoco asistir a las sesiones del Parlamento. En segundo lugar, que la solicitud dirigida al Parlamento Europeo sobre la suspensión de la inmunidad, se acompaña, paralelamente, de la solicitud de suspensión de plazos en la tramitación las órdenes europeas de detención y entrega, dirigida al órgano jurisdiccional belga que las tramita, hasta tanto resuelva el Parlamento. Lo que implica que en el país de la actual

residencia no se acordarán medidas contra el reclamado hasta tanto se acuerde por el Parlamento la suspensión de su inmunidad. Y, en tercer lugar, que respecto a la posibilidad de regresar de las sesiones del Parlamento, resultaría aplicable el mismo razonamiento antes expuesto contenido en la sentencia de 19 de diciembre de 2019. Pues la posibilidad de mantener la situación de prisión impidiendo al europarlamentario acudir a la realización de las formalidades necesarias para comenzar a actuar en el Parlamento resultaría extensible, por las mismas razones y en las mismas condiciones, a la posibilidad de volver desde el Parlamento a su lugar de origen.

5. Por otra parte, como ya hemos adelantado, el Protocolo de privilegios e inmunidades de la Unión Europea establece que, en su territorio nacional el parlamentario gozará de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país. Estas inmunidades vienen establecidas en la Constitución, cuyo artículo 71.2, último inciso, dispone que los Diputados y Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva, lo cual ha sido invariablemente interpretado en el sentido de que no es necesaria tal autorización cuando la condición parlamentaria se alcance estando ya procesado. Interpretación cuya conformidad con la Constitución no ha sido cuestionada por el Tribunal Constitucional.

No se aprecia contradicción con el derecho europeo, en la medida en que en el derecho interno se reconocen a los europarlamentarios las mismas inmunidades de los parlamentarios nacionales, y que es el propio derecho europeo el que se remite a la regulación de cada Estado. Tampoco con la finalidad reconocida a las inmunidades, ya que no puede considerarse persecución arbitraria perturbadora de la función del Parlamento la acción de la justicia de un Estado miembro, iniciada con mucha anterioridad a la adquisición de la condición de parlamentario y por hechos que nada tienen que ver con sus funciones como tal.

Estas son, pues, las inmunidades que, conforme al citado precepto del Protocolo corresponden a los europarlamentarios españoles en el territorio

nacional español. Se reiteran, pues, las consideraciones contenidas en el auto apelado, en el sentido de que ya estaba acordado su procesamiento cuando adquieren la condición de miembros del Parlamento Europeo.”

Por todo ello, esta cuestión ha sido debidamente tratada por esta Sala, siendo correcto el criterio del instructor al respecto, quien señala con acierto 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.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 7.- Las órdenes de detención dictadas pretenden una restricción indebida del derecho de representación política, en relación con el derecho a la libertad.

Se alega que “las órdenes de detención dictadas por parte del Excmo . Magistrado Instructor responden a una pretensión de limitar indebidamente el derecho a la representación política”.

Este tema ya ha sido resuelto por esta Sala del Tribunal Supremo en Auto de 23 Oct. 2020, Rec. 20907/2017, que señala que:

“No puede aceptarse el contenido de lo argumentado, ya que las decisiones adoptadas se enmarcan en un proceso de investigación de unos hechos por su presunta participación encontrándose en situación de rebeldía. No se trata de impedir el ejercicio de representación política, ya que olvidan los recurrentes que todas las actuaciones del instructor se enmarcan en una situación de rebeldía que no puede olvidarse en un contexto en el que se pretende una exención de responsabilidad directa al cuestionar las decisiones del instructor tendentes a cumplir las directrices procedimentales del

Parlamento europeo en las causas seguidas contra europarlamentarios, circunstancia que olvidan los recurrentes y que nada tiene que ver con la alegada quiebra del derecho de representación política que indudablemente que tiene cualquier ciudadano salvo que quede investigado por unos hechos de apariencia delictiva, debiendo el instructor proceder de acuerdo con los requisitos de procedibilidad hábiles ex lege europea.

El concepto del fumus persecutionis, es decir, la presunción de que los procedimientos judiciales contra un parlamentario son incoados con el propósito de perjudicar sus actividades políticas, fue tratado por la Sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 17 de enero de 2013 y señala que Puede presumirse la concurrencia de un fumus persecutionis en particular cuando se inician procedimientos relativos a hechos antiguos, durante una campaña electoral, para ejemplificar con el acusado, etc. Pero no es el caso, porque nada de esto concurre en el presente caso, sino que se refiere a la tramitación de unos hechos que estaba ya investigando el instructor antes del advenimiento de la situación....

No puede existir una restricción indebida del derecho de representación política cuando lo que lleva a cabo el instructor es cumplir con la normativa europea.”

No se ha tratado en este proceso de restringir el derecho de representación política sin más, sino que el proceso penal se basa en la concurrencia de indicios racionales de la comisión de ilícitos penales, por lo que no pueden mezclarse el derecho de un ciudadano a la representación política con delitos que haya podido cometer, lo cual debe posicionarse en compartimentos distintos y no mezclados.

