

¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de (algunos de) los delitos de sedición?

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Catedrático acreditado de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. ¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de (algunos de) los delitos de sedición? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2017, núm. 19-17, pp. 1-21. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-17.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-17 (2017), 19 nov]

RESUMEN: Según una reciente posición de la Fiscalía General del Estado, acogida por un Juzgado Central de Instrucción y confirmada por una Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dicha Audiencia es competente para el conocimiento de los delitos de rebelión o sedición cuando se cometan con el propósito de alcanzar la secesión del territorio de una Comunidad Autónoma. En este trabajo se explica que esta interpretación contradice la regulación legal. Ese es también el motivo por el cual la propia Audiencia Nacional, en un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 2008, rechazó ser competente por delitos de rebelión cometidos para alterar la forma de Gobierno de España.

PALABRAS CLAVE: Audiencia Nacional, competencia, delitos de sedición, delitos de rebelión, delitos contra la forma de Gobierno.

ABSTRACT: According to a recent position of the Spanish Attorney General, accepted by one of the Central Courts of Instruction (Juzgados Centrales de Instrucción) and confirmed by one Section of the Audiencia Nacional, this Court has the competence to judge the crimes of rebellion or sedition when committed for the purpose of the secession of an Autonomous Community. In this paper it is explained that this interpretation does not comply with the legal regulation. That is also the reason why the Plenary of the Criminal Chamber of the Audiencia Nacional had denied in 2008 its competence for crimes of rebellion committed to alter the form of Government of Spain.

KEYWORDS: Audiencia Nacional, competence, sedition, rebellion, crimes against the form of Government.

Fecha de publicación: 19 noviembre 2017

SUMARIO. I. La cuestión. II. La respuesta breve. III. El argumento del Juzgado Central de Instrucción nº 3: la Audiencia Nacional debe conocer de algunas sediciones: las que son una “ofensa contra la forma de Gobierno”. IV. Por qué debe rechazarse esta argumentación. El término técnico “delitos contra la forma de Gobierno” alude a un concreto

grupo de delitos derogado en 1995. 1. Exposición. 2. Conclusiones. V. El argumento de la Fiscalía: la Audiencia Nacional es competente hoy para conocer de las conductas de sedición cuando se adecúen a la tipicidad de unos delitos derogados hace 22 años. VI. Una cuestión ya resuelta por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en 2008. VII. ¿Un cambio en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional? El Auto de 6.11.2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. 1. Los delitos contra la forma de Gobierno no habrían quedado despenalizados: ahora constituyen rebelión y sedición. 2. El erróneo concepto “delitos contra la forma de Gobierno en sentido material”. VIII. Coda. Los términos técnicos y las palabras de la ley. Bibliografía.

I. La cuestión¹

No es fácil hallar referencias en la literatura penal española reciente acerca de la competencia judicial para el conocimiento de los delitos de sedición. Los manuales, tratados y comentarios no suelen dedicar ninguna mención a la cuestión, probablemente por considerar que no tiene ninguna particularidad respecto de las reglas generales de atribución de competencia.

Pues bien: el tema ha cobrado súbitamente interés con motivo de varias causas relacionadas con el así llamado proceso de independencia catalán, cuya instrucción asumió en 2017 el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional: el llamado dirigido contra los dirigentes de Òmnium Cultural y la Asamblea Nacional Catalana, por su posible participación en unos hechos supuestamente constitutivos de delito de sedición; y la querrela dirigida contra miembros del Gobierno autonómico catalán por varios delitos, entre ellos el de rebelión y el de sedición.

No se entrará en las siguientes páginas en la debatida cuestión de la tipicidad de aquellos hechos como delitos de inducción a la sedición o a la rebelión, sino en esta otra cuestión procesal, que no parece haber suscitado la atención que merece; cuando sin duda, como entenderá cualquiera, es de capital importancia y afecta al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley -art. 24.2 CE²- : ¿es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de sedición y rebelión?

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto S2015/HUM-3466. “Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad” (NEW TRUST-CM), de la Consejería de Educación e Investigación de la Comunidad de Madrid.

² En el núcleo del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley se encuentra, como es evidente, el concepto de competencia: por todos DE VEGA RUIZ, José Augusto, “El jurado y el juez ordinario y predeterminado por la Ley”, *La Ley* 1989, págs. 899 y ss., 904; ESCALADA LÓPEZ, María Luisa, *Sobre el juez ordinario predeterminado por la Ley*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 228 y ss.

Desde la perspectiva europea, la cuestión afecta al artículo 6.1. TEDH, que se refiere el juez establecido por la Ley (expresión que concierne a la *previsibilidad* del Tribunal juzgador: GARCÍA ROCA / VIDAL ZAPATERO, “El Derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la Justicia”, en García Roca / Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos*, 3ª edición, Madrid, 2014, p. 292). Respecto del derecho al juez natural recogido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ver MILIONE FUGALI, Ciro, “La interpretación del art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos”, en *Teoría y realidad constitucional* nº 39, 2017, págs. 662-663.

II. La respuesta breve

La respuesta breve es clara: no. El organismo jurisdiccional competente para conocer de esta causa no es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sino la Audiencia Provincial, pues la pena prevista por el delito de sedición -si es que finalmente se entendiese que la conducta de estas dos personas constituye sedición- es superior a los cinco años (en el caso de los dirigentes de Ómnium Cultural y la Asamblea Nacional Catalana, la Audiencia Provincial de Barcelona, pues los hechos que se investigan tuvieron lugar en Barcelona). Todo ello, por supuesto, siempre a salvo de las competencias específicas que pudiesen derivarse si el procedimiento se dirigiese contra personas aforadas.

Y es que ninguna norma atribuye competencia a la Audiencia Nacional por los delitos contra el orden público en general, ni por la sedición en particular. La constatación de este extremo es sencilla: basta con leer el artículo 65.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que señala los delitos que son competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

- “a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.
- b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.
- c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.
- d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.
- e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

En todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.”

Como se ve, en el listado no se menciona a la sedición, que es un delito contra el Orden Público, ni tampoco la rebelión, que es un delito contra la Constitución. Y aunque alguna Ley especial añada algún delito más a la competencia de la Audiencia Nacional (como es el caso del terrorismo, atribuido por la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988³), tampoco en la legislación especial se menciona a la sedición.

Las únicas rebeliones o sediciones que puede ser juzgadas por la Audiencia Nacional son aquellas cometidas en el extranjero. Así lo establece el artículo 23.3.c) LOPJ.

³ No me resisto a subrayar lo que la doctrina tantas veces ha señalado: es absurdo que una de las principales competencias de la Audiencia Nacional no se encuentre incorporada al artículo 65 LOPJ, y se siga manteniendo durante *tres décadas* en una remota disposición *transitoria* cuya redacción, además, no ha sido adaptada a las sucesivas modificaciones que ha experimentado la regulación de los delitos de terrorismo.

