

Diligencias Previas 82/2017
Juzgado Central de Instrucción 3
AUDIENCIA NACIONAL

AL JUZGADO PARA LA ILMA. SALA

CARLOS ESTEVEZ SANZ, Procurador de los Tribunales y de D. JOAQUIM FORN CHIARELLO, según tengo acreditado en el procedimiento al margen referenciado, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que me ha sido notificado Auto de fecha 8 de noviembre de 2017 por el que se desestima el Recurso de Reforma interpuesto por esta parte, confirmando en su integridad el Auto de fecha 2 de noviembre de 2017 que acordó prisión provisional para mi patrocinado. Mediante el presente escrito paso a interponer RECURSO DE APELACIÓN contra el mencionado Auto, ex art. 766 Lecrim y 507 Lecrim, con arreglo a lo que se expone en las siguientes

ALEGACIONES

PREVIA. – La libertad, configurada en la Constitución Española de 1978 como valor superior del Ordenamiento Jurídico (art. 1 C.E.) y como derecho fundamental (art. 17 C.E.), reclama del legislador el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 C.E.) y sitúa a Jueces y Tribunales como sus máximos garantes (art. 7 LOPJ).

Es esa tutela la que impetramos mediante la presente apelación, interesando, de superior y a contrario imperio, resolución que la revoque y deje sin efecto, y en atención a los parámetros de necesidad y menor lesividad y ponderando también los fines que persigue el instituto de la prisión provisional, acordando, en su caso, otras medidas de aseguramiento suficientes.

Así, el presente escrito abordará como cuestión preliminar el modo y forma en que se desarrolló la vista y comparecencia del art. 505 Lecrim y su marco de garantías.

Y, señaladamente, abordaremos las tipicidades invocadas como configuradoras del presupuesto mismo de la medida (imprescindible para juzgar no solo el requisito ex art. 503.1.1º Lecrim sino también, significadamente, el juicio de pronóstico de riesgo de fuga). Abordaremos también los fines de la medida cautelar personal, para sostener no concurren en el supuesto presente con la intensidad y concreción bastante para entender se produce su efecto habilitante para la restricción del derecho fundamental. Y, por último, aspectos relacionados con la necesaria individualización tanto en relación a los presupuestos habilitantes o finalidades del instituto sino también en relación a la atribución de autoría.

PRIMERA.- Nulidad del Auto de prisión ex. art. 238.3º LOPJ por vulneración del derecho de defensa.

Según se exponía en el recurso de reforma contra el Auto de prisión, el breve lapso temporal (apenas unas cuantas horas) entre la citación a mi representado y la práctica de su declaración en calidad de investigado y subsiguiente vista del art. 505 LECrim suponía vulneración del derecho de defensa por ser materialmente imposible articular una defensa con unas mínimas garantías en aquel escaso tiempo. Esa vulneración queda evidenciada, a mayor abundamiento, por el hecho de que en la querrela se hacía referencia a documentos que estaban incluidos en la pieza principal y de los que, obviamente, no disponía esta parte (así por ejemplo el documento denominado “*Enfocats*”).

Pues bien, el Auto que se recurre ahora en apelación (y también el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal) viene a manifestar que la defensa hizo dejadez de funciones en orden a solicitar la suspensión de la declaración de nuestro representado. Esa afirmación es radicalmente inexacta y existe rastro documental, incontestable, de que sí se intentó la suspensión de esa declaración de Don Joaquim Forn por ser materialmente imposible articular defensa a causa de la falta de tiempo con la que había sido citado, según se abordará a continuación.

Consta a folio 317 de las actuaciones que a las **9:45 horas del día 2 de noviembre de 2017** se presentó escrito en nombre de Don Joaquim Forn por el que de manera profusamente motivada se solicitaba la suspensión, alegando falta de tiempo para preparar mínimamente esa declaración y se manifestaba ya en aquel momento vulneración del derecho de defensa. A esa hora la declaración de nuestro representado todavía no había dado comienzo (*vide* grabación de la declaración de Don Joaquim Forn, obrante a folio 206 de las actuaciones).

Pero es más, y eso lo determinante, antes de que tuviera inicio la declaración de Don Joaquim Forn, y en concreto, en el transcurso de la declaración de Don Jordi Turull la dirección letrada del Sr. Forn (en aquel momento compartida con los querellados Sres. Rull y Turull) solicitó expresamente, in voce, la suspensión de las declaraciones, poniendo de manifiesto la vulneración del derecho de defensa que se estaba produciendo.

El Auto recurrido pone el acento en que esa solicitud verbal de suspensión de las declaraciones se produjo una vez ya iniciada la primera declaración (la de Don Josep Rull) extremo que resulta irrelevante a los efectos de Don Joaquim Forn, pues lo definitivo para la defensa del mismo es que, en todo caso, se solicitó la suspensión de las declaraciones (también la de Don Joaquim Forn) antes de que empezara su declaración (con independencia de ser posible suspender una vez iniciado el acto, como sucede tantas veces en la práctica de testificales cuando se observa la posibilidad de autoincriminación sin garantías, interrupción-suspensión que se produce precisamente para evitar indefensión).

Resulta insólito e inexistente que el Auto recurrido reclame que la defensa tendría que haber solicitado nuevamente la suspensión de la declaración del Sr. Forn Chiarello al inicio de ésta. Si segundos antes la defensa de D. Joaquim Forn había interesado la suspensión de todas las declaraciones (incluida evidentemente la de éste), no puede pretenderse que esa petición tuviera que reproducirse.