De esta manera, las limitaciones legales que puedan existir y que conlleva la comisión de delitos son autoimpuestas por el propio autor que comete un hecho delictivo y no por el Estado de derecho que por medio del Poder Judicial, que es el que adopta las medidas procedentes basadas y amparadas en el ordenamiento jurídico para someter a investigación y

enjuiciamiento, en su caso, a quien pueda haber cometido un ilícito penal, no pudiendo alegarse que si concurre un carácter de representante político en el presunto autor de un ilícito penal, la razón de la tramitación del proceso penal se realice con el fin de cercenar derechos de representación política. Y ello, porque la condición de detentar un cargo público de contenido político se trataría de una circunstancia concurrente en el presunto autor del ilícito penal, pero sin que se pueda achacar al poder judicial que éste adopte medidas contra él con la finalidad que ahora se alega de actuar para cercenar el derecho de representación política, sino la propia de la investigación penal y depuración de responsabilidades de esta naturaleza.

Señalar, por último, que se amplía la respuesta a este motivo en el FD nº 23 ante el mismo alegato verificado.

El motivo se desestima.

Por último, no resulta procedente el planteamiento de las cuestiones prejudiciales que postula por considerarlas no adecuadas y al haber sido todas estas cuestiones ya resueltas en diferentes resoluciones de este Tribunal Supremo.

Por ello, no procede acceder lo que solicita de dejar sin efecto el procesamiento del recurrente. Además, nos remitimos a lo ya resuelto en el FD nº 4 de la presente resolución sobre la reforma del CP por LO 14/2022 y la petición de transformación que se postula al no admitirse la conversión ya instada, como se ha explicado, manteniendo el procesamiento en los términos expuestos por el instructor, no dejándose sin efecto las requisitorias que se postula.

RECURSO DE CARLES PUIGDEMONT I CASAMAJÓ

DÉCIMO PRIMERO.- 1.- Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

y a un proceso con todas las garantías, en particular, en cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

Sobre esta cuestión nos remitimos a lo ya resuelto en el FD nº 5 de la presente resolución. No hay deficiencia alguna en el sistema judicial que haya causado indefensión a las partes, y no existe pronunciamiento expreso ni tácito en la resolución citada que determine la falta de competencia del Tribunal Supremo ante una causa donde ya se ha celebrado juicio oral, dictado sentencia y que está en fase de ejecutoria penal y sobre la que ha existido pronunciamiento de acomodación a la reciente reforma legal por LO 14/2022.

La sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 dice lo que dice, y ya se ha expuesto las consideraciones al respecto en el FD nº 5 antes desarrollado.

Por ello, es preciso realizar, a mayor abundamiento, las siguientes consideraciones:

1.- No existe en modo alguno pronunciamiento que ponga en duda la competencia del Tribunal Supremo en esta causa. Ya ha habido un juicio oral contra los no rebeldes que han sido juzgados con pleno respeto a todas las garantías procedimentales y sin ni una sola duda de parcialidad o vulneración de derechos fundamentales y con el respeto a un juicio justo y con la debida publicidad a lo largo de los meses que tuvo lugar el desarrollo del juicio oral.

Y lo mismo cabe precisar en la ejecutoria penal con las adaptaciones precisas que deban darse cuando exista una reforma legal o modificaciones esenciales en la propia ejecutoria penal que exijan pronunciamiento del tribunal, como ha ocurrido en el auto de 13 de Febrero de 2023, sin que la presencia, o no, de las garantías sea equivalente a tener que dar la razón a los condenados en un juicio oral, o a los acusados pendientes de enjuiciamiento en sus pretensiones ante este tribunal.

2.- Ante la inexistencia de dudas probadas y objetivables sobre la parcialidad de este Tribunal Supremo que se ha desenvuelto con el debido respeto a las normas de procedimiento y a las garantías y derechos fundamentales de los acusados, a tenor del párrafo 97 de la Sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023, no existe, ni puede existir, duda alguna en ningún tribunal de la UE acerca de la competencia ni de parcialidad de este Tribunal en el desarrollo del presente procedimiento, lejos de la discordancia de las partes acerca de sus responsabilidades penales, pero que es concepto que dista mucho de poner en duda la existe de un *riesgo real al derecho fundamental a un proceso equitativo*.

3.- Nótese que el antes citado párrafo 97 hace mención a que *“cuando la autoridad judicial de ejecución que haya de pronunciarse sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea disponga de datos que tiendan a acreditar que existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor, dicha autoridad deberá comprobar, de modo concreto y preciso, si, habida cuenta de la situación individual de esa persona, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico en el que se dictó la orden de detención europea, existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá tal riesgo en caso de ser entregada a ese Estado miembro”*.

Por ello, no se ha puesto de manifiesto, ni acreditado, riesgo ni duda alguna acerca de este tribunal, fuera de las alegaciones realizadas por las partes sobre la pretendida vulneración de sus derechos de representación política, libertad de residencia, movimiento, etc expuestos por las partes en sus sucesivos recursos, pero que han sido desestimados por este Tribunal, habida cuenta que no debe confundirse el reconocimiento de estos derechos con la circunstancia de que quien los reclama está sometido a una investigación en un proceso penal por la presunta comisión de un ilícito penal, que es el que condiciona y limita los derechos que reclaman las partes, y que los tienen todos los ciudadanos menos quienes están sometidos a un proceso

penal, que, obviamente, están obligados a comparecer ante el tribunal penal para que se lleven a cabo las diligencias oportunas, pero que en este caso no se pueden hacer dada la situación de rebeldía de los recurrentes. Pero ello no significa limitación de derechos, sino que son los mismos los que impiden la prosecución de la causa por la corolaria situación de rebeldía, y al no ponerse a disposición del tribunal penal.

4.- La competencia de este tribunal penal ha sido reiteradamente mantenida por este Tribunal Supremo (Auto de 23 de Octubre de 2020) y por el Tribunal Constitucional en la STC 149/2022, de 29 de noviembre.