Nótese, asimismo, que según pacífica y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la competencia de la Audiencia Nacional debe ser interpretada en términos restrictivos y no extensivos, por dos motivos: para no afectar al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley, y por tratarse de una atracción excepcional de la competencia que rompe con las reglas generales⁴.

III. El argumento del Juzgado Central de Instrucción nº 3: la Audiencia Nacional debe conocer de algunas sediciones: las que son “una ofensa contra la forma de Gobierno”

Sin embargo, como sabemos, el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 27 de septiembre de 2017, se ha declarado competente para investigar la causa. Y lo ha hecho con una interpretación sin precedentes en la literatura jurídica española, apelando para ello a la primera mención del artículo 65.1.a) LOPJ a los “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno”. El pasaje donde lo hace es breve:

“No todos los delitos de sedición son competencia de la Audiencia Nacional, sino únicamente aquellos que, además de atentar contra los bienes jurídicamente protegidos que le son propios, puedan suponer al mismo tiempo una *ofensa contra la forma de gobierno*. Dicho en otros términos, la descripción típica del delito de sedición en el Código Penal Vigente atentarán contra la forma de gobierno si los actos se ejecutan con el propósito de cambiar ilegalmente la organización del Estado”.

Así, según el mencionado Auto, cuando una conducta constitutiva de sedición persiga cometer una ofensa contra la forma de gobierno, podrá entrar en la mención del artículo 65.1.a) LOPJ a los “*delitos contra la forma de gobierno*” y, por ello, deberá ser competencia de la Audiencia Nacional.

IV. Por qué debe rechazarse esta argumentación. El término técnico “delitos contra la forma de Gobierno” alude a un concreto grupo de delitos derogado en 1995

1. Exposición

Son varios los motivos por los que esta argumentación debe rechazarse.

En primer lugar: el bien jurídico protegido por el delito de sedición es siempre el mismo, independientemente de cuál sea el propósito que pretendiesen sus autores al cometerla. La sedición es siempre de un delito contra el Orden Público y nunca contra la forma de Gobierno. Lo contrario sería tanto como afirmar que un homici-

⁴ Es jurisprudencia pacífica. Por todas, ver las siguientes resoluciones: Autos del Tribunal Supremo de 8.11.2012 (rec. núm. 20408/2012); 23.12.2004 (rec. núm.162/2004); 26.5.2009 (rec. núm. 200048/2009); 17.1.2005; y Sentencia del TS núm. 877/2007 de 2 de noviembre, así como las resoluciones más antiguas citadas en ellas.

dio es un delito contra la vida, pero que si se mata para robar, el homicidio pasa a ser también un *delito contra el patrimonio*. No parece que sea necesario argumentar más este punto.

En segundo lugar: en el Código Penal vigente se ha modificado de modo radical la regulación de los delitos contra el sistema constitucional. Por expresa decisión del Legislador, que en 1995 la separa de la rebelión y le dota de un contenido y una sede legal distinta, la sedición no es un delito contra el orden constitucional.

El Código Penal vigente sólo criminaliza los intentos de secesión, de suspender la Constitución, de sustituir al Gobierno, etc. cuando se realicen mediante rebelión, es decir, mediante alzamiento violento. Mientras que la rebelión es un delito contra el orden constitucional que protege la unidad del territorio, la vigencia de la Constitución, etc. frente a alzamientos violentos, el Código Penal de 1995 configuró a la sedición simplemente como delito contra el Orden Público, recortando buena parte de las modalidades típicas que tenía antaño, y llevándola junto con el resto de los delitos contra el Orden Público⁵. El Legislador español tomó pues una decisión clara: la criminalización de los ataques colectivos a la vigencia de la Constitución, la unidad del Estado, etc. no se realizará mediante el tipo de sedición, sino mediante el de rebelión, que exigirá un alzamiento violento.

En tercer lugar, el argumento más importante: la mención a los “delitos contra la forma de Gobierno” es un término técnico que alude a un muy concreto grupo de delitos. No se refiere a cualquier delito cometido con intención de cambiar la forma Gobierno, sino un grupo de delitos muy concretos, como veremos a continuación.

Comencemos por averiguar a qué se referirá la mención completa del artículo 65.1.a) LOPJ, “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno”. No crea el lector que es una respuesta evidente: si lo busca en el Código Penal no encontrará tal rúbrica.

¿La clave para resolverlo? La LOPJ es del año 1985. Exacto: se trata de una

⁵ Al respecto ver, por todos, y sin ánimo de exhaustividad, GARCÍA ALBERO, Ramón, en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al Código Penal español*, tomo III, 7ª edición, p. 1760; GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Delitos contra los poderes y el orden público”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal, vol. 2, 1983, p. 1204.; EL MISMO, “Delito de sedición”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (IV)*, Valencia: Tirant lo blanch, 2016, p. 57: [“una cosa es poner en jaque a los órganos del Estado (rebelión) y otra muy distinta impedir la ejecución de las leyes o el ejercicio legítimo de la autoridad (sedición)”]; EL MISMO, “La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada” en *Diario La Ley, Sección Documento on-line*, 29 de Septiembre de 2017 (“la rebelión se convierte en la principal figura jurídica penal contra la Constitución, relegando de paso la sedición al campo que siempre le correspondió, es decir el de los delitos contra el orden público no identificado con el «orden social o político»”); GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Delitos contra el orden público. Sedición”, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 993; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., Comentario al art. 544, en Conde-Pumpido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III: Trivium: Madrid, 1997, p. 4704; JUANES PECES, Ángel, en Conde-Pumpido (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2007, tomo 5, p. 3534; MIRANDA STRAMPES, Manuel, en A .Del Moral / Serrano dirs., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, t. 2, Granada: Comares, 2002, p. 2654; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*. 21ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 742.

remisión al Código Penal que estaba vigente en 1985, y que fue derogado en 1995. Por ello, debemos averiguar a qué delitos del derogado Código Penal de 1973 se remite esa mención, y con qué delitos del Código Penal vigente se corresponden⁶.

En efecto: la mención del artículo 65.1.a) LOPJ “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno” es literalmente la rúbrica del Capítulo I del Título II del Libro II del Código Penal de 1973 (vigente en 1985), un extenso título que tenía la siguiente estructura:

Título II: Delitos contra la seguridad interior del Estado.

- Cap. I. Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno
- Cap. II. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes.
- Cap. III. Rebelión.
- Cap. IV. Sedición.
- Cap. V. Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores.
- Cap. VI. De los atentados contra la Autoridad, sus Agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.

La primera conclusión es irrefutable: el artículo 65.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial deliberadamente decidió no incluir la rebelión y la sedición a la hora de definir la competencia material de la Audiencia Nacional. Pudiendo haber escogido uno, varios o todos los Capítulos del Título de “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, optó expresamente por seleccionar sólo el Capítulo I, dejando fuera la rebelión (Cap. III) y la sedición (Cap. IV)⁷. Sería absurdo pretender que la Ley se remitió sólo al Capítulo I, mencionándolo por su rúbrica completa, pero que en realidad quería remitirse también a los Capítulos III y IV.