Pero es que, aun cuando en modo alguno era necesario reiterarlo por haberse hecho ya la petición anteriormente (tanto por escrito como verbalmente), sí se reprodujo una vez más esa advertencia de indefensión al inicio de la declaración de Don Joaquim

Forn (e, implícitamente, la solicitud de suspensión), por el propio investigado, lo que le otorga a la petición de suspensión mayor relevancia si cabe. Así consta en la grabación de la declaración e incluso en la transcripción de la misma realizada por la Letrada de la Administración de Justicia y que consta al folio 206 de las actuaciones: “*A preguntas de S.S. manifiesta que no ha tenido tiempo de leer la querella*”. Esa es y no otra la primera frase que vertió el querellado en su declaración, poniendo de manifiesto un déficit en el “deber de ilustración” ex art. 118 Lecrim que incumbe asegurar en términos de tutela judicial efectiva.

Se llega a afirmar por el Auto recurrido que se ha procedido “*conforme se realiza habitualmente con toda persona sospechosa de haber cometido un delito*”. No compartimos esa afirmación por inexacta; nuestros juzgados y tribunales citan, en supuestos de querrela por hechos profusos y complejos, unas veces con más antelación y otras veces con menos, mas siempre con un mínimo lapso temporal que permita conocer con sosiego el contenido de los hechos imputados y articular una defensa con unas mínimas garantías. Y en todo caso, si esa mínima antelación no se produce y se alega indefensión por la parte, nuestros juzgados y tribunales, como no puede ser de otra manera, acuerdan la suspensión para garantizar el sacro derecho de defensa.

Según se exponía con profusión en el recurso de reforma interpuesto, la indefensión fue catedralicia, lo que acarrea la nulidad ex. art. 238.3º LOPJ de la declaración de nuestro representado y de la posterior vista de medidas cautelares de carácter personal celebrada ex. art. 505 LECrim.

SEGUNDA. – LAS TIPICIDADES INVOCADAS DE REBELIÓN/ SEDICIÓN/ MALVERSACIÓN.

La concurrencia provisoria y racional de tipicidad penal constituye un “prius” de carácter sustantivo para acordar prisión provisional. Así lo establece el numeral primero del artículo 503 Lecrim cuando exige la constancia de existencia de “hechos que presenten caracteres de delito”.

Cierto es que para la admisión a trámite de querrela puede relajarse la exigencia de precisión y solidez en relación a los requisitos y los contornos típicos de las tipicidades que se invoquen como norte sustantivo de la investigación. No se requiere en ese momento procesal inicial una completa, definitiva y terminante subsunción de los hechos en el Derecho. Ciertamente es que basta una racionalidad inicial.

Mas no obstante, esa exigencia debe quedar revestida de un mayor músculo, contenido y alcance, cuando se trata de acordar prisión provisional y ello es así porque se precisa superar la mera “notitia criminis” que justifica la incoación de la causa y, en suma, la investigación para sacrificar el derecho fundamental a la libertad. Se ha dicho (Asensio Mellado, Fernández Entralgo) que el requisito del numeral 2º del artículo 503.1 Lecrim (“*motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito*”) abona esa mayor exigencia en el juicio indiciario de pronóstico en la viabilidad de la tipicidad. Pero, es más, el juicio de probabilidad propio del “*fumus boni iuris*” o “*apariencia de buen derecho*” en la tipicidad que propone el querellante incide y se proyecta naturalmente en la solidez del juicio de gravedad y, señaladamente, del “riesgo de fuga” a que se refiere el artículo 503.1.3º a) de la Lecrim. En efecto, a mayor contundencia y sin discusión y paliativo posible se produce la concurrencia de los elementos del delito, con mayor solvencia cabe presumir reacción en el sujeto pasivo del proceso con la aventura de la fuga, que el instituto de la prisión provisional quiere atemperar.

La tesis de la rebelión, sabiamente construida en querrela y, como no, audaz y hasta sugestiva, plantea, sin embargo, extraordinarias dudas de un doble orden, a saber, desde la pura perspectiva de la interpretación del término “violencia” y desde la perspectiva de la profusa prueba que habrá de practicarse durante el periodo instructorio para confirmar presencia de violencia en el audaz modo en que la querrela plantea su concurrencia.

A) Ausencia de los elementos típicos del delito de rebelión.

Entiende esta parte no concurren los requisitos típicos del delito de rebelión, *ex* artículo 472 del Código penal.

Como es sabido, el precepto castiga a quienes “*se alzaren violenta y públicamente*” para conseguir uno de los fines que marca el tipo, entre los cuales se hallan: “*1º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución*” y “*5º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional*”.

La doctrina ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de rebelión no es otro que la normal y efectiva aplicación y funcionamiento de la Constitución y del aparato de poder que en la misma se establece.

Sin embargo, atendiendo a la configuración estructural del tipo, la afectación a este bien jurídico no será jurídico-penalmente relevante si no concurre un elemento nuclear e imprescindible del tipo, esto es, el uso de la violencia.

El elemento normativo “*violencia*” fue introducido por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Con anterioridad, una parte relevante de la doctrina ya entendía, al interpretar el derogado artículo 214 CP 1973, la necesidad de utilizar medios de esta índole para poder ser castigada la conducta desplegada por el sujeto activo. Resulta relevante recordar el cambio operado, sustituyéndose la conducta alzarse “*públicamente y en abierta hostilidad*” por la de “*violenta y públicamente*”.

Sin embargo, cualquier duda interpretativa quedó disipada con la nueva redacción que se dio al precepto. La misma se produjo después de un intenso debate parlamentario que acabó cerrándose en el Senado mediante enmienda transaccional frente al proyecto presentado por el Gobierno que reproducía la fórmula anterior del Código Penal de 1973 de “*alzamiento público*” sin mayores aditamentos (*vide* en el Diario de Sesiones del Senado la sesión de la Comisión de Justicia celebrada en miércoles 11 de octubre de 1995).