5.- De la sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 no se desprende la falta de competencia del Tribunal Supremo, ya que si no se ha podido juzgar a todos los encausados es, precisamente, por la situación de rebeldía de parte de los mismos. Los que se han comparecido ante el tribunal han sido juzgados, se ha dictado sentencia y se abrió la fase de ejecutoria penal para su cumplimiento y liquidación de condena. Todo ello con el respeto máximo a todas las garantías de los sometidos a enjuiciamiento.

La circunstancia de la situación de rebeldía de parte de los encausados no es responsabilidad de este tribunal penal.

6.- A tenor del párrafo 101 en relación con el 97 no existe dato alguno que tienda a acreditar que existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor. En modo alguno se ha acreditado ese riesgo al no concurrir "dato alguno" que permite hacer dudar con razones objetivas que se han vulnerado los derechos de la Carta, ni existido deficiencias en el sistema judicial del Estado español.

7.- Clave es en este escenario el párrafo 103 de la Sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 en cuanto refiere que *En el contexto de alegaciones relativas al riesgo de que la persona objeto de una orden de detención*

europaea sea juzgada por un órgano jurisdiccional carente de competencia a tal efecto, la autoridad judicial de ejecución debe, para determinar si tales deficiencias están acreditadas, llevar a cabo una apreciación global del funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor a la luz de la exigencia de un tribunal establecido por la ley [véase, en este sentido, la sentencia de 22 de febrero de 2022, Openbaar Ministerie (Tribunal establecido por la ley en el Estado miembro emisor), C-562/21 PPU y C-563/21 PPU, EU:C:2022:100, apartado 77]. Dicha autoridad judicial deberá considerar que tales deficiencias han quedado acreditadas si de esta apreciación global se desprende que los encausados se ven privados, con carácter general, en dicho Estado miembro de un cauce jurídico efectivo que permita controlar la competencia del órgano jurisdiccional penal que ha de enjuiciarlos, en forma de un examen de su propia competencia por ese órgano jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional.

Resulta indudable que el análisis de la competencia se ha realizado de forma reiterada por este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero en sentido desestimatorio a las pretensiones de los recurrentes. Y a tenor del párrafo 103 de la citada sentencia del TJUE hace referencia a que deben constar deficiencias “acreditadas” en el funcionamiento del sistema judicial del Estado emisor, lo que en este caso no concurre en modo alguno, ya que lo que refiere el párrafo 103 es si se ven privados, con carácter general, en dicho Estado miembro de un cauce jurídico efectivo que permita controlar la competencia del órgano jurisdiccional penal que ha de enjuiciarlos, en forma de un examen de su propia competencia por ese órgano jurisdiccional.

Y en este caso, precisamente, se constituyó este tribunal de apelación de revisión de decisiones del instructor y para dar cabida al proceso de revisión de resoluciones en este ámbito, por lo que quienes se encuentran en este caso en situación de rebeldía han dispuesto de las correspondientes oportunidades de alegaciones e impugnaciones ante las decisiones del instructor, y que han sido resueltas puntualmente, y con el máximo respeto de los derechos fundamentales de los procesados. Con ello, no hay dato objetivo

alguno acreditado que permita hacer dudar del respeto de los derechos fundamentales de la Carta.

8.- El TJUE cita en su sentencia de 31 de Enero de 2023 la mención de *deficiencias identificadas*. Y ello no ha ocurrido en modo alguno, ya que no pueden confundirse las alegaciones impugnatorias referidas a la disidencia con las decisiones del instructor al término que utiliza el TJUE en diversos párrafos con respecto a las *deficiencias acreditadas o identificadas* que no concurren en modo alguno. Y, además, en el párrafo 107 se hace mención a *Cuando ese riesgo se deba, según las alegaciones de la persona en cuestión, a que, en caso de ser entregada, podría ser enjuiciada por un órgano jurisdiccional carente de competencia a tal efecto, solo podrá constatarse la existencia de tal riesgo si, a la luz de las normas de competencia y de procedimiento judiciales aplicables en el Estado miembro emisor, la falta de competencia del órgano jurisdiccional que probablemente habrá de conocer del procedimiento al que se someterá a esa persona en dicho Estado miembro es manifiesta.*

De ninguna manera, esa falta de competencia que se alega es manifiesta, sino, más bien, existe disidencia de los recurrentes en cuanto a la determinación de la competencia, lo que ha sido resuelto por este Tribunal de forma reiterada, pese a, como decimos, la disidencia de los recurrentes. Nos remitimos, en cualquier caso, a lo expuesto en el FD nº 5.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 2.- Sobre la falta de imparcialidad del Excmo. Magistrado-Instructor.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado de forma extensa en el FD nº 6 al que nos remitimos, dada la extensión de la respuesta dada a las mismas cuestiones planteadas.

En modo alguno existe el “riesgo identificable” que se cita en la sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 en la actuación del instructor. De suyo, el TJUE en modo alguno se refiere a ello de forma individualizada, sino que lo que lleva a cabo es un análisis de las condiciones y circunstancias que debe observar el requerido, o autoridad judicial de ejecución, al referir que debe observar si se *viola el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor.*

Se trata de unas Instrucciones o reglas generales obvias que pasan por la circunstancia de analizar la autoridad requerida si existe un “riesgo identificado o identificable” en el estado emisor, pero sin que ello haya sido constatado en modo alguno en las actuaciones llevadas a cabo en este proceso por el Tribunal Supremo, no pudiéndose constatar, acreditar o identificar cuál es el riesgo que se cita en varios párrafos de la sentencia del TJUE de 31 de Enero de 2023 que permitan constatar unas deficiencias en el sistema judicial español que puedan tildar de anómala e irregular la actuación que se ha llevado a cabo, cuando están identificadas por el Ministerio Fiscal en los ahora recurrentes, y fijadas en el auto de procesamiento, conductas que pueden ser constitutivas de ilícito penal y que todavía no han sido sometidas a enjuiciamiento por la propia situación de rebeldía de los recurrentes.