¿Y qué delitos contenía este Capítulo I? Pues se trataba de tres secciones bien diferenciadas.

1ª. Delitos contra el Jefe de Estado, su consorte y su sucesor (arts. 142-148 bis). Se trataba de delitos contra la vida, integridad física, libertad, etc. de estas personas. Hoy estos delitos están contemplados en los arts. 485 y ss. del Código Penal vigente, bajo la denominación “Delitos contra la Corona”.

2ª. Delitos contra los altos organismos de la Nación (arts. 149-162). Consistían

⁶ Estas operaciones no serían necesarias si en los últimos veintidós años el Legislador hubiese encontrado tiempo para adaptar el artículo 65 LOPJ a la legislación actual. Nótese, por cierto, que desde la entrada en vigor del CP 1995 este artículo 65 ha sido objeto de modificaciones de diverso calado hasta en siete ocasiones (mediante las Leyes Orgánicas 7/2000, de 22 de diciembre; 2/2003, de 14 de marzo; 5/2003, de 27 de mayo; 2/2008, de 4 de diciembre; 5/2010, de 22 de junio; 6/2014, de 29 de octubre y 13/2015, de 5 de octubre), sin que en ninguna de ellas se aprovechara para realizar esta sencilla y necesaria adaptación, ni para incluir expresamente, como ya he señalado, los delitos de terrorismo.

⁷ Nótese que las conductas que se contienen en el tipo de sedición en su configuración actual estaban contenidas en el tipo de sedición vigente en 1985, que contenía *además* otras tres modalidades típicas. Por ello, es evidente que las conductas que hoy constituyen sedición ya la constituían conforme al antiguo tipo de sedición vigente en 1985, al que la LOPJ *deliberadamente* no se remite.

en figuras como la invasión de las Cortes o irrupción durante sus sesiones, manifestaciones a su alrededor durante las sesiones, coacciones a sus miembros para impedir que participen en sus reuniones, etc. Hoy estos delitos están contemplados en los arts. 492 y ss. del actual Código penal, bajo la denominación “Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes”.

3ª. *Delitos contra la forma de gobierno (arts. 163 y 164)*. El término “delitos contra la forma de Gobierno” alude a un conjunto de tipos penales derogados en 1995, pero que tuvieron una larguísima tradición en la historia de los Códigos Penales españoles. Desde el Código Penal de 1870 se encontraban en el Libro II, Título I, Capítulo I del Código, y en esa misma ubicación se mantendrían en el CP de 1928, en la reforma de 1932, en la versión de 1944 y en el Texto Refundido de 1973, que con reformas estuvo vigente hasta 1995⁸.

Los “delitos contra la forma de Gobierno” recogidos en el CP vigente en 1985 eran los siguientes:

Sección 3ª. Delitos contra la forma de Gobierno.

Artículo 163. El que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación, a cambiar ilegalmente la organización del Estado o a despojar en todo o en parte al Jefe del Estado de sus prerrogativas y facultades, será castigado con la pena de reclusión mayor si el culpable fuere promovedor o tuviere algún mando, aunque fuere subalterno, o estuviere constituido en autoridad, y con la de prisión mayor en los demás casos.

Cuando para la consecución de dichos fines se empleare la lucha armada, la pena será de reclusión mayor en su grado máximo para los promotores y jefes, así como para quienes cometieren actos de grave violencia, la de reclusión menor para los meros participantes.

Artículo 164. Serán castigados con la pena de reclusión menor:

⁸ Aunque el CP 1948 contenía un Título denominado “De la seguridad interior del Estado”, no contenía específicamente una sección denominada “Delitos contra la forma de Gobierno”.

En el CP 1870, el Título II pasa a llamarse “Delitos contra la Constitución”, y su Capítulo I, titulado “Delitos de lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de gobierno”, contiene una estructura que, con alguna variación pasajera, será la que llegue al CP 1973: una primera sección dedicada a los delitos contra el Rey, una segunda dedicada a los Delitos contra las Cortes, sus individuos y el Consejo de Ministros, una tercera denominada “Delitos contra la forma de Gobierno”, que comprende los artículos 181 a 187, y una cuarta con disposiciones comunes (ver BENITO Y CURTO, Alejandro, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1897, pág. 261). Los delitos contra la forma de Gobierno contenían conductas ejecutadas “por la fuerza o la vía de los hechos” para alterar el sistema constitucional, así como provocaciones directas a dicho cambio; y distinguía modalidades de comisión armada o no armada.

En el CP 1928, el Título II pasó a denominarse “Delitos contra los poderes Públicos y contra la constitución”, su Capítulo I mantuvo una división similar, aunque con la peculiaridad de que la Sección tercera, “Delitos contra la forma de Gobierno”, contenía un solo artículo, el 264, que remitía la regulación a la legislación especial.

La reforma de 1932 volvió a denominar el Título II “Delitos contra la Constitución” y su Capítulo I ya se denomina prácticamente igual que la remisión del artículo 65.1.a) LOPJ: “Delitos contra el Jefe del Estado, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de Gobierno”. Los delitos contra la forma de Gobierno (arts. 167-173) tenían una regulación esencialmente coincidente con la del CP 1870.

El autoritario CP 1944 eliminó del Título II la palabra “Constitución”, retomando la arcaica denominación “Delitos contra la seguridad interior del Estado” y mantuvo la rúbrica del Capítulo I como la del CP 1944.

1.º Los que en las manifestaciones o reuniones públicas o en sitios de numerosa concurrencia dieran vivas u otros gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminadas a la realización de cualquiera de los fines determinados en el artículo anterior.

2.º Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaren discursos, leyeren o repartieren impresos o llevaran lemas o banderas que provocaren directamente a la realización de los fines mencionados en el artículo anterior.

Como se puede ver, se trataba de unos tipos penales⁹ definidos en términos muy poco concretos, que se solapaban con otras figuras (motivo por el que fueron objeto de escasa aplicación, según decía QUINTANO RIPOLLÉS¹⁰) y que contenían no sólo conductas violentas, sino también otras no violentas¹¹. La sola idea de criminalizar la conducta de “dar vivas” o el porte de una bandera porque podría provocar a la comisión de delitos (de delitos como, por ejemplo, intentar sin violencia sustituir un Gobierno por otro) nos da la pauta del carácter autoritario de buena parte de estas figuras. De hecho, en 1983 MUÑOZ CONDE se planteaba en términos críticos si el concepto “actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la nación” abarcaría “algo tan elemental y ciudadano como pedir su sustitución o su dimisión”¹². Parecía claro que tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, como dijera RODRÍGUEZ DEVESA, era urgente su reforma¹³.