En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 8 de noviembre de 1995 -fecha en la que se aprobó el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal-, es de ver como los diputados enmendantes se congratulaban de la nueva configuración típica del delito de rebelión.

Así, el Diputado del Grupo Vasco, D. Olabarría Muñoz, manifiesta *“En este momento, identificar la rebelión como un alzamiento público y violento, provee de suficiente seguridad jurídica a esta norma para que determinadas manifestaciones políticas, que son siempre legítimas, aunque discutibles como todas, no convierta a los que las hacen en comitentes del delito por proposición”*.

No en vano el uso de la violencia resulta imprescindible para entender colmada la conducta típica *ex* artículo 472 del Código penal. En un marco democrático como el configurado por la Constitución Española, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y el pluralismo político (*ex* artículo 1.1º), son legítimos todos los fines políticos, incluso aquellos que resultan contrarios a la propia Constitución (STC 633/2002, de 21 de mayo).

Por ello, la simple aspiración de conseguir cualesquiera de los objetivos previstos en el tipo de rebelión, incluso si una tal aspiración viene acompañada de actos materiales tendentes a la consecución de los dichos fines, no será en sí misma punible si no se canaliza por medio de una acción violenta como requisito nuclear del tipo.

Queda así construido un tipo penal en el que la antijuricidad se encuentra sabiamente equilibrada, primando el desvalor de acción, prefigurándose, en efecto, la declaración de independencia como un “desvalor de resultado” de relevancia típica, mas siempre y cuando se consiga o intente por los medios y acciones típicas concretas que el tipo fija (desvalor de acción). Resultando así un tipo penal de los que en dogmática se conocen como delitos “de medios comisivos determinativos” frente a los delitos resultativos en los que se castiga la producción de un resultado sin limitación de modalidades de acción. Caen así en la irrelevancia penal todos los resultados, aun provistos de desvalor, si no se alcanzan a través de los medios que específicamente describe el Código Penal en la acción típica.

Es más, el legislador alzaprima el desvalor de acción, de modo tal que queda configurado estructuralmente como un delito de consumación anticipada (en la modalidad conocida doctrinalmente como delito de resultado cortado) y, como tal, la realización total del tipo se producirá aun sin necesidad de que en el plano objetivo se materialice el propósito último del sujeto activo.

En este adelanto de la barrera punitiva, empero, solo será típica y antijurídica, la conducta del sujeto activo cuando utilice la violencia para la consecución (en relación de medio a fin) de cualesquiera de las finalidades que el tipo señala.

La anterior tesis cobra más sentido y fuerza si se parte de una interpretación sistemática e integradora del tipo del artículo 472 del Código Penal junto al artículo 479 de la norma punitiva, precepto que establece: *“luego que se manifieste la rebelión, la autoridad gubernativa intimará a los sublevados a que inmediatamente se disuelvan y retiren. Si los sublevados no depusieran su actitud inmediatamente después de la intimación, la autoridad hará uso de la fuerza de que disponga para disolverlos. No será necesaria la intimación desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego”*.

Resulta notorio que el conflicto entre las instituciones gubernamentales y parlamentarias de Catalunya y las del Gobierno de la Nación no se ha desarrollado en los términos prebélicos y en el contexto que contempla el precepto.

Por desatinada y hasta desobediente que pueda parecer la arquitectura legal del llamado “proceso de independencia” el cuadro es muy otro.

En el Auto de 2 de noviembre de 2017 del Juzgado Central de Instrucción 3 que acordó la prisión provisional se afirma como *“en ejecución de lo resuelto, para la consecución del fin secesionista que guiaba la conducta de todos los querellados, éstos se valieron de la población alentando actos de insurrección pública, de desobediencia y de resistencia colectiva a la autoridad legítima del Estado, ocupando al efecto carreteras, calles o edificios públicos y sometiendo a los agentes de la autoridad a un incesante acoso”*.

Esta parte, niega toda intervención de nuestro mandante D. Joaquim Forn Chiarello en actos de arenga e instigación de esa naturaleza, y la instrucción así lo evidenciará. Mas, a efectos dialecticos y agotando el derecho de defensa, los hechos así descritos no serían expresivos de un delito de rebelión, cuando menos, tal y como viene configurado desde el año 1995.

La demostración de apoyo social a través de manifestaciones populares con convocatoria masiva de ciudadanos y movilización más o menos permanente no implica “per se” una puesta en escena amenazante y preambular de la violencia. No puede afirmarse que la sola concurrencia de muchedumbre sea demostración de fuerza advirtiendo del mal de la violencia. Esta equiparación sin mayores aditamentos vendría a suponer atribuir uso de violencia a cualquier manifestación no autorizada.

La exégesis de un elemento normativo tan capital como es la violencia requiere una lectura desde los cánones hermenéuticos fijados en nuestro ordenamiento jurídico (*ex artículo 3º del Código civil, que dispone que las normas se interpretarán, también en relación con los antecedentes históricos y legislativos y, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas*); y por ende, no puede desmarcarse del debate legislativo que llevó a la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, como tampoco de los antecedentes legislativos, ni de la *voluntas legis*, ni -en fin- de una interpretación sistemática interna y externa, en un contexto constitucional donde, como se ha dicho, el pluralismo político y la libertad ideológica se protegen como valores superiores.