Pero ello no tiene nada que ver con la imparcialidad del instructor, sino con la conducta personal de los recurrentes de su no disponibilidad ante la justicia para poder ejercer sus derechos ante el tribunal.

Por ello, la tramitación procedimental para hacer posible esa “disponibilidad” por el instructor no puede ser confundida con pérdida de imparcialidad.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 3.- Sobre la atipicidad de la conducta. Inexistencia de sospecha razonable alguna. Vulneración del derecho a la libertad personal y a la libertad de circulación. Procedencia del sobreseimiento libre.

Centra su queja disidente el recurrente en no compartir la valoración llevada a cabo en cuanto a la imputación delictiva al recurrente, pero no es este el escenario procedente para ello, ya que esta cuestión ya fue resuelta en su momento. Y no es posible volver a cuestionar la existencia de indicios racionales de criminalidad contra el recurrente. No es esta la sede de enjuiciamiento, sino que ello podrá ser alzado en tanto en cuanto los recurrentes se pongan a disposición de la autoridad judicial y puedan someterse a enjuiciamiento las conductas delictivas del auto.

No puede anticiparse, pues, el debate de la atipicidad a un momento en el que el auto de procesamiento ya fijó las conductas y ahora queda el escenario del debate sobre la reforma legal de la LO 14/2022, que ya se ha resuelto en el FD nº 4 de la presente resolución que no afecta a las conductas de los recurrentes reflejadas en el auto de procesamiento por la detallada resolución de 21 de Marzo de 2023 del instructor, el auto del Tribunal de enjuiciamiento de 13 de Febrero de 2023 y el contenido del FD nº 4 de la presente resolución.

No se trata, frente a lo expuesto, de que se estén cuestionando “criterios políticos” que puedan tener los recurrentes sobre los derechos territoriales que alegan frente a la unidad territorial del país, sino que la metodología y/o “modus operandi” para expresarlo entra de lleno en los tipos penales fijados en el Código penal indiciariamente, según el auto de procesamiento.

Así, se alega que *los hechos sobre los cuales se hace el juicio de subsunción son atípicos porque la finalidad de cualesquiera gastos que se hayan podido cometer, ninguno acreditado, lo ha sido siempre en función del interés público cuya gestión le fue encomendada. Pero ello supone una visión unilateral de la forma en que se ha llevado a cabo la defensa del “interés*

público”, ya que los indicios racionales de criminalidad llevan como consecuencia una subsunción en tipos penales ahora acomodados en parte tras la reforma del CP por LO 14/2022, aunque no en lo que afecta a la malversación, pero sí a la derogada sedición, como ya se ha expresado tanto en el auto de 12 de Enero de 2023, como en el de 21 de Marzo de 2023 del instructor y de 13 de Febrero de 2023 del tribunal de enjuiciamiento.

No se trata, por ello, de “cuestionar en vía judicial criterios políticos”, como expone el recurrente, sino que se constata en el auto de procesamiento que la forma de manifestarlos por los recurrentes lleva consigo un proceso de subsunción inicial en el auto de procesamiento de los delitos que constan y que han sido adaptados tras la LO 14/2022.

Incide el recurrente en que no hay datos ni pruebas de que haya cometido un delito de malversación de caudales públicos, pero ello será un alegato a llevar a cabo en el juicio oral cuando se celebre, sobrepasando lo que es el marco de esta resolución cuando todo ello ya ha pasado por el tamiz del auto en su momento y de su impugnación.

Además, sobre el análisis de la malversación del art. 432 CP; y no los subtipos atenuados de la LO 14/2022 ya nos hemos pronunciado en el FD nº 4 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 4.- Sobre el derecho fundamental al non bis in idem.

Sobre este tema ya nos hemos pronunciado de forma extensa en el FD nº 8 al que nos remitimos por haber sido ya analizado con detalle excluyendo la vulneración del principio que se alega. Además, no se identifica en modo alguno en el motivo en qué medida se ha podido vulnerar el citado principio, ya que se hace mención a ello de forma genérica.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 5.- Sobre la vulneración de la inmunidad parlamentaria. Vulneración del artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 23 de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión. Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, sin discriminación de ninguna clase.

Sobre este tema ya nos hemos pronunciado de forma extensa en el FD nº 9 al que nos remitimos por haber sido ya analizado con detalle.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 6.- Las órdenes de detención dictadas pretenden una restricción indebida del derecho de representación política, en relación con el derecho a la libertad. Esta Sala viene avalando detenciones arbitrarias y vulneraciones sistemáticas de los derechos políticos de los representantes políticos catalanes, como han indicado el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Sobre este tema ya nos hemos pronunciado de forma extensa en el FD nº 10 y más tarde en el nº 23 a los que nos remitimos por haber sido ya analizado con detalle.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 7.- Sobre la Inviabilidad de mantener la resolución de 23 de marzo de 2018 y el procesamiento.