La reforma consistió en su derogación. Desde hace 22 años, el Código Penal español no contiene ya “delitos contra la forma de Gobierno”. Se trata de una decisión clara: en el ordenamiento español se dejan de criminalizar conductas *por el simple hecho de estar encaminadas a relevar el Gobierno (portar banderas, repartir impresos, dar vivas)*, sino *por la forma en que pretenden hacerlo* (y se escoge un

⁹ Sobre los delitos contra la forma de Gobierno, antes de la entrada en vigor de la Constitución, ver sobre todo el extenso y erudito comentario de GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo III, Burgos, 1874, págs. 206-242; y también, por todos, ver JASO ROLDÁN, Tomás, “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, en ANTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 1949, págs. 23-25; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal II*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, págs. 478-479; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 14ª edición, Barcelona: Bosch, 1980, págs. 55-58; CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 1978, págs. 170-172; y después, sin ánimo de exhaustividad, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª edición, Universidad de Sevilla, 1983, págs. 547-548; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª edición, Madrid: Dykinson, 1995, págs. 706-711; VIVES ANTÓN, Tomás S., en Vives Antón (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1988, págs. 66-67.

¹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso... cit.*, p. 478. Ya en 1874 advertía GROIZARD (*op. cit.*, p. 223) que eran delitos de difícil aplicación.

¹¹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso... cit.*, p. 478; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, cit.*, p. 55-56; críticamente MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal... cit.*, 5ª edición, 1983, p. 547. Sin embargo, ya en 1874 GROIZARD (*op. cit.*, p. 221-222) entendía que por vía interpretativa debía incluirse como elemento del delito la violencia: “Para nosotros la fuerza, la violencia es un elemento característico de este delito. *Actos fuera de las vías legales* que no constituyan fuerza ni violencia es inaceptable que vayan encaminados *directamente* á conseguir reemplazar el Gobierno monárquico constitucional por un Gobierno monárquico absoluto ó republicano &c., es imposible por lo tanto que den vida á los delitos contra la forma de Gobierno”.

¹² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal... cit.*, 5ª edición, 1983, p. 548.

¹³ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª edición *cit.*, p. 706 (si bien los motivos que aduce este autor para urgir la reforma eran más formales que materiales).

concreto medio comisivo: el alzamiento violento)¹⁴. Este cambio deliberadamente decidió que la declaración de independencia no acompañada de violencia debía quedar extramuros del Derecho penal; y dejó una clara huella en los trabajos parlamentarios¹⁵.

2. Conclusiones

Siendo así, surgen de modo claro las siguientes conclusiones:

- La mención del artículo 65.1.a) LOPJ se remite de modo incuestionable a los “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno” (Libro II, Título II, Capítulo I) del Código Penal entonces vigente.
- La primera parte de la remisión (Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte y su Sucesor) debe entenderse dirigida hoy a los actuales “Delitos contra la Corona” (artículos 485 y ss. CP), y la segunda parte (Delitos contra los altos organismos de la Nación) debe entenderse dirigida hoy a los actuales “Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes” (artículos 492 y ss. CP).
- La tercera parte de la remisión se dirigía a los *delitos contra la forma de Gobierno*. Se trata de un término técnico que alude a un grupo de delitos que existió en nuestro ordenamiento durante 125 años pero que ha sido derogado sin ser sustituido por ningún otro tipo penal, por lo que por expresa decisión del Legislador esa mención *ya no remite a ningún delito*. Es una remisión que se ha quedado sin referente, igual que si se remitiese a otros delitos derogados de modo absoluto, como los delitos contra las Leyes Fundamentales, el escándalo público o la blasfemia, y no puede intentar “reconectarse” a ninguna otra figura vigente.

¹⁴ 35 años después, siguen siendo pertinentes muchas de las advertencias de GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Crítica de la política penal del orden público”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 16, 1982, págs. 49 y ss.

¹⁵ GARCÍA ARÁN/ LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, págs. 195 y ss. Sumamente interesante es el análisis que recientemente hace Nicolás GARCÍA RIVAS, “La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada”, en *Diario La Ley*, Sección Documento on-line, 29 de Septiembre de 2017, epígrafe II.

A este respecto, es especialmente ilustrativa la intervención en el debate parlamentario del Código Penal de 1995 del diputado Sr. Trillo-Figueroa (Grupo Parlamentario Popular), cuando se opuso a la enmienda por la que se decidía que sólo se criminalizarían los intentos violentos de subversión del orden constitucional. Su argumento era claro: su Grupo Parlamentario entendía que con el texto tal como se enmendaba (es decir: con el texto que finalmente pasó al Código Penal vigente) una declaración de independencia no violenta no sería delictiva, y por ello se oponía a aceptarlo: “La enmienda transaccional [scil: la que configuró el delito de rebelión como hoy existe en el Código Penal] pretende *que sólo sea delito* la declaración, por ejemplo, por una institución de la independencia de una parte del territorio nacional *cuando sea con violencia*, lo cual obviamente es un añadido que difícilmente se produce en un debate en una institución asamblearia o parlamentaria si se somete a reglamento. En definitiva, nosotros seguimos pensando, como pensaba el Gobierno y su Grupo Parlamentario hasta esta tarde, que *declarar la independencia de una parte del territorio nacional debe ser delito*” (énfasis añadido).

Sobre todo, carece de sentido intentar sostener, como hace el Auto de 27 de septiembre de 2017 del Juzgado Central de Instrucción nº 3, que la remisión a los “delitos contra la forma de Gobierno”, justo cuando estos delitos fueron derogados, pasó a remitirse a algunos delitos de sedición (que como hemos visto estaban expresamente excluidos de la remisión) y a los delitos de rebelión, apelando a que hay que darle algún contenido a la mención a los delitos derogados.

V. El argumento de la Fiscalía: la Audiencia Nacional es competente hoy para conocer de las conductas de sedición cuando se adecúen a la tipicidad de unos delitos derogados hace 22 años

Pero en realidad el desarrollo más completo de esta hipótesis de la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de *algunos* delitos de sedición proviene de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y de la Fiscalía General del Estado.

A raíz de diversos hechos acaecidos en 2015 y relativos al llamado “proceso soberanista catalán”, el 5 de noviembre de 2015 el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional remitió a diversas autoridades policiales un escrito para el desarrollo de funciones de policía judicial. En ese escrito formuló una interpretación también hasta entonces sin precedentes en la literatura penal española, intentando argumentar que *algunos* delitos de sedición y todos los de rebelión deberían ser competencia de la Audiencia Nacional. Estos argumentos se reflejaron finalmente en la Memoria de 2016 de la Fiscalía General del Estado, Capítulo II, apartado 4¹⁶.

Según la Memoria de 2016 de la Fiscalía General del Estado, si bajo la vigencia del Código derogado un delito de rebelión o de sedición tuviesen por objetivo declarar la independencia de un territorio de España, la Audiencia Nacional habría sido competente para juzgarlos. El motivo era que una rebelión o una sedición con tal finalidad encajarían también en la tipicidad de los viejos delitos contra la forma de Gobierno, que eran competencia de la Audiencia Nacional.