Todo ello conduce afirmar que el concepto de violencia no puede ser analizado de tal forma que cualquier acto meramente amedrentador realizado por la pluralidad de sujetos activos pueda ya colmar las exigencias típicas. No cabe sin más equiparar violencia e intimidación. Ciertamente es que en otros pasajes del Código el legislador los agolpa en tipos que contemplan medios comisivos de conductas alternativas y castiga la violencia e intimidación como acción típica, pero precisamente en el art. 472 CP el legislador huye de esa fórmula al uso y constriñe la adjetivación del alzamiento a la violencia (“*inclusus unius, exclusus alterius*”).

Y ello máxime cuando el elemento normativo “intimidación” no fue agregado por el legislador en el tipo objetivo del art. 472, como así es y queda *expresamente* contemplado en otros ilícitos penales, como las agresiones sexuales (*ex artículo 178 del Código penal*), el robo (*ex artículo 237 y ss. del Código penal*), la extorsión (*ex artículo 243 del Código penal*) o la usurpación (*ex artículo 245 del Código penal*).

Pero aun abogándose por una interpretación extensiva, debe convenirse que en un delito como el de rebelión, en el que las penas previstas por el tipo son de las más elevadas que prevé el Código Penal, la carga de antijuridicidad de la conducta exigida para realizar el tipo ha de ser, por principio de proporcionalidad, equivalente a la gravedad de la pena que en abstracto corresponde a la misma. Y esa carga de antijuridicidad no es idéntica cuando se utilizan medios violentos que conllevan efectiva puesta en práctica de una violencia que cuando su manifestación se contempla como una posibilidad *a futuro*, abarcada si acaso por un dolo eventual por parte de los sujetos activos, que escapa, sin embargo, de la lógica de la relación “medio a fin” que el tipo exige entre el uso de la violencia y la consecución de los objetivos fijados en el tipo como elementos de resultado.

Dicho de otro modo: **no puede equipararse una violencia que se despliega para conseguir un fin, con la consecución de un fin que puede llegar a acarrear, en términos de dolo eventual, una violencia.**

Así, tomando el ejemplo del robo con intimidación, este ilícito penal tiene una penalidad más alta que el hurto por razón de un mayor desvalor de acción residenciado precisamente en el uso de la violencia o intimidación. Pero también es cierto que, en el hurto, y en una representación en abstracto sobre efectos posibles y hasta probables, el autor sabe y hasta puede aceptar en términos doloso eventuales que la acción de tomar cosa mueble, en el contexto del descuidero, puede arrastrar una dinámica de violencia si es sorprendido o para asegurar la huida. **Esta posibilidad en abstracto no permite equiparar, sin más, todo hurto a un robo con violencia o intimidación, aunque concurra de modo latente, subyacente o potencial una tal violencia.**

En el Auto del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2017, dictado en el marco de la Causa Especial núm. 20907/2017 (procedimiento en el que se investigan unos hechos que guardan una evidente conexidad con los que son de enjuiciamiento en las presentes procedimiento) se afirma que el conjunto de episodios de manifestación popular descritos en la querrela (la ocupación de la calle con tractores, el aislamiento de agentes de la policía, el “asedio” de los hoteles donde se alojaban los integrantes de las fuerzas del orden, o lo ocurrido en el primero de octubre) **“expresan el violento germen que arriesgaba a expandirse”**. Pero que exista un riesgo de violencia en el contexto del

fin típico, no significa que la misma se haya utilizado como medio para alcanzarlo. El principio de tipicidad, trasunto del principio de legalidad penal y su correlato de exigencia de taxatividad en la descripción típica (“*lex certa et stricta*”) así lo impide.

Insistimos, la violencia como elemento objetivo-normativo del tipo, es y debe ser, por exigencias de estricta tipicidad, un medio comisivo abarcado por un dolo directo de primer grado. La violencia, a efectos de la tipicidad que nos ocupa no puede ser una posibilidad potencial abarcado subjetivamente en términos doloso eventuales, como tampoco puede ser la pura puesta en escena amenazante que es propia de la intimidación de todo punto ajena y ausente en la descripción típica del artículo 472 que tipifica el delito de rebelión.

No cabe acudir a una *interpretación extensiva* del término “violencia” (exégesis muy discutible en atención a una interpretación histórica, teleológica y sistemática de la norma penal), en el sentido de afirmar que concurre ya este elemento normativo cuando se emplea por los sujetos activos una amenaza de utilizar la fuerza física a efectos de conseguir los objetivos señalados en el artículo 472 del Código Penal. Pero esta *interpretación extensiva* no puede admitir la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, como se estaría haciendo al convertir un posible o eventual efecto de la conducta del agente, abarcado si acaso por un dolo eventual del sujeto activo, en un elemento medial del tipo. Y ello máxime cuando el principio de legalidad penal proscribiera en nuestro ordenamiento la analogía extensiva o *in malam partem* (STC núm. 38/2003 de 27 de febrero).

Es más, en nuestro ámbito quedan proscritas tanto la interpretación extensiva como la analogía contra reo. Lo expresan con contundencia la STS 10/1996 de 12 de enero cuando afirma que “*los tipos penales no pueden aplicarse arbitrariamente ni por analogía, ni tampoco mediante una interpretación extensiva rigurosa e inconstitucional, más allá de lo previsto por el propio legislador*”, y a idéntica conclusión llega, también desde la garantía material del principio de legalidad, nuestro Tribunal Constitucional, que, atendiendo al mandato de taxatividad o certeza recuerda que en la labor de interpretación y aplicación de las leyes penales “*está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem*” (STC 126/2001 de 4 de junio con cita de innumerables autos y resoluciones del mismo Tribunal).

Y por último, desde un plano puramente probatorio, no cabe en este momento procesal, afirmar que desde el entonces Govern de la Generalitat se alentaran conductas de esa naturaleza y, aún menos que, en concreto, mi mandante D. Joaquim Forn Chiarello, lo hiciera.