Tampoco puede tener viabilidad alguna el motivo, habida cuenta que ya se ha fijado en el FD nº 4 la inexistencia de mutación en los aspectos que refiere el recurrente manteniéndose inalterable la malversación en cuanto a la subsunción del auto de procesamiento ab initio y pendiente de enjuiciamiento y

en los límites del propio auto de procesamiento que tiene como objetivo fijar los hechos.

Como hemos fijado en la sentencia del Tribunal Supremo 133/2018 de 20 Mar. 2018, Rec. 1409/2017:

“El auto de procesamiento en el sumario ordinario tiene la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal, en la medida que el instructor realiza una valoración jurídica tanto de los “hechos como sobre de la imputación objetiva de los mismos”. En definitiva, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuada por el juez instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador objetivo y subjetivo del proceso.

Ahora bien, el contenido delimitador que tiene el auto de procesamiento para las acusaciones se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas procesadas no a la calificación jurídica que haya efectuado el instructor a la que no queda vinculado la acusación sin merma de los derechos de los acusados, con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, las acusaciones son libres de efectuar la traducción jurídico penal que estimen más adecuada. La interpretación contraria, esto es, partir de que el legislador ordene delimitar el objeto del proceso penal mediante una relación sucinta de hechos que luego no han de ser respetados por las acusaciones, carecería de cualquier sentido. Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorpresivas como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones que considere procedentes de ahí las posibilidades de sobreseimiento que al juez le otorgan”.

Los hechos son los formulados en el auto de procesamiento, y no puede haber en este escenario alteración alguna. Son los que son y los que se han fijado. Pero el recurrente pretende una alteración de las calificaciones jurídicas, lo que no forma parte de este estado procesal, sino del Ministerio

Fiscal, por lo que la mención a lo resuelto ya en la sentencia del Tribunal de enjuiciamiento no tiene aquí cabida, y menos tras el auto dictado por ese tribunal de fecha 13 de Febrero de 2023 al que ya nos hemos referido de forma extensa, y en la línea sustentada por el instructor en sus autos de 12 de Enero y 21 de Marzo de 2023.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- 8.- Sobre las supuestas requisitorias.

El contenido del FD nº 9 está referido por el instructor a la recurrente Clara Ponsatí. En relación al conocimiento de las requisitorias resulta evidente el mismo, algo que no puede negarse, obviamente, y el juez instructor ya recoge en el auto recurrido que:

“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.”

El instructor recuerda, de todos modos, que “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 estar requerida para prestar declaración en calidad de investigada en este procedimiento”. Los recurrentes en rebeldía conocen el procedimiento, su situación procesal y los distintos escenarios y decisiones que se han adoptado debidamente. No se trata de una cuestión que haya sido suscitada con carácter previo y tenga relación directa con lo que se ha resuelto, además de resultar obvio el conocimiento de las requisitorias libradas y la situación procesal de los recurrentes en este sentido, desde tiempo atrás.

El motivo se desestima.

Por último, no ha lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales que se plantean. No existen las dudas que formula el recurrente en el otrosí respecto al contenido de lo ya resuelto que inviten a su planteamiento.

RECURSO DE CLARA PONSATÍ I OBIOLS

DÉCIMO NOVENO.- 1.- Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en particular, en cuanto al derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

Nos remitimos a lo ya resuelto en esta resolución en los FD nº 5 y 11.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO.- 2.- Sobre la falta de imparcialidad del Excmo. Magistrado-Instructor.

Nos remitimos a lo ya resuelto en esta resolución en los FD nº 6 y 12.

En reiterados párrafos se refiere el TJUE a la existencia del "riesgo real de que en ese Estado miembro se vulnere el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta", algunos de los cuales ya han sido citados. Pero lo que exige es la identificación y acreditación de ese riesgo más allá de una visión subjetiva y particularizada de ese riesgo que exponen los recurrentes, pero que no es objetivable ni basado en elementos que permitan tener por acreditado un riesgo que no está acreditado y que el TJUE tampoco señala en modo alguno, debido a la observancia de los derechos fundamentales de los que fueron juzgados en su momento por el Tribunal Supremo y los ahora recurrentes en su fase procesal dada su situación personal. No hay dato alguno objetivable en

la actuación del instructor que haga merecer la duda de parcialidad en su actuación profesional y procesal lejos del parecer subjetivo de los recurrentes. Se han respetado absolutamente todos los derechos de los mismos en la investigación y las decisiones adoptadas lo han sido en el seno de la averiguación de los hechos, determinación de los investigados y la posibilidad de la celebración de un juicio oral pendiente hasta la decisión de comparecencia de todos los recurrentes para su conclusión. Pero las actuaciones procesales llevadas a cabo son las mismas que se realizan en cualquier otro procedimiento penal, sin que las decisiones judiciales adoptadas lo sean por la parcialidad que denuncian los recurrentes, sino porque son las procedentes dada la situación del procedimiento y la personal de los procesados en cada caso y situación sin que ello determine la parcialidad del juez por querer respetar las reglas del proceso penal, lo cual no significa en modo alguno la existencia de un "riesgo real de que en ese Estado miembro se vulnere el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta".

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO PRIMERO.- 3.- Sobre el presunto delito de desobediencia y la ilegal orden de detención en contra de mi representada. Inexistencia de sospecha razonable. Vulneración de los derechos a la libertad personal, a la libertad de circulación y al ejercicio del cargo representativo. Procedencia del sobreseimiento libre.

Señala la recurrente que lo que ha hecho son "actos políticos indebidamente criminalizados".