“La comisión de un delito de rebelión (*scil. en el Código Penal de 1973*) conllevaba inexcusablemente un delito contra la forma de Gobierno (...)

Parecida reflexión cabe hacer respecto del delito de sedición, regulado en el art. 218 del extinto CP de 1973 (...). Si los actos constitutivos de sedición tuviesen como objetivo, al margen de la Constitución y las leyes, aunque no se emplee fuerza o violencia, impedir la aplicación de las leyes y el normal funcionamiento de las instituciones, y además cambiar la organización territorial del Estado y declarar la independencia de una parte del territorio nacional tendrían encaje penal también como delitos contra la forma de Gobierno”.

Trasladando esa idea a los modernos tipos de sedición y rebelión del Código Penal de 1995, dice la Fiscalía:

¹⁶ El texto de la memoria puede consultarse online:
https://fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html.

“Las mismas consideraciones cabe hacer respecto a los actuales tipos de la rebelión y de la sedición (...). La descripción típica de ambos tipos penales en el Código Penal vigente encaja igualmente en la definición del delito contra la forma de Gobierno previsto en el art. 163 del CP anterior si los actos se ejecutan con el propósito de cambiar ilegalmente la organización del Estado.

En consecuencia, cuando los actos constitutivos de ambos delitos (rebelión y sedición) vayan encaminados o dirigidos a declarar la independencia de una parte del territorio nacional violando la legalidad constitucional y cambiando la organización territorial del Estado, deberán ser considerados como *delitos contra la forma de Gobierno a efectos competenciales*”.

El error sobre el que se basa la argumentación de la Fiscalía es grave. Por supuesto, antes de 1985 una rebelión o una sedición que intentase cambiar la forma de Gobierno sería un concurso entre (1) una rebelión o sedición y (2) un delito contra la forma de Gobierno; y por ello, al ser entonces la Audiencia Nacional competente por el delito contra la forma de gobierno, *por conexidad* (artículo 17 de la LECrim) lo sería también por la rebelión o sedición. Insisto: por conexidad, no porque la rebelión o sedición fuese en estos casos “un delito contra la forma de Gobierno *a efectos competenciales*” (concepto que en términos jurídicos es comparable a decir que si la Audiencia Nacional debe conocer por de unas falsedades por conexidad con un regicidio, *a veces* las falsedades deben considerarse “regicidio *a efectos competenciales*”).

Por obvio que parezca, debe recordarse que los delitos contra la forma de Gobierno han sido derogados *a todos los efectos* (también a los “competenciales”). Y tras la derogación de los delitos contra la forma de Gobierno sin que fuesen sustituidos por ningún otro, ya no es posible seguir trazando el paralelismo y decir “una conducta constitutiva del actual tipo de sedición o rebelión, si se cometiese para alterar la forma de gobierno, bajo el Código penal derogado sería un delito contra la forma de Gobierno del antiguo artículo 163 CP”. Es evidente que ya no es posible fundar la competencia de la Audiencia Nacional en la conexidad con un delito *derogado*. Los delitos contra la forma de Gobierno son preceptos que el Legislador deliberadamente quiso eliminar del Ordenamiento Jurídico, y ya no pueden aducirse a efectos de competencia. Es insostenible de todo punto argumentar “esta conducta en 1985 habría sido enjuiciable por la Audiencia Nacional, porque sería un delito contra la forma de Gobierno, así que *a efectos competenciales finjamos que los delitos contra la forma de Gobierno no han sido derogados*”¹⁷.

Ahora bien: lo sorprendente es que en 2008 la propia Fiscalía de la Audiencia Nacional sostenía que la Audiencia Nacional no era competente para juzgar estos

¹⁷ Es también interesante subrayar que, en un caso similar (aducir delitos prescritos para fundar la competencia de un Juzgado Central de Instrucción), el Tribunal Supremo ha sido absolutamente tajante: “no es admisible que un delito ya prescrito sea ‘resucitado’ en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción” (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 101/2012, de 27 de febrero, FD 3º). Con mayor razón, tampoco puede “resucitarse” un delito derogado para invocar competencia con otro hipotéticamente conexo con él.

delitos, y que bajo ningún concepto podían entenderse aludidos por la mención a los delitos contra la forma de Gobierno. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 (rec. núm. 20048/2009) recoge en su Razonamiento Jurídico Cuarto, apartado 5, un extracto de un escrito del Ministerio Fiscal sumamente ilustrativo, y que abona las tesis aquí expuestas. Se refiere al intento de juzgar en la Audiencia Nacional la rebelión de 1936 contra el Gobierno de la República:

“En cuanto a la calificación jurídica de los hechos como un delito contra la forma de Gobierno (...) el alzamiento en armas contra el Gobierno legítimo de la República (...) efectivamente el Código Penal vigente en el momento de su comisión [scil. en el año 1936] contempla esta conducta como un delito contra la forma de Gobierno (...) También la sancionaba como un delito de rebelión (...)

El [Código] penal de 1973 reproducía ambos delitos en parecidos términos: el primero en el art. 163 como delito contra la forma de Gobierno y el segundo en el art. 214 y siguientes, ambos como delitos contra la Seguridad Interior del Estado. Sin embargo, el Código Penal vigente ha suprimido los delitos contra la forma de Gobierno (categoría delictiva hoy inexistente) (...)

En definitiva, aun considerando que los hechos son constitutivos de un delito de rebelión (conforme al CPenal de 1932 y al actualmente vigente), este delito nunca ha formado parte de los delitos contra la forma de Gobierno, ni en el Código Penal de la Segunda República, ni en los Códigos Penales posteriores, por lo que *es absolutamente injustificado concluir de forma taxativa que la Audiencia Nacional posee competencia para su investigación y enjuiciamiento, ya que la calificación de los hechos como un delito contra la forma de Gobierno carece de vigencia en este momento*”.

No es fácil entender que lo que era absolutamente injustificado para el Ministerio Fiscal en 2008 pase a ser la interpretación razonable del Derecho en 2017.

Sea como fuere, todo lo expuesto debe llevar a rechazar en todos sus extremos esta innovadora teoría elaborada por la Fiscalía desde 2015 al hilo del proceso separatista catalán, no sin dejar constancia del complejo esfuerzo dialéctico desarrollado para alcanzarla.

VI. Una cuestión ya resuelta por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en 2008

Pero lo sorprendente es que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ya había resuelto esta cuestión en términos claros y tajantes mediante Auto de 2 de diciembre de 2008.

En efecto: en dicho Auto (Razonamiento Jurídico Cuarto), el Pleno de la Audiencia Nacional concluye:

“Es con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial cuando se otorga competencia a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia al Juzgado Central de lo Penal, de los ‘Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos del Estado y forma de Gobierno’.

Pues bien: el delito de rebelión *nunca ha sido competencia de esta Audiencia Nacional*. El Código Penal, texto refundido de 1973, vigente en la fecha de la entrada en vigor

de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dedica el Título II del Libro II a los ‘Delitos contra la seguridad interior del Estado’.

El Capítulo Primero de dicho Título II lleva por rúbrica la de ‘Delitos contra el Jefe de Estado, su sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno’, estando dividido en tres secciones dedicadas respectivamente a los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor (artículos 142 y 148 bis), delitos contra los altos organismos de la Nación (artículos 149 a 162) y delitos contra la forma de Gobierno (artículos 163 y 164). (...)

La comparación de la dicción del artículo 65.1.a) LOPJ con la rúbrica del Capítulo I del Título II del Libro II del Código Penal vigente en la fecha de su entrada en vigor, conduce a la conclusión de que son ESOS los delitos que el legislador quiso que fuesen competencia de la Audiencia Nacional, y no otros.

Los artículos 149 a 162 del Código Penal de 1973 –delitos contra los altos organismos de la Nación– se corresponden con los actuales 493 a 504 del Código Penal de 1995 –delitos contra las instituciones del Estado– y los antiguos artículos 163 y 164 –delitos contra la forma de gobierno– no tienen equivalente en la actual legislación, que resuelve los problemas concursales existentes en la legislación anterior eliminando esos delitos”.

Así, los magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, constituidos en Pleno, sostuvieron que la mención del artículo 65.1.a) LOPJ se remite a los delitos del Capítulo I del Título “Delitos contra la seguridad interior” “y no [a] otros”; y que de entre ellos, los antiguos artículos 163 y 164 ya no tienen equivalente en la actual legislación. Por ello, aunque una rebelión o una sedición intentasen cambiar la forma de Gobierno, la Audiencia Nacional no sería competente por esos delitos. Ese fue el motivo principal por el que dicho Auto declaró que *la Audiencia Nacional no era competente para conocer de la rebelión militar* que en julio de 1936 se alzó contra el Gobierno de España y alteró de modo esencial la forma de Estado sustituyendo la República por un régimen dictatorial. Es imposible cohonestar aquel razonable criterio con la pretensión de que la Audiencia Nacional pueda conocer de una hipotética sedición cometida con la intención de independizar el territorio de una de las Comunidades Autónomas.

La contundencia de la argumentación del Pleno de la Sala de lo Penal en 2008 es también indiciaria de hasta qué punto la nueva de la Fiscalía, acogida por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 es una interpretación sin precedentes que se aparta súbitamente de la que se había dado a estos preceptos hasta entonces¹⁸.

VII. ¿Un cambio en la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional? El Auto de 6.11.2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Mediante Auto de 6.11.2017, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la

¹⁸ En ese sentido, surge la duda de si la competencia de la Audiencia Nacional por estos delitos podría considerarse una consecuencia jurídica *imprevisible* en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: ver GARCÍA ROCA / VIDAL ZAPATERO, “El Derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1) ...”, *cit.*, p. 292.

Audiencia Nacional confirmó por cuatro votos a uno¹⁹ la resolución del Juzgado Central de Instrucción nº 3. De este modo, una de las Secciones de la Audiencia se abandonaba al criterio que el Pleno dictara años atrás, adoptando uno diametralmente opuesto. El Auto añadía a los fundamentos aducidos por el Juzgado algunos argumentos adicionales.

1. *Los delitos contra la forma de Gobierno no habrían quedado despenalizados: ahora constituyen rebelión y sedición*

El Auto toma como eje de la argumentación una llamativa afirmación: que las conductas que antes de 1995 constituían delitos contra la forma de Gobierno no han quedado despenalizadas, sino que constituyen rebelión o sedición:

“En definitiva, la mención a los delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno ... castigaba en los artículos 163 y 164 de la Sección 3ª del Capítulo I, **conductas que, aun cuando dicha rúbrica haya desaparecido en el Código vigente, no han quedado despenalizadas, sino que estarían ahora comprendidas en el artículo 472, del presente Código, bajo la rúbrica de delito de rebelión, y en el artículo 544 , bajo la rúbrica de delito de sedición**, respetando la equivalencia en las modalidades de acción, los fines y los bienes jurídicos protegidos. En la actualidad, es claro que dicha mención, interpretada en un sentido material, nos remite sin duda alguna a dichas figuras delictivas” (negritas en el original).

La afirmación es o bien un grave error, o bien una tautología de la que no cabe deducirse lo que el Auto pretende:

a) *Una afirmación errónea*. Si lo que pretende decir es que las conductas de los derogados arts. 163-164 CP subsisten en los actuales delitos de sedición o rebelión, debe contestarse que bajo los cánones interpretativos comúnmente aceptados es imposible concluir que el tipo de sedición o el de rebelión contienen conductas como “dar vivas”, “portar banderas”, “repartir impresos”, etc. (artículo 164 CP 1973); ni tampoco las definidas como “actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación” o a “cambiar ilegalmente la organización del Estado” (artículo 163.1 CP 1973)... *si no se cometen a través del medio comisivo específico de la rebelión o la sedición*: la inducción o participación en un alzamiento violento o un alzamiento tumultuario. Es evidente, pues, que las conductas de los arts. 163 y 164 CP 1973 no realizan de por sí los tipos penales de sedición o rebelión²⁰: tal conclusión ignoraría

¹⁹ El Magistrado disidente De Prada Solaesa firmó un voto particular excelentemente fundamentado. Destaca en ella el apartado “Significación histórica en nuestro Derecho de los delitos contra la forma de Gobierno”, donde analiza el concepto de delitos contra la forma de Gobierno desde sus antecedentes remotos hasta su derogación; y su contundente apartado final “Conclusiones”.

Tanto el Auto de 6.11.2017 como el mencionado voto particular están disponibles *online* en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-Nacional-confirma-la-competencia-de-la-juez-Lamela-para-investigar-por-sedicion-los-hechos-del-21-y-21-de-septiembre-en-Cataluna>

²⁰ A excepción de la que expresamente hace referencia a la lucha armada, artículo 163.2 CP 1973, que obviamente no es de aplicación a este caso.

el ya mencionado giro copernicano que introdujo el Código Penal de 1995 en la regulación de los delitos contra la Constitución, consistente en criminalizar únicamente los intentos colectivos *violentos* de subversión constitucional²¹.

b) *¿Una tautología?* Es posible que ese pasaje quiera decir otra cosa, a tenor del oscuro inciso “respetando la equivalencia en las modalidades de acción, los fines y los bienes jurídicos protegidos”²². Si lo que quiere decir es “las conductas de los viejos delitos contra la forma de Gobierno constituyen sedición si se cometen *mediante las modalidades de acción del tipo de sedición, persiguiendo los fines típicos del delito de sedición y atentando contra el bien jurídico del delito de sedición*”, la frase se convierte en una tautología de corto vuelo: cualquier conducta (las de los derogados arts. 163-164 CP 1973 o cualquier otra), si se comete realizando los elementos típicos de la sedición, constituye sedición. De ahí es imposible concluir que los derogados delitos contra la forma de Gobierno pervivan en el actual delito de sedición (cuyo bien jurídico es distinto²³, cuyas modalidades comisivas son diferentes y cuyos fines típicos son diversos) o en el de rebelión (nuevamente: a salvo del antiguo art 163.2º, que no es aplicable al caso que nos ocupa – pues habla de *lucha armada*- pero que sí puede considerarse como una conducta de alzamiento violento).

2. *El erróneo concepto “delitos contra la forma de Gobierno en sentido material”*

El Auto sostiene que una rebelión o una sedición con intención secesionista son “delitos contra la forma de Gobierno en sentido material”; y que no puede interpretarse las referencias del artículo 65.1.a) LOPJ como referencias a rúbricas del Código Penal, sino que deben interpretarse en sentido material.

Ambos argumentos deben desecharse.

Permítaseme expresarlo en forma de cuestión: uno se pregunta *qué es lo que debe hacer el Legislador para asignar una consecuencia jurídica única y específicamente a un grupo de delitos, y que los juzgadores no la apliquen a otros delitos distintos*. La respuesta más razonable sería: “referirse a esos delitos por su nombre, por la rúbrica de su Título, Capítulo o Sección”, pues es una referencia unívoca de ese modo Jueces y Tribunales sabría exactamente a cuáles se refiere. Desde luego,

²¹ Desde luego, un error tan llamativo ni siquiera constaba en las diversas tomas de posición de la Fiscalía, que únicamente había sostenido la tesis (no menos original pero sí de gravedad menor) de que la rebelión o la sedición con intención separatista constituían “delitos contra la forma de Gobierno *a efectos competenciales*”.

²² En efecto, la expresión “equivalencia en las modalidades de acción, los fines y los bienes jurídicos protegidos” es de significado oscuro. Y ello, porque *no existe* una equivalencia entre las modalidades de acción, ni los fines, ni los bienes jurídicos protegidos por el delito de sedición, el delito de rebelión ni los derogados delitos contra la forma de Gobierno. Por ello, la frase en sus propios términos no parece tener un significado fácilmente comprensible.

²³ Contra lo que sostiene el Auto, el Voto Particular subraya acertadamente que la sedición es un “delito contra el orden público, separado de los delitos que afectan al régimen constitucional”.

no se puede cuestionar en serio que cuando el Legislador en 1985 se remitió a los “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno”, se estaba refiriendo a los delitos que se encontraban bajo la rúbrica “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno”.

El Auto intenta argumentar que no se puede entender que esa mención alude a una rúbrica concreta del Código Penal... porque hay *otras* menciones en el artículo 65.1 LOPJ que no se corresponden con una rúbrica específica (así, las menciones a “defraudaciones”, “maquinaciones para alterar el precio de las cosas” o “tráfico de drogas”). El argumento, aparte de erróneo en su formulación²⁴, no es aceptable: que *otras* menciones del artículo 65.1 LOPJ puedan no corresponderse con una rúbrica no altera un ápice el hecho de que esta concreta la mención “Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno” coincide exactamente con la larga rúbrica del Capítulo I del Título II del Código Penal de 1973. Simplemente no es razonable sostener que el Legislador empleó en el artículo 65.1 LOPJ esas 20 palabras, esos 95 caracteres, exactamente en ese mismo orden *por azar*, sin pretender remitirse a aquel Capítulo.

Como dice el voto particular del Magistrado De Prada Solaesa, “el concepto de delitos contra la forma de Gobierno no es un *totum revolutum* donde quepa cualquier delito contra la Constitución, sino exclusivamente aquellas conductas que se describían en la correspondiente Sección del CP de 1973, siendo éste un concepto perfectamente acuñado, definido en cuanto a su contenido, perfectamente identificable y que ha seguido una clara tradición histórica en nuestro derecho de más de un siglo y que se ha mantenido en los distintos códigos penales con escasas variaciones en su significado desde el CP de 1870 hasta que desapareció como tal en el CP vigente”.

Tampoco es asumible la idea de “delitos contra la forma de Gobierno en sentido material”. Una *reductio ad absurdum* lo explicará de modo muy evidente: aunque es evidente que una rebelión secesionista encabezada por autoridades atentaría contra el bien jurídico de la Administración Pública, nadie diría que cuando las leyes hablan de los delitos contra la Administración Pública se refieren a la rebelión, ni que la rebelión sea “un delito contra la Administración pública en sentido material”. Sin duda toda rebelión afecta al orden público, pero nadie entendería que

²⁴ Es erróneo por dos motivos:

a) “Defraudaciones” y “Maquinaciones para alterar el precio de las cosas” sí eran, en efecto, las rúbricas de los capítulos IV y V del Título XIII del Código penal vigente en 1985, que fue cuando se aprobó la LOPJ. El Auto que aquí criticamos (FD Tercero) aduce que no se corresponden con rúbrica alguna porque los compara erróneamente *con las rúbricas del Código de 1995*.

b) Delitos como “tráfico de drogas” no tenían un título, capítulo o sección propia: estaban recogidos en un capítulo común junto con el resto de los delitos contra la salud pública. Por ello, el Legislador no podía referirse a ellos mediante un término de los empleados por el Código penal, sino sólo por una denominación que remitiese al concreto precepto.

las menciones legales a los “delitos contra el orden público” abarcan la rebelión en su configuración actual. Por otra parte las rebeliones, al ser violentas, atentan contra la libertad de las personas violentadas, pero nadie entendería que donde las leyes penales hablan de los “delitos contra la libertad” se pueda entender incluida la rebelión. Basten estos ejemplos para ilustrar lo inadecuado de esta argumentación.

Por último, esta interpretación “material”, que pretende incluir bajo el término “delitos contra la forma de Gobierno” figuras que estaban *fuera* de tal denominación legal, es de incuestionablemente una *interpretación expansiva* de las reglas de competencia de la Audiencia Nacional: algo que, según pacífica Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es inadmisibles en la aplicación de una atracción excepcional de competencia, y que afectaría al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley.

VIII. Coda. Los términos técnicos y las palabras de la ley

Con este breve análisis sistemático e histórico he querido exponer que el artículo 65.1 LOPJ es un precepto bastante claro, e *in claris non fit interpretatio*. Se trata de una sencilla enumeración de los delitos que son competencia de la Audiencia Nacional, y ninguno de ellos contiene una alusión a la sedición ni a la rebelión.

Como hemos visto, la referencia a los “delitos contra la forma de Gobierno” es un *término técnico* que se remite de modo inequívoco a unas figuras delictivas muy concretas que cualquier penalista de cierta edad conoce; unos delitos que han integrado nuestro ordenamiento desde 1870 hasta 1995, y que no por azar fueron derogadas hace 22 años por el primer Código Penal postconstitucional. Por ello, no puede interpretarse esa mención, como hace el Auto aquí criticado, como una alusión a cualesquiera delitos “que *se relacionan con* la alteración de la forma de Gobierno” o “que *se cometen para*” o “que *tienen algo que ver con* la alteración de la forma de Gobierno”. Los términos técnicos tienen la ventaja de la univocidad y la precisión: significan lo que significan, y los técnicos deben conocerlos.

Tampoco puede sostenerse que la sedición es “a veces” un delito contra la forma de Gobierno y otras veces no: se trata siempre de un delito contra el orden público a raíz del esencial cambio de la ordenación del Título de los delitos contra la Constitución que produjo el Código Penal de 1995 (que expulsó a la sedición e hizo del tipo de rebelión el eje de la regulación). Por ello, el delito de sedición, que no estaba incluido en la mención del artículo 65 LOPJ antes de 1995, tampoco ha pasado a estarlo bajo ningún concepto con la legislación hoy vigente.

Finalmente, no es posible fundar la competencia de la Audiencia Nacional sobre una conducta apelando a que *si el Legislador no hubiese derogado un tipo penal, la tendría*. No es posible ignorar una decisión legislativa de ese calado. Tampoco es

posible argumentar sobre la base de conceptos *ad hoc* como “delito contra la forma de Gobierno *a efectos competenciales*”.

Frente a la evidencia de que ninguna norma menciona a la sedición ni a la rebelión como delitos objeto de competencia de la Audiencia Nacional y lo claro de las posiciones del Pleno de la Audiencia Nacional y el Ministerio Fiscal en 2008, lo alambicado de las argumentaciones elaboradas recientemente por la Fiscalía y el Juzgado Central de Instrucción nº 3 para concluir lo contrario (así como su confirmación por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional) son el indicio más claro de que su conclusión no es correcta.

Como se puede ver, lo que está sobre la mesa excede el interés del caso concreto para ubicarnos ante un problema de fundamentos. No se trata de una cuestión de formalismo, ni literalismo, ni de la adhesión a rúbricas o etiquetas a la hora de interpretar las remisiones del artículo 65 LOPJ. Se trata de que las palabras de la Ley han de significar algo. Si las palabras (las de la Ley, o las del debate político) ya no significasen nada, o pasasen a significar cada vez una cosa, deberíamos ver en ello un síntoma alarmante de la desarticulación de la razón pública.

Bibliografía

- BENITO Y CURTO, Alejandro, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1897.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 1978.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 14ª edición, Barcelona: Bosch, 1980.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto, “El jurado y el juez ordinario y predeterminado por la Ley”, *La Ley* 1989, págs. 899 y ss.
- ESCALADA LÓPEZ, María Luisa, *Sobre el juez ordinario predeterminado por la Ley*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. 2016*. Disponible online en https://fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html
- GARCÍA ALBERO, Ramón, Comentario al artículo 544, en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al Código Penal español*, tomo III, 7ª edición.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes; LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996,
- GARCÍA RIVAS, Nicolás “La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada” en *Diario La Ley, Sección Documento on-line*, 29 de Septiembre de 2017 (disponible en <http://diariolaley.laley.es/document/DT0000254449/20170927/La-represion-penal-del-secesionismo-Una-aproximacion-historica-y-comparada>).
- “Delito de rebelión”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Tomo IV, Valencia: Tirant lo blanch, 2016, págs. 37 y ss.

- “Delitos contra los poderes y el orden públicos”, *Documentación jurídica, Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*, vol. 2, 1983, p. 1192 y ss.
- GARCÍA ROCA Javier; VIDAL ZAPATERO, José Miguel, “El Derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la Justicia”, en Javier García Roca / Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 287 y ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Crítica de la política penal del orden público”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 16, 1982, págs. 49 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Delitos contra el orden público. Sedición”, en Cobo del Rosal (dir.), *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado, tomo III*, Burgos, 1874.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto, Comentario al artículo 544, en Conde-Pumpido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo III*. Madrid: Trivium, 1997.
- JASO ROLDÁN, Tomás, “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, en ANTÓN ONECA, José; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Arturo, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 1949.
- JUANES PECES, Ángel, Comentario al artículo 544, en Conde-Pumpido (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2007, tomo 5.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Delitos contra la Constitución: Rebelión”, en Fernando Molina Fernández (dir.), *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid: Francis Lefebvre, 2016, núm. marg. 17400 y ss.
- “Delitos contra el Orden Público: Sedición”, en Fernando Molina Fernández (dir.), *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid: Francis Lefebvre, 2016, núm. marg. 18255 y ss.
- MILIONE FUGALI, Ciro, “La interpretación del art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos”, en *Teoría y realidad constitucional* nº 39, 2017, págs. 655 y ss.
- MIRANDA STRAMPES, Manuel, Comentario al artículo 544, en Del Moral / Serrano dirs., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, tomo 2, Granada: Comares, 2002.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Capítulo 58. Delitos contra la Constitución (I). Rebelión”, en Lorenzo Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª edición revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Madrid: Dykinson, 2015, págs. 1247 y ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª edición, Universidad de Sevilla, 1983.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

- PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*, 6ª edición corregida y aumentada. Tomo II. Madrid, 1888.
- PERIS RIERA, Jaime Miguel. “Capítulo 66. Delitos contra el orden público (I). Sedición”, en Lorenzo Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª edición revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Madrid: Dykinson, 2015, págs. 1337 y ss.
- PIGNATELLI Y MECA, Fernando. “Los delitos contra la disciplina (I). El delito de sedición militar”, en Francisco Javier de León Villalba; Ángel Juanes Peces; José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coords.), *El Código Penal militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs.. 384 y ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal Español. Parte Especial*. (1ª edición). Barcelona: Bosch, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho Penal, tomo II*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo IV. *Infracciones contra la comunidad social*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 18ª edición, Madrid: Dykinson, 1995
- ROSAL, Juan del. *Código Penal. Con Jurisprudencia, concordancias y comentarios*. Madrid, 1964.
- SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. *El delito de rebelión: Bien jurídico y conducta típica*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. *Estudio comparado del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1994*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1994.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “Título XXI. Delitos contra la Constitución”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.); Morales Prats, Fermín (coord.). *Comentarios al Código Penal español*. 7ª edición. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs.. 1589 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “Delitos contra el orden público (I)”, en Juan María Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Volumen III. Tomo 2. Derecho Penal. Parte Especial (2)*. Madrid: Iustel, 2010, págs.. 307 y ss..
- TERUEL CARRALERO, Domingo. “La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* tomo XVI (1963), págs. 17 y ss.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- VIADA Y VILASECA, Salvador. *Código Penal reformado de 1870. Concordado y comentado*. Barcelona, 1874.
- VICENTE Y CARAVANTES, José. “Delitos de rebelión y sedición”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 26, num. 52 (1878), págs. 519 y ss.

VIVES ANTÓN, Tomás S. (coordinador), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1988.

- (coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VIZMANOS, Tomás María; ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo. *Comentarios al Código Penal. Tomo II*. Segunda edición. Madrid, 1853.