Sin duda, el debate acerca del alcance y rendimiento interpretativo del delito de rebelión previsto en el art. 472 y ss. será rico en la presente causa, tanto desde la pura técnica de subsunción jurídica como desde la prueba de los elementos que lo colman. Pero habrá de convenirse en que, en el presente momento procesal sus contornos están extraordinariamente desdibujados y difusos, en tal término de incerteza que su concurrencia y la gravedad de la pena que contempla no deben ni pueden ser tenidos en cuenta como parámetro para medir la gravedad de la conducta a efectos penales y el correlativo juicio de pronóstico de fuga en atención a la gravedad de la pena, extremo este último que también abordaremos *ut infra*.

B) El delito de sedición.

Dos son los escenarios o segmentos fácticos sobre los que se construye esta figura típica. Los incidentes del 20 de septiembre del 2017 con ocasión de diligencias de prueba acordadas en el marco de las Diligencias Previas 118/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona y con ocasión de las votaciones realizadas a 1 de octubre del mismo año.

En cuanto al primer escenario, cumple destacar que, el gentío agolpado ante las dependencias de la Consellería de Economía en la que se practicaba una entrada y registro describe un altercado de orden público que puede merecer calificativos y juicios de valor heterogéneos en cuanto supone rechazo a la medida judicialmente acordada.

Sin embargo, expresar crítica frontal, hasta acerva y rechazo no es asimilable a impedir la práctica de la diligencia de prueba acordada.

Siendo como era una entrada y registro para acceder a documentación y medios informáticos habidos en la Conselleria, no consta que ésta hubiere quedado perjudicada en su éxito en los términos judicialmente acordados. En efecto, quedó acopiado cuanto el Juzgado de Instrucción dispuso. No constan conductas directamente enfiladas a impedir o dificultar su práctica. La oposición y rechazo expresada de modo contundente por la potente puesta en escena de la multitud carece de relevancia jurídico penal cuando no quedan exteriorizados y evidenciados actos directamente dirigidos a la práctica de la prueba.

En cuanto a la votación del 1 de octubre, una lectura lineal y desapasionada de los hechos que destaca la querrela evidencian acaso un desatender a las resoluciones suspensivas del Tribunal Constitucional y la promulgación ajeno a aquellos dictados, de normas por el Parlament de Catalunya (del que, por demás, nuestro mandante no es miembro electo). Lo anterior, tiene su marco de reproche en otras tipicidades del Código, más no se observan elementos que permitan afirmar que nuestro mandante D. Joaquim Forn Chiarello instigó personalmente conductas de alzamiento tumultuario para que fueran desoídas resoluciones judiciales. Es más, la Conselleria de Interior participó a través de sus mandos operativos en el despliegue policial para hacer cumplir las resoluciones dictadas *ad hoc* por el TSJ de Catalunya en DP 3/2017. Los planes de actuación elaborados por la estructura operativa de la Conselleria fue puesta de manifiesto al propio TSJC y otros órganos de coordinación policial. No constan, ni puede constar, por no haber acontecido nunca, conductas de nuestro mandante de abierta desobediencia a los mandatos del TSJC. Aún menos, en términos de tipicidad, conductas directa o indirectamente ligadas a la instigación o facilitación de un alzamiento público y tumultuario. La investigación que ahora comienza así lo pondrá de manifiesto.

El estado embrionario de la investigación impide sustentar una medida restrictiva a la libertad, cual la prisión provisional, con tan escasos mimbres.

C) Ausencia de los elementos típicos del delito de malversación.

En cuanto al delito de malversación de caudales públicos, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2017, que deniega la fianza solicitada por el Ministerio Fiscal para los miembros de la Mesa del Parlament y bajo idéntico sustrato fáctico justificativo, nos exime de mayor argumentación y nos remitimos al mismo en lo menester. (Se acompaña de **DOC.UNO** obtenido por fuentes abiertas, internet). Transcribimos literalmente fragmento de esa resolución: *“Aun cuando la celebración del referéndum y su previsión presupuestaria, aportan elementos sólidos de que aquel pudo llegar a consumir los recursos públicos que justificarían su retorno en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, ninguna base probatoria se ha acompañado a la querrela que apunte a que finalmente la celebración del referéndum fuera soportada con cargo a fondos públicos y menos aún que lo fuera con el alcance económico inicialmente previsto que se reclama afianzar. Antes al contrario, las defensas aportan una certificación de la Intervención de la Generalidad de Cataluña, que únicamente refleja unos gastos aproximados de 25.000 euros, correspondientes al “Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información” y devengados con anterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad y la nulidad de la Disposición Adicional 40 de la Ley 4/2017, de Presupuestos para el año 2017”*.

En suma, en el estadio actual de la investigación, parece no concurrir los mimbres bastantes para una medida de prisión provisional con arreglo a una tipicidad que apareciendo en este momento tan desdibujada no merece la menos lesiva medida cautelar real.

TERCERA. – LOS FINES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

A) El riesgo de fuga.

La prisión provisional, amén de excepcional, obedece a finalidades tasadas. El peligro de fuga (Fluchtgefahr) fue siempre entendido por nuestros Tribunales como uno de los riesgos que cautelarmente la medida de prisión preventiva pretendía legítimamente conjurar. Esa categoría jurisprudencial quedó positivizada en la reforma

de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por LO 13/2003 de 24 de octubre. Esa reforma, ítem más, dotó a esa finalidad legítima de contornos y elementos valorativos concretos.