Pero no es esto lo que ha ocurrido en la tramitación procedimental como ya se ha expuesto, sino la investigación de hechos por su posible consideración como delictivos plasmados en el auto de procesamiento, sin que pueda suponer una excepción a la investigación penal que los mismos se hayan llevado a cabo en el ejercicio de funciones políticas, ya que ello no exonera de las posibles responsabilidades penales que se puedan depurar, ya

que de ser así podría ser objeto de alegación por cualquier persona que, ejerciendo funciones públicas y políticas, sea investigado en un proceso penal si existen datos indiciarios de la presunta comisión de un hecho delictivo, como aquí ha ocurrido. No se trata, por ello, de criminalizar actuaciones políticas, sino una investigación penal relacionada con la posible comisión de ilícitos penales “aprovechando” o “con ocasión de” el ejercicio de funciones públicas y políticas en las que lejos de realizar un ilícito penal, lo que se espera es un adecuado ejercicio de esas funciones públicas, por lo que si existen indicios de criminalidad de que durante ese ejercicio se ha podido cometer un ilícito penal ello no determina que se “criminalice el ejercicio de la función pública”.

A este respecto y en respuesta del instructor a las cuestiones planteadas por la recurrente hay que señalar que en los FD nº 7 y 8 lo verifica a lo planteado. Cuestión distinta es que no se esté de acuerdo con la desestimación de las pretensiones expuestas por la recurrente. Así, se recoge que:

“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 peticionar 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 impugna 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 querrela, 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.”

Hay que tener en cuenta lo que ya antes hemos expuesto respecto a la naturaleza del auto de procesamiento y que desarrollamos con detalle en el FD nº 17.

No es preciso, por ello, una ampliación del suplicatorio, o una nueva petición, por cuanto se aparta la parte recurrente de la necesidad de considerar el objeto y objetivo del auto de procesamiento, que se refiere al factum que ahora conlleva una nueva calificación, pero que es el Fiscal el que la determina finalmente, por lo que no habiéndose producido alteración del “factum” no es preciso nuevo suplicatorio. Y sobre la petición ya se pronunció el instructor en el auto de fecha 3 de Febrero de 2020 y auto de 21 de Octubre de 2020.

Pero es que, además, la recurrente fue procesada en esta causa mediante auto de 21 de marzo de 2018 por hechos delictivos cometidos en los meses de septiembre y octubre de 2017, sin que en ese momento fuera diputada del Parlamento Europeo, acordándose en el mismo la prisión provisional al haberse sustraído al proceso.

Fue aceptada su personación en el procedimiento, se le notificó el auto de procesamiento que fue recurrido, primero en reforma ante el Magistrado Instructor, y después en apelación ante el órgano judicial superior. Esta Sala de Apelación del Tribunal Supremo confirmó mediante auto de 26 de junio de

2018 el procesamiento de la citada, momento a partir del cual el procesamiento adquirió firmeza.

En el BOE de 24 de enero de 2020 se publica el Acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se procede a la proclamación de Clara Ponsatí Obiols como candidata electa al Parlamento Europeo, a raíz de la retirada de los eurodiputados del Reino Unido.

Su proclamación como diputada del Parlamento Europeo se produjo mucho tiempo después de iniciarse el procedimiento penal en el que está incurso. La causa penal ya había sido completamente instruida, se había dictado auto de procesamiento contra ella y pendía exclusivamente de su declaración indagatoria.

Desde que fue proclamada europarlamentaria ha gozado plenamente en el territorio del Estado al que pertenece de las inmunidades y prerrogativas previstas para los diputados nacionales, en virtud de lo dispuesto en el art. 9, párrafo 1º, letra a) del Protocolo nº 7 de privilegios e inmunidades en la Unión Europea; y que se ha respetado escrupulosamente su inmunidad de desplazamiento en el territorio de la Unión para garantizar su asistencia al Parlamento Europeo.

Por auto de 28 de marzo de 2023 se ha acordado su libertad provisional con la obligación de comparecer a las citaciones judiciales y hay que añadir que ni cuando perpetró los hechos delictivos ni cuando fue dictado auto de procesamiento ostentaba tal condición de europarlamentaria.

Además, la inmunidad parlamentaria, declara la STC 123/2001, de 4 de junio, con cita de la STC 206/1992 de 27 de noviembre no se puede concebir como un privilegio personal, es decir, como un derecho particular de determinados ciudadanos que se vieran así favorecidos respecto del resto, ni tampoco como expresión de un pretendido ius singulare y no ha sido establecida por el constituyente para generar zonas inmunes al imperio de la Ley.

Hay que añadir, también, a lo antes expuesto respecto de la sentencia de esta Sala de Tribunal Supremo 133/2018 de 20 Mar. 2018, Rec. 1409/2017 que:

“El auto de procesamiento vincula las partes en cuanto a los hechos imputados y las personas responsables, por cuanto dicho auto no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones, de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en referida resolución no impide que pueda ser objeto de acusación si la base fáctica del mismo aparece en el auto y el acusado conocía la misma cuando prestó declaración.

En este sentido el artículo 118 LECrim, con carácter general y el artículo 389 y ss, con carácter específico para el sumario ordinario, imponen del órgano instructor de ilustrar a procesados de los hechos de la causa abierta en su contra. El examen de estos preceptos ha de llevar a la siguiente conclusión: en primer lugar la de que el juez de instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora quien sea el presente autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos, que integra la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el acusado sea oído por la Autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes, con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan interesado en el sumario.”

Con ello, la fijación del auto de procesamiento lo es respecto de los hechos sin ser preceptiva una fijación concreta e invariable de la calificación jurídica, aspecto que compete a la acusación, la cual tiene el límite en el “factum”, pero no en la calificación jurídica, que la puede variar. Y más ante un caso como el presente en el que se ha producido una modificación legal por LO 14/2022 que tiene incidencia en el presente procedimiento, como se constata en la resolución ahora recurrida dimanante del auto de 12 de Enero

de 2023, y teniendo en cuenta lo ocurrido de modo semejante con el auto del tribunal de enjuiciamiento de fecha 13 de Febrero de 2023.

De esta manera, lo que se acuerda en el auto de fecha 12 de Enero de 2023 es, respecto de la recurrente, lo siguiente:

1. Ante la derogación del delito de sedición operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre, los hechos referidos en el antecedente primero de esta resolución, por los que fueron procesados a) Carles Puigdemont i Casamajó, b) Antonio Comín i Oliveres, c) Clara Ponsatí i Obiols y d) Marta Rovira i Vergés, se muestran subsumibles en el delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar.

“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”.

Con ello, vemos que, mantenidos incólumes los hechos, lo que se modifica es la modificación de la subsunción de los hechos en el delito de sedición por su derogación expresa en el de desobediencia, pero ello no supone ninguna vulneración de derechos o infracción alguna, sino adaptación del proceso de subsunción, y, como se ha expuesto, con mantenimiento de los mismos hechos, aunque ya dependiendo de la acusación a este respecto sobre los hechos que permanecen inalterables.

En el presente caso no cabe admitir la tesis relativa a si el delito de sedición y el de desobediencia son homogéneos, o no. No nos encontramos ante el debate sobre el principio acusatorio, ya que la homogeneidad delictiva sí que hace mención al título jurídico de la acusación con el resultado de la sentencia, pero no con la fijación del “factum” en el auto de procesamiento y la calificación jurídica, ya que es la acusación la que fija el tipo penal del acusatorio, pero no el auto de procesamiento, por lo que la adecuación del auto ahora recurrido lo es en base a la LO 14/2022, pero con el título de “provisionalidad” que se fija en el procesamiento a expensas de la acusación.

Como ya expuso esta Sala en Sentencia del Tribunal Supremo 133/2018 de 20 Mar. 2018, *el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral.*

No se trata, pues, de si hay homogeneidad, o no, entre el delito de sedición y el de desobediencia. En el auto de procesamiento lo relevante son los hechos, no la calificación jurídica que es la clave de la acusación determinante para la sentencia en el acusatorio, pero no en la sede procesal del procesamiento.

Hay que recordar que los razonamientos del auto recurrido respecto de la no prescripción son evidentes y a ellos nos remitimos. Y lo mismo respecto a lo acordado en relación a la recurrente, que fue que "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." Son distintos los escenarios en relación a la diferencia respecto de lo que se recoge en relación a la recurrente y el resto. En la actualidad, la subsunción de los hechos en relación a la recurrente lo son

en el delito de desobediencia, y solo respecto de ello es a lo que se refería el auto ahora recurrido, de ahí el marco diferenciador entre unos y otros.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- 4.- Sobre la vulneración de la inmunidad parlamentaria. Vulneración del artículo 39.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 23 de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión. Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, sin discriminación de ninguna clase.

Sobre ello nos hemos pronunciado ya de forma extensa en el FD nº 9 de la presente resolución a lo que nos remitimos.

No es cierto, como se apunta en el recurso, que se haya “utilizado la vía penal para perturbar el funcionamiento del Parlamento Europeo, alterando la composición que al mismo dio la voluntad popular de los ciudadanos de la Unión expresada en las elecciones del pasado 26 de mayo de 2019,” sino para la posible depuración de responsabilidades penales que se hayan podido cometer en este caso, por lo que no cabe admitir que exista una persecución sin fundamento, ya que si de los hechos cometidos fijados en el “factum” es posible el proceso de subsunción jurídica, ahora en el delito de desobediencia por la LO 14/2022, era posible dictar la orden de detención para comparecer al efecto de que se llevara a cabo el interrogatorio sobre los hechos objeto de imputación. No había otra forma y manera de que se le pudiera tomar declaración ante la no comparecencia y sustracción del ámbito de la justicia, si, como había ocurrido, se estaba investigando la posible comisión de un hecho delictivo, sin que hubiera una comparecencia voluntaria para dar explicaciones sobre la imputación verificada.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.- 5.- Las órdenes de detención dictadas pretenden una restricción indebida del derecho de representación política, en relación con el derecho a la libertad.

Se alega por la recurrente que “Las órdenes de detención dictadas por parte del Excmo. Magistrado Instructor responden a una pretensión de limitar indebidamente el derecho a la representación política de la recurrente”.

Esta cuestión ha sido tratada en los FD nº 10 y 16 a los que nos remitimos.

No puede admitirse en modo alguno el presente alegato. No se está llevando a cabo la “criminalización de la política y su ejercicio profesional, sino una investigación penal por hechos ocurridos en el ejercicio de un cargo público que no supone en modo alguno incoar y continuar un proceso penal por la razón y pretensión que se expone, ya que el cargo público no supone una especie de “escudo protector” para poder llevar a cabo cualquier tipo de conducta si son estas ilícitas.

Las órdenes de detención no suponen una actuación arbitraria del instructor. Según el DRAE “arbitrario” es lo que es sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón. Y en este procedimiento existen una serie de actuaciones fijadas en el auto de procesamiento que, *ab initio*, determinan la posible comisión de ilícitos penales fijados ahora en el auto de fecha 12 de Enero de 2023 y confirmados en el ahora recurrido de 21 de Marzo de 2023 adaptados a la LO 14/2022.