Y al hilo de los mismos, cumple destacar que de lo que se trata es de asegurar la presencia del imputado ante la Autoridad Judicial cuantas veces fuere llamado, asegurar la sujeción personal al proceso. D. Joaquim Forn Chiarello ha evidenciado una tal sujeción presentándose a declarar cuando fue citado el pasado día 2 de noviembre. A tal fin, se desplazó desde Bruselas a donde había acudido con otros miembros del Govern cesado ex art. 155 C.E. a los fines de presentar ante las Autoridades Comunitarias la situación política de la Comunidad Autónoma. En cuanto conoció por familiares que recibieron la citación viajó a España y acudió al llamamiento judicial. Su conducta se desarrolla así en las antípodas de la falta de sujeción al proceso. Es más, subraya y destaca una conducta de sujeción al mismo en orden a ejercitar su derecho de defensa con arreglo al marco procesal que el Ordenamiento adjetivo arbitra.

La aventura de la fuga es absolutamente impensable para nuestro mandante. Ni tiene medios de riqueza, ni con su conducta ha evidenciado vocación de destrozarse su vida y la de sus familiares más queridos. Su arraigo personal y familiar en la ciudad de Barcelona es total. Según consta, casado con Dña. Laura Masvidal Martí y con dos hijas, Elisabet y Anna de 19 y 23 años, ambas cursando estudios universitarios y a su cargo. Carece de vínculos de todo orden con el extranjero. En un mundo globalizado en que el Reino de España tiene desplegados eficaces procedimientos de extradición y en el marco europeo detenciones y entregas arbitradas bajo el principio de confianza mutua en un espacio común de libertad y seguridad, constriñen los destinos de fuga a países de muy escaso reclamo para personas del perfil humano de nuestro mandante. En su hoja de ruta vital la aventura de la fuga es inimaginable. En esa línea, su conducta antecedente de acudir al llamamiento judicial estando en Bélgica desdice todo juicio de pronóstico negativo.

Ítem más, como dijimos, la gravedad de la pena como parámetro a considerar (a mayor gravedad, mayor riesgo de fuga), queda diluida bajo el convencimiento de ser muchos y potentes los argumentos jurídicos que desdibujan su viabilidad en términos de condena probable. Así lo creemos y lo cree nuestro mandante, lo que atempera hasta la

inanimidad el pronóstico de fuga por razón de gravedad de la pena. El deseo de D. Joaquim Forn Chiarello es defenderse en buena y honesta lid y participar en el debate jurídico y fáctico que plantea esta causa.

Presumir un apoyo de asociaciones ciudadanas como ANC y Òmnium es, respetuosamente, una conjetura de escaso recorrido. No existe un principio de prueba que asienta una tal conjetura en términos de disponibilidad en abstracto de medios. Ni se le han ofrecido ni los ha interesado, porque su interés nunca ha estado en la fuga. Ni conoce nuestro mandante ni esta representación, que pueda existir una “caja de resistencia” a tales fines.

B) Riesgo de destrucción, alteración u ocultación de material probatorio.

Nuestro mandante D. Joaquim Forn Chiarello, perteneció al Govern de Catalunya desde el día 14 de julio de 2017 hasta el día 27 octubre de 2017 en que fue cesado por acuerdo del Senado de fecha 27 de octubre que aprobó por mayoría absoluta autorizar las medidas requeridas por el Gobierno de la Nación, al amparo del artículo 155 de la Constitución (punto II, letras a) y e) del acuerdo del Pleno del Senado de fecha 27 de octubre de 2017 por el que se acuerda el “cese del Presidente, del Vicepresidente y de los Consejeros de Gobierno..” y que “el ejercicio de dichas funciones corresponderá al Gobierno de la Nación o a los órganos o las autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación”).

No se representa esta parte, en su actual condición de ciudadano desvestido de toda autoridad o cargo, que posibilidad concreta pueda tener en orden a ocultar elementos de prueba relacionados al funcionamiento del Govern o de los órganos legislativos.

Cuando el legislador en el año 2003 positivizó el riesgo de oscurecimiento de pruebas como finalidad habilitante de la prisión preventiva se cuidó en subrayar que el peligro fuere “fundado y concreto” (ex art. 503.1.3º b) Lecrim). El Auto de prisión y resolución que lo confirma no colman ese requisito. La resolución recurrida realiza un pronóstico genérico y abstracto sin mayor concreción.

Por último, queremos subrayar que, desde 6 de febrero de 2017 quedó incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona causa que tiene un objeto amplio abordando presuntos ilícitos de heterogéneo corte (desde la revelación de secretos por utilización de bases de datos de votantes hasta el uso de fondos destinados al desarrollo del llamado proceso hacia la independencia), proceso instructor desarrollado bajo secreto y que ha venido a significar *de facto* una auténtica monitorización de ese proceso hacia la independencia en tiempo real con acopio de medios de prueba de todo orden tanto en el ámbito de la acción de gobierno como de apoyos empresariales instrumentales.

Una vez más, la invocación a la finalidad de riesgo de destrucción de pruebas, se nos representa no solo remota, genérica y abstracta, sino además, imposible. También el legislador del 2003 tasó los elementos a valorar en orden a este riesgo y señala “*la capacidad del imputado para acceder por si o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos, o quienes pudieren serlo*”. Es ese elemento el que la resolución recurrida debió concretar y exteriorizar y sobre el que guarda radical silencio, más allá de una genérica invocación al riesgo, insuficiente en términos jurídico positivos y de garantía jurisdiccional en relación a un instituto restrictivo de derechos.

C) Riesgo de reiteración delictiva.

La resolución recurrida pretende colmar la motivación enfilada a dar por concurrente el riesgo de reiteración delictiva bajo la afirmación de no haber sido el hecho delictivo un hecho aislado, sino por el contrario, una conducta organizada y desplegada en el tiempo.

Esa afirmación alude a la tipicidad del hecho pasado, pero es inprovechable a los efectos del juicio de pronóstico de futuro en relación a la reiteración delictiva. Más bien los hechos “*ex post facto*” apuntan a otra dirección. Dictado por el Senado acuerdo de fecha 27 de octubre que aprobó por mayoría absoluta autorizar las medidas requeridas por el Gobierno de la Nación, al amparo del artículo 155 de la Constitución, asumió la nueva situación jurídica y cesó en el ejercicio de su función pública, sin aspavientos ni llamadas a la desobediencia.

La resolución presenta un déficit de motivación en el juicio de pronóstico de peligro de reiteración delictiva. Y esa ausencia merma en gran medida nuestras posibilidades de contra argumentar en defensa de la libertad de nuestro mandante.

El marco de unas elecciones y el desarrollo político futuro apuntan más bien a soluciones de compromiso y entente. A ello conduce de un modo casi inexorable la respuesta de la comunidad internacional y la vigencia de la norma. En suma, la resolución no exterioriza y expresa las concretas y fundadas razones que hagan pensar en reiteración delictiva y, es obvio, la comisión de hipotéticos nuevos delitos pudiere dar lugar a otras medidas restrictivas. Pero no puede afirmarse que el hecho pasado, en sí mismo, sea elementos de pronóstico sólido de comisión de futuros delitos.

CUARTA. – PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA.

No desconoce la Ilma. Sala que los miembros de la Mesa del Parlament fueron puestos todos en libertad, unos con fianza y otros sin.

Se nos dirá que la participación en los hechos de unos y otros es distinta por ostentar cargos distintos, más desde la propia perspectiva de la acusación en la que construye una coautoría entre el poder legislativo, el gobierno y las asociaciones ciudadanas (en el que por el principio de imputación recíproca atribuye a todos lo que hace cada uno, por entender que había un plan conjunto), esa distinta participación no sería motivo suficiente para acordar situaciones personales tan distintas. Así, se entendería que esa mayor o menor participación se modulara a través de la cuantía de la fianza, más tener a los miembros del gobierno autonómico cesado en prisión, sin posibilidad de eludirla con fianza alguna, y otros con fianzas plenamente asumibles, arrojaría un panorama de agravio comparativo y manifiesta desproporción.

Podría caerse en la tentación de argumentarse que los miembros de la Mesa del Parlament declararon y, al parecer, manifestaron acatar la aplicación del artículo 155 CE, lo que minimizaría el alegado riesgo de reiteración delictiva, y, en cambio, nuestro representado no está en esa tesitura. Sin embargo, es evidente que el supuesto riesgo de

reiteración delictiva no depende de lo que diga un investigado, que no tiene ninguna obligación de decir verdad, sino que debe valorarse con hechos objetivos. Y es un hecho objetivo que nuestro representado acató su cese por la aplicación del art. 155 CE pues, como se ha dicho, ese mismo día, según consta en los medios de comunicación, D. Joaquim Forn acudió a la Consejería de Interior, reunió a todo el personal, se despidió del mismo, recogió todas sus pertenencias y no volvió más a dichas dependencias. Es esa realidad la única que puede tenerse en cuenta para valorar si acató o no su cese y no declaraciones que pueda hacer en calidad de investigado, sin ninguna obligación de decir verdad. No puede depender la privación de libertad en función de si se ha ejercido o no un derecho constitucional, como lo es el derecho a no responder todas o algunas de las preguntas que se formulen.

QUINTA. – INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS CONCRETOS HECHOS QUE SE ATRIBUYEN A MI PATROCINADO, D. JOAQUIM FORN CHIARELLO: ATRIBUIBILIDAD DEL HECHO Y NECESIDAD DE HACER JUICIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO.

Tanto la querrela como sendos Autos de fecha 2 y 8 de noviembre de 2017 por los que se decreta la prisión provisional y se confirma la misma respectivamente, no individualizan la indiciaria y presunta participación que se atribuiría a cada uno de los investigados.

En efecto, la querrela presenta un relato con aparente hilo conductor hilvanado de lo que no son más que un conjunto de hechos dispares y heterogéneos difíciles de aunar en términos de control funcional de un curso causal. Resulta una petición de principio conectar la actividad legislativa dirigida, efectivamente, a un fin de constitución de un Estado independiente con llamamientos a la colectividad en orden a imponer el mismo por la fuerza de la violencia.

Lo cierto es que esa tesis acusadora de actuación trabada y planificada entre lo legislativo y la manifestación ciudadana y, significativamente, en términos de dolo, esto es, participación consciente y voluntaria, precisa de un músculo probatorio cuya solidez está el proceso lejos de alcanzar en este momento inicial embrionario.

Una medida limitativa de derechos precisa de algo más que una construcción dotada de coherencia en el relato, precisa de un principio de prueba acerca de ese plan común que acompaña violencia con actividad legislativa que, el presente momento, está lejos de dibujarse en términos de indicio típico.

El principio de culpabilidad, máxima garantía subjetiva de nuestro sistema penal, se asienta sobre el juicio personal de reproche y se vertebra en otros principios cual el principio de responsabilidad por el hecho propio. No existe la responsabilidad colectiva o de la Sippe. La autoría precisa, además, de atribuibilidad del hecho a su autor.

La querrela contiene un relato profuso y exhaustivo suficiente en términos de notitia criminis pero todavía escaso en términos de construcción suficiente de un juicio de imputación subjetiva. La instrucción se presume larga en la concreción de conductas individuales.

Queremos ahora destacar que las pocas menciones singulares referidas a nuestro poderdante se realizan de un modo tan descontextualizado o preñado de tan fuertes dosis de voluntarismo interpretativo que ciertamente escaso bagaje incriminatorio aportan.

Se refiere haber estado al mando de un cuerpo funcional de 17.000 componentes, además armados. Si a ese hecho se adosa que no ha existido nunca, como así ha sido, ni la más mínima conducta tendente a poner a ese Cuerpo al servicio de la imposición de dictados contrarios a la norma se convendrá en la neutralidad y en lo inaprovechable del dato de haber sido Conseller de Interior en orden a colmar elementos de reproche propios de la tipicidad penal.

A su vez, se destaca unas declaraciones de D. Joaquim Forn a un medio de comunicación, de la que solo se focaliza la afirmación a cuyo tenor: *“Si hay buena voluntad política y se acepta la nueva realidad política, no habrá ninguna colisión entre policías”* (entrevista de fecha 11.10.2017, vilaweb.cat, y destacamos su fecha, posterior a los hechos de la querrela, para mejor comprensión del sentido de las palabras del Conseller y su irrelevancia en la ejecución de actos típicos, subrayamos, anteriores).

Sin embargo, la descontextualización conduce a la confusión y a errores graves de composición, resultando preciso acudir al todo de la entrevista y a otros pasajes y así, destacamos: *“Hay una legalidad hoy que es la española y, a pesar de nuestras competencias, estas policías [la Policía Nacional y la Guardia Civil] tienen capacidad de actuar en Catalunya. Es evidente que no pueden hacerlo como lo hicieron el 1 de octubre. Nos hemos quejado. **Pero somos un gobierno responsable y el peor favor que podríamos hacer a la policía catalana sería un enfrentamiento violento entre cuerpos de seguridad.** Hemos de ser responsables y mirar de resolver los problemas por la vía política. No tiene ningún sentido que haya toda esa policía en nuestro país. Nosotros tenemos que asumir el ciento por cien de las competencias de seguridad, que son las que tenemos como policía integral. Si esto se respeta, todos estos problemas no se repetirán”*.

Justo después, el periodista le pregunta al ex Conseller D. Joaquim Forn que las situaciones conflictivas pueden volver a repetirse, a lo que mi defendido responde: ***“Es evidente que habrá situaciones difíciles y complicadas. Pero se tendrán que solucionar con profesionalidad y buena intención”***. Es posterior a esas afirmaciones cuando se produce la afirmación que el Ministerio Fiscal destaca de forma, insistimos, aislada.

Creemos suficientemente aclarado el equívoco.

En su virtud,

AL JUZGADO PARA LA SALA SUPPLICO: Que tenga por presentado este escrito, con la documentación que se acompaña, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto Recurso de Apelación contra el Auto de fecha 8 de noviembre de 2017 y, con estimación del recurso, declare la nulidad del Auto de prisión de fecha 2 de noviembre de 2017 por vulneración del derecho de defensa y también la nulidad del Auto de fecha 8 de noviembre de 2017 o, subsidiariamente, acuerde revocar la medida de prisión preventiva y sin fianza impuesta por el Juzgado y ordene la inmediata puesta en libertad de nuestro patrocinado.

OTROSÍ DIGO: Que conforme lo dispuesto en el art. 766.3 Lecrim, se designan como particulares del presente recurso de apelación los Autos de fecha 2 y 8 de noviembre de 2017 del Juzgado Central de Instrucción núm.3, su declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción, la documental aportada en la comparecencia del art. 505 Lecrim, el Recurso de Reforma presentado contra el Auto de prisión de fecha 2.11.2017 y sus documentos adjuntos, y los documentos acompañados al presente escrito.

AL JUZGADO PARA LA SALA SUPPLICO: Tenga por hecha la designa de particulares y proceda de conformidad.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: que conforme lo dispuesto en el art. 766.5 Lecrim, para la sustanciación del recurso interesa esta parte la celebración de vista.

AL JUZGADO PARA LA SALA SUPPLICO: tenga por hecha la anterior petición y acuerde la celebración de vista para la sustanciación del presente recurso.

TERCER OTROSÍ DIGO: El presente escrito se presenta en plazo computado en atención a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por L.O 19/2.003, de 23 de diciembre, que modifica las disposiciones en materia de días hábiles e inhábiles, estimando inhábiles, a efectos procesales, los sábados, domingos y festivos

(art.182), siendo así, numerosa la jurisprudencia que excluye el cómputo de los días inhábiles y festivos para la presentación de recursos durante el periodo instructorio, al no tratarse de actuaciones propiamente instructoras o de investigación, sino de acto procesal de parte en ejercicio y defensa de sus intereses, en interpretación, por demás, favorable al ejercicio del fundamental derecho al recurso (entre otros, Auto A.P. Burgos, Sección 1ª, de 24 de enero de 2.000; Autos A.P. Barcelona, Sección 3ª, de 11 de noviembre de 1.995 y 3 de septiembre de 1998; Auto A.P. Castellón, Sección 1ª, de 29 de septiembre de 1.997, con cita de la STC de 26 de marzo de 1.990).

Asimismo, el escrito se presenta al día siguiente hábil, antes de sus 15 horas, de conformidad a la previsión del art. 135.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación al régimen de recursos y su cómputo de plazos del orden penal, según expresa el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 y, por todas, el Auto de esa misma Sala Segunda de 12 de febrero.

En su virtud,

AL JUZGADO PARA LA SALA SUPlico: Tenga por hecha la anterior manifestación.

En Madrid, a 20 de noviembre de 2017.

Fdo.: Daniel Pérez-Esqué Sansano.