No puede tildarse de arbitrario, pues, lo que está basado en la ley como aquí ocurre, no pudiendo admitirse que la afirmación de que el objetivo del instructor sea *“apartar ilegalmente a mi representados, junto a los otros procesados en la misma causa, de cualquier cargo de representación política”* como se afirma en el motivo. El proceso penal tiene por fin en la fase de investigación analizar si existen hechos que son constitutivos de delito, y, por ello, el instructor ha intentado oír en declaración a los investigados en el

proceso penal, lo que ha sido el objetivo de las órdenes de detención para escuchar con asistencia letrada las explicaciones dadas por éstos ante los hechos objeto de imputación, por lo que la posición de los mismos no debe ser la negativa a la comparecencia, sino la colaboración con la justicia para poder dar las explicaciones pertinentes. Por ello, ante la obstrucción ante estas comparecencias es lo que ha ido motivado las órdenes dadas para asegurar la comparecencia.

En cualquier caso, los hechos se han fijado en el auto de procesamiento donde se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva, de un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrá dirigir la acusación. Y de ello han tenido debido conocimiento los recurrentes, ya que conocen los hechos objeto de imputación y pueden y deben comparecer al objeto de dar las explicaciones que estimen oportunas. Pero el investigado en el proceso penal no puede adoptar una postura procesal de “mera disidencia” con la circunstancia de que frente al mismo se hayan abierto diligencias y se dirija una investigación, sino que la posición es, como decimos, es la de “comparecer” al objeto de ser interrogado sobre los hechos investigados, por lo que la negativa a hacerlo lleva consigo las consecuencias oportunas por los instrumentos legales que la ley procesal penal otorga al juez de instrucción, y entre ellas está la orden de detención, sin que librarla suponga un uso arbitrario de las opciones que el derecho otorga a los jueces, sino utilizar el derecho para dar curso al proceso penal.

Si solo dependiera de los investigados que el curso del proceso penal avanzara y continuara, la mera negativa a comparecer no puede otorgar una especie de derecho a que el investigado se “desvincule” del derecho del Estado perseguir los hechos que son constitutivos de delito.

No se trata, pues, de que exista una unilateralidad construida como un derecho de opción del investigado a admitir si se le investiga o no, sino que éste debe adoptar una postura colaborativa con la justicia, y no de rebeldía con la misma, por lo que de llevarlo a cabo deberá asumir las consecuencias que el incumplimiento de la comparecencia lleva consigo, y para conseguirlo los jueces de instrucción tienen la facultad del libramiento de la orden de detención, sin que ello suponga que en los casos en los que se dirige contra una persona que ejerza un cargo público en la política se trate de una actuación arbitraria como si existiera ese “escudo protector” que parece querer articularse en este motivo, imposibilitando que si la investigación se dirige contra una persona que esté en el ejercicio de un cargo político tenga la opción de dejar de comparecer para ser interrogado de los hechos presuntamente delictivos. El derecho de “no comparecencia” ante el juez no existe por la circunstancia de que el obligado a hacerlo ejerza un cargo en la política.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.- 6.- Sobre la inviabilidad de mantener la resolución de 23 de marzo de 2018 y el procesamiento de mi representada.

Se incide en argumentos que ya han sido respondidos en la presente resolución pretendiendo que el procedimiento debe modificarse cuando se trata de causa abierta contra varios investigados por varios delitos y no por uno solo, y que con la aprobación de la LO 14/2022 y la interpretación dada sobre sus consecuencias conllevan el mantenimiento del cauce seguido dada las explicaciones dadas respecto a otros recurrentes respecto de los cuales no existe la admisión de la aplicación de subtipos atenuados que postulan y que merecen la continuidad del procedimiento en los términos ya fijados, estando inmersa la recurrente en el mismo, aunque con menor delimitación de hechos y, con ello, su proceso de subsunción, pero sin que pueda conllevar un apartamiento de la misma respecto al global procedimental en el que está incluida.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO QUINTO.- 7.- Sobre las supuestas requisitorias.

El instructor se ha referido a ello en el FD nº 9 a la respuesta dada en cuanto a que:

“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.”

Pero es que, además, en el FD nº 10 se amplía señalando que tras la LO 14/2022 se adaptaron estas órdenes respecto a los distintos recurrentes señalando que:

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.

En consecuencia, la referida a la recurrente y anteriores eran conocidas, obviamente y nada irregular se ha llevado a cabo, sino el objetivo de la comparecencia ante la autoridad judicial.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEXTO.- 8.- Sobre la falta de proporcionalidad.

Sostiene el recurrente como resumen a su recurso que todo lo anterior conlleva una falta de proporcionalidad, lo que debe desestimarse de plano ante los argumentos sólidos dados por el instructor en sus dos autos y la respuesta dada en esta resolución a los distintos motivos formulados.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Al desestimarse los motivos del recurso de cada recurrente ello lleva consigo la imposición de costas incluidas las de la acusación particular.

LA SALA ACUERDA: Se desestiman los recursos de apelación interpuestos en la CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017 por las representaciones procesales del Partido Político VOX, y de Antoni Comin i Oliveres, Carles Puigdemont i Casamajo, Clara Ponsatí i Obiols, y Lluís Puig i Gordi contra el Auto del instructor de fecha 21 de Marzo de 2023. Todo ello con costas causadas incluidas las de la acusación particular.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Vicente Magro Servet Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina