

El concepto de violencia en el delito de rebelión (art. 472 CP)

A la vez, algunas consideraciones sobre los hechos juzgados en la Causa Especial 20907/2017 del TS (proceso al *procés* independentista catalán)

Antoni Llabrés Fuster

Profesor Titular de Derecho Penal. Universitat de València

LLABRÉS FUSTER, Antoni. El concepto de violencia en el delito de rebelión (art. 472 CP). A la vez, algunas consideraciones sobre los hechos juzgados en la Causa Especial 20907/2017 del TS (proceso al *procés* independentista catalán). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-08, pp. 1-65.
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-08.pdf>

RESUMEN: En un momento en el que el delito de rebelión del art. 472 del Cp se encuentra bajo los focos como principal motivo de acusación en la causa seguida en el Tribunal Supremo contra los responsables políticos y sociales del llamado *procés* independentista catalán, este trabajo pretende contribuir a delimitar los contornos de la figura a través del análisis de su elemento típico más controvertido, la *violencia* que necesariamente ha de acompañar al alzamiento dirigido a socavar el orden constitucional. Consideraciones teleológico-valorativas (que permitan acotar la tipicidad a las conductas verdaderamente aptas para poner en peligro de modo significativo el objeto de tutela) y parámetros de proporcionalidad (atendido el severísimo marco punitivo asignado al delito) resultarán de especial importancia para justificar la opción interpretativa adoptada.

PALABRAS CLAVE: Delito de rebelión, violencia, orden constitucional, legalidad, proporcionalidad, delitos de resultado cortado, idoneidad objetiva, conspiración para la rebelión.

TITLE: **The concept of violence in the crime of rebellion (art. 472 Spanish Criminal Code). Also, some thoughts about the case against the catalan *procés* for independence (Supreme Court special case 20907/2017)**

ABSTRACT: Just as the crime of “rebellion” strongly attracts public attention as the main reason for indictment in the criminal trial currently being held at the Supreme Court against the main social and political actors of the so-called catalan *procés* for independence, this paper aims at a better outlining of the illegal conduct through the analysis of its most controversial element, the violence which necessarily accompanies the public upraising aimed to undermine the constitutional order. Teleological considerations (allowing to restrict the crime to those conducts which are truly apt to endanger the protected interest), as well as proportionality parameters (holding into account the most severe penalties assigned) will play a significant role in the justification of the interpretative option finally held in these pages.

KEYWORDS: Crime of rebellion, violence, constitutional order, legality, proportionality, result crime, objective aptness, conspiracy for rebellion.

Fecha de publicación: 15 junio 2019

Contacto: llabres@uv.es

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La violencia como complemento del alzamiento. 3. Violencia física y psíquica contra las personas. 4. El carácter armado de la violencia rebelde. 4.1. El argumento del estado de sitio. 4.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre. 4.3. El escollo aparente de la circunstancia agravatoria del art. 473.2 (esgrimir armas). 4.4. La semiexcusa absolutoria del art. 480.2 Cp. 4.5. El contexto y origen marcial de la regulación del delito de rebelión. 5. Un alzamiento violento objetivamente idóneo para alcanzar el fin pretendido. 5.1. Estructura típica e idoneidad para alcanzar el resultado. 5.2. La idoneidad de la violencia en el Derecho comparado (con especial referencia al caso alemán). 5.3. Los parámetros de la idoneidad del art. 472.5 Cp. 6. Algunas consideraciones sobre el iter criminis de la rebelión. 6.1 Delito de consumación anticipada y formas imperfectas de ejecución. 6.2. Los actos preparatorios punibles, especialmente la conspiración para la rebelión. 7. Conclusiones

I. Introducción

El delito de rebelión regulado en el Código penal de 1995 no se ha aplicado nunca. Nadie hasta la fecha ha sido castigado con las severísimas penas que lleva aparejadas ni por su realización consumada (art. 472), ni por la de los actos preparatorios expresamente tipificados de conspiración, proposición y provocación para su ulterior ejecución (art. 477), y ni siquiera nadie, hasta hace muy poco, había sido procesado por la comisión de dicha infracción¹. Se trata indudablemente de algo previsible y deseable, puesto que al suponer la amenaza más grave que se puede cernir sobre su propia existencia, debe constituir un delito destinado, en principio, a carecer del más mínimo protagonismo en un Estado de Derecho consolidado. Y es que la excepcionalidad que reviste la situación a la que se hace frente, un intento violento de socavamiento de las bases del orden constitucional, lo convierte necesariamente en un 'delito-cierre' del sistema democrático².

¹ Bajo la vigencia del Código penal de 1995 solo contamos con varios autos de archivo de acciones penales fundamentalmente por actos preparatorios punibles para la rebelión, entre los que pueden citarse los recaídos en relación con el llamado Plan Ibarretxe (autos del TSJ del País Vasco 11/2005, de 1 de marzo [querrela del Foro de Ermua], y 25/2007, de 27 de noviembre [querrela del 'sindicato colectivo de funcionarios públicos' Manos Limpias]), con etapas precedentes del *procés* independentista catalán (entre otros: autos del TSJ de Cataluña 37/2014, de 24 de marzo [querrela de Manos Limpias], 19/2015, de 8 de enero [querrela del partido político Vox], 697/2015, de 2 de noviembre [querrela de Manos Limpias], 10/2016, de 1 de febrero [querrela del partido político UPyD], 11/2016, de 1 de febrero [querrela de Manos Limpias], 13/2017, de 20 de febrero [querrela de Vox], 59/2017, de 31 de julio [querrela de la 'Asociación Libertad y Justicia'], del JCI núm. 5 123/2015, de 10 de diciembre [denuncia de Fiscalía], JCI núm. 3 130/2015, de 25 de noviembre [denuncia de Fiscalía] o de la Sala Penal de la Audiencia Nacional 42/2016, de 8 de febrero [denuncia de Fiscalía]), con los propios hechos de septiembre y octubre de 2017 (69/2017, de 11 de septiembre [querrela de Vox] —el grueso de dicha causa sería poco después asumido en la Causa Especial 20907/2017 del TS en el proceso al *procés*—, o 117/2017, de 21 de diciembre [denuncia de un particular]), o episodios posteriores relacionados (90/2018, de 4 de octubre [denuncia de la Policía Nacional], o 95/2018, de 4 de octubre [querrela de Vox]). *Vid.* asimismo el auto de la AP Sevilla 381/2006, de 4 de octubre, que confirma el archivo en el caso del discurso del Jefe de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra con ocasión de la celebración de la Pascua Militar.

² Así lo ha calificado certeramente ARROYO ZAPATERO, en *idem et al.* (dir.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 968. *Vid.* también, en parecidos términos, QUINTERO OLIVARES/JARIA i

Hay que remontarse a los primeros años de la transición para encontrar algún antecedente jurisprudencial, si bien de escasa utilidad práctica y en todo caso referido al delito de rebelión militar de los arts. 286 y siguientes del derogado Código de Justicia Militar (CJM) de 17 de julio de 1945: la condena por rebelión consumada por el golpe de estado del 23-F de 1981 (sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar [SCSJM] 3-6-1982 y, en casación, STS 22-4-1983); por conspiración y proposición para la rebelión en el caso de la llamada 'Operación Galaxia' en 1978 (SCSJM 2-7-1980); y solo por conspiración respecto de un civil igualmente en el del 23-F (SCSJM 3-6-1982) o en el caso de los preparativos del golpe del 27-O de 1982, en vísperas de las elecciones generales que darían el primer triunfo, por mayoría absoluta, al PSOE —también conocido con el nombre de las operaciones 'Marte' y 'Halcón'— (SCSJM 14-11-1984)³.

Eso podría explicar en parte la escasa atención tradicionalmente dispensada al delito de rebelión, normalmente ausente de las guías docentes de las materias propias del área de conocimiento de Derecho penal de los planes de estudio de nuestras facultades y solo ocasionalmente tratado por los investigadores. Con la salvedad de los consabidos apartados, escuetos por lo general, de los manuales de la parte especial de la asignatura y de las glosas de los artículos correspondientes incluidas en las obras de comentarios a la legislación penal, los estudios doctrinales de que disponemos se reducen a dos: la monografía de GARCÍA RIVAS sobre el art. 214 del Cp anterior, y la de más reciente aparición de SANDOVAL CORONADO sobre el actual art. 472⁴.

Resulta comprensible que en esas circunstancias el primero afirmara en el arranque de su investigación, hace ya treinta años, que «[e]l término 'rebelión' suscita hoy en día en la mayoría de los penalistas la imagen de una figura arcaica, propia del siglo XIX, que, aun recordada desgraciadamente no ha mucho en nuestro país [se refería obviamente al golpe de estado militar del 23-F de 1981], carece de la nota de actualidad necesaria para convertirse, hoy, en 'problema penal'»⁵. Y que poco hubiera variado la situación un cuarto de siglo después, como atestiguan las palabras del segundo en la correspondiente introducción a la suya: «[l]a elección de este tema de estudio puede producir cierta sorpresa, toda vez que la rebelión es una conducta de la que se puede decir que no tiene 'actualidad'»⁶. O que por eso mismo se vieran ambos em-

MANZANO, en G. Quintero Olivares (dir.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 550.

³ Cabe dar cuenta, fuera del contexto militar, de la criticable STS 14-7-1983, que confirma la SAP Santa Cruz de Tenerife 18-3-1982, por la que se condena a un independentista canario perteneciente a la Confederación Canaria de Trabajadores por la difusión de unos textos en la revista *Nación canaria* como autor de un delito de apología a la rebelión del art. 268 en relación con el art. 217.3 del Cp de 1973 (en el que se preveía una modalidad residual de rebelión para quien atentara contra la integridad territorial de forma diversa a la rebelión 'con alzamiento' del art. 214 o 'sin alzamiento' del art. 217.1: *vid. infra*).

⁴ Se trata de las publicaciones de lo que constituyeron las tesis doctorales de GARCÍA RIVAS, *El delito de rebelión militar en Derecho penal (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Ediciones de la UCLM, 1990, y SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁵ *El delito de rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 7.

⁶ *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, *op. cit.*, p. 25.

pujados a justificar las razones —las había sin duda sólidas en uno y otro momento— para ocuparse de dicha inusual figura delictiva⁷.

Pues bien, el mencionado panorama de ausencia de referencias jurisprudenciales, como es sobradamente conocido, cambiará de un modo inminente: en el momento de dar por finalizado este trabajo se han empezado a celebrar ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo las sesiones del juicio oral correspondiente a la Causa Especial 20907/2017 ('proceso al *procés*'), en la que se acusa a nueve dirigentes sociales y políticos independentistas catalanes de la comisión de un delito de rebelión por los hechos acaecidos en Cataluña en los meses de septiembre y octubre de 2017⁸. Sorprende, sin duda, que las cosas se hayan podido ver alteradas de este modo, hasta el punto de que sea la de rebelión la acusación principal sobre la que pivota el que a decir de muchos constituye el juicio más importante de nuestra reciente historia democrática.

Y, obviamente, esa es también la razón por la que el descuido doctrinal anteriormente destacado en torno al delito de rebelión se haya visto abruptamente sustituido, como era de esperar, por la irrupción de un conjunto heterogéneo de aproximaciones a dicha figura, que muy posiblemente se habrá visto ya incrementado en el momento de publicarse este trabajo y que representa solo un pequeño avance de la eclosión que con toda seguridad, tras conocerse la sentencia del Tri-

⁷ En el prólogo del libro de García Rivas aseguraba BARBERO SANTOS que se trata de un delito «evitado por la doctrina» (*op. cit.*, p. II).

⁸ *Vid.* una secuencia de los hechos más significativos y de sus prolegómenos (que arranca con la aprobación del *Estatut* de 2006 y finaliza tras el referéndum del 1 de octubre de 2017) en BOIX PALOP, «El conflicto catalán y la crisis constitucional española: una cronología», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* n° 71-72 (2017), pp. 172-181, especialmente pp. 178 y ss (también accesible en <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2018/catalonia/boix.pdf>). Para los que son objeto del proceso, *vid.* fundamentalmente el auto de procesamiento del TS de 21 de marzo de 2018 y el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal de 2 de noviembre del mismo año. La causa se abre a partir de la querrela presentada por el Fiscal General del Estado contra la presidenta y cinco miembros de la Mesa del *Parlament* con escrito de fecha 30 de octubre de 2017 (*vid.* auto de admisión de la querrela de 31 de octubre), a la que se acumulan (auto de 24 de noviembre) los hechos objeto de investigación en las diligencias previas 82/2017 instruidas por el JCI núm. 3 de la Audiencia Nacional a partir de la denuncia de 22 de septiembre (contra los presidentes de *Òmnium Cultural* y la *Assemblea Nacional Catalana*) y la querrela de 30 de octubre (contra el *President* de la *Generalitat* y trece miembros del *Govern*), ambas del Ministerio Fiscal. Como es sabido, a algunos de ellos, junto a otros cuatro, se les acusa también por los delitos de desobediencia y malversación de caudales públicos de los arts. 410 y 432, respectivamente, del Código penal. Por su parte, la Abogacía del Estado, como acusación particular, en su escrito de conclusiones provisionales (s.d.) acusa por sedición, y la acción popular ejercida por el partido político Vox les atribuye asimismo la comisión de dos delitos de rebelión y alternativamente sedición (por los hechos de los días 20 y 21 de septiembre de 2017 frente a la *Conselleria d'Economia* y, separadamente, por los del referéndum del 1 de octubre), además del delito de organización criminal (escrito de conclusiones provisionales de 1 de noviembre) —ambas lo hacen igualmente por malversación y desobediencia—. A la vez, otros cuatro procesados por el delito de rebelión en esa misma causa, y otros tres por otros delitos, se hallan en situación procesal de rebeldía el auto de formación de pieza separada (auto de 8 mayo de 2018 del magistrado instructor del TS). Paralelamente, en el sumario 7/2018 de la Audiencia Nacional, aunque se procesa al exmayor de los *Mossos d'Esquadra* y otros tres responsables de dicho cuerpo policial por los delitos de sedición y organización criminal (auto de procesamiento de 4 de abril de 2018 del JCI núm. 3), el Ministerio Fiscal ha optado finalmente por acusar a tres de ellos por rebelión en su escrito de conclusiones provisionales (fechado el 2 de noviembre de 2018).

bunal Supremo, se producirá en los próximos tiempos. La mejor muestra de ello son los hasta seis trabajos de fondo que se han ocupado de un modo específico del tema solo en el último año, publicados todos ellos como capítulos de libros colectivos o artículos en revistas especializadas, y, de modo inevitable, con la mirada puesta explícita o implícitamente en el proceso al *procés*^{9,10}. Estas reflexiones más pausadas, de alcance fundamentalmente académico, se han visto acompañadas por un auténtico repertorio de manifestaciones de muy diversa índole y proyección — en buena parte condicionadas por la urgencia del momento y por la apremiante necesidad de contar con claves interpretativas sobre el delito en cuestión— que se han venido divulgando en distintos formatos. Teniendo en cuenta los pronunciamientos sobre la cuestión únicamente de procedencia universitaria, resultan ya innumerables los artículos aparecidos en prensa escrita o digital, las entrevistas publicadas o emitidas en medios de comunicación, o las opiniones formuladas en el marco de la celebración de conferencias o mesas redondas, simplemente a través de las redes sociales, o incluso colectivamente a través de la difusión de manifiestos de signo diverso¹¹.

⁹ Por lo menos: BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente», en *EPyCr*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 511-588; CUGAT MAURI, «La violencia como elemento del delito de rebelión», en P. de la Cuesta Aguado *et al.*, *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr.Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 567-581; MAPELLI CAFFARENA, «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», en J.M. Suárez López *et al.* (dir.), *Estudios penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1.231-1.250; PÉREZ DEL VALLE, «Rebelión y violencia (Reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el ‘caso del 1 de octubre’ de 2017)», *La Ley penal* n^o 135, noviembre-diciembre 2018, pp. 1-19; POLAINO NAVARRETE, «Lo objetivo y lo subjetivo en la configuración del tipo de rebelión», en C. Gómez-Jara Díez (dir.), *Persuadir y razonar. Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín* Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2018, pp. 447-471; y REBOLLO VARGAS, «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», en *RDPyCr*, 3^a época, n^o 19, 2018, pp. 139-177.

¹⁰ A estos cinco trabajos deben sumarse las numerosas contribuciones, además de su monografía citada *supra*, que a lo largo de los años, pero especialmente en este último lapso de tiempo, ha venido publicando GARCÍA RIVAS, algunas de ellas cuales ya directamente relacionadas con las implicaciones penales del *procés* independentista catalán: «El delito de rebelión: vestigios de autoritarismo secular», *Jueces para la Democracia* n^o 5, 1988, p. 9-11; «Declaración de independencia y delito de rebelión», en *El Periódico de Catalunya* (30-11-2015) (<https://www.elperiodico.com/es/opinion/20151130/declaracion-independencia-delito-rebelion-4713002>); «¿Rebelión en Cataluña? La Fiscalía de la Audiencia Nacional persigue 'sombras rebeldes'», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad* n^o 10, 2016, pp. 90-97; «Delitos contra la Constitución», en J.M. Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo III. Derecho penal. Parte especial. Volumen II*, 2^a ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 255-288, o en «Delito de rebelión», en F.J. Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 37-91; «Comentario de urgencia sobre eventuales responsabilidades penales por el Referéndum catalán», en *Diario La Ley* n^o 9.038, 11-09-2017; «Sedición y reminiscencias autoritarias de la Fiscalía» (accesible en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Sedicion-reminiscencias-autoritarias-Fiscalia_6_689491088.html [22-09-2017]); «La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada», en *Diario La Ley* (29-09-2017).

¹¹ Como tomas de posición colectivas, en contra de la calificación de los hechos como delito de rebelión, se han publicado dos manifiestos: «Legalidad penal y proceso independentista» (accesible en

El balance provisional que en este momento podría realizarse de las tomas de posición que se han ido sucediendo desde otoño de 2017 es que una mayoría amplia, quizá no abrumadora, de los profesores de Derecho penal de las universidades españolas, de muy distinta 'jerarquía y antigüedad' —entre los que se cuentan los dos principales estudiosos del delito mencionados *supra*— se han manifestado, de un modo más rotundo o matizado, en contra de la subsunción de los acontecimientos del *procés* en el delito de rebelión. Pero también es cierto que algunos muy cualificados expertos lo han hecho en un sentido opuesto¹² o que, al menos, han expresado sus dudas al respecto.

En este marco, y con el propósito de contribuir a esclarecer el ámbito de aplicación del delito de rebelión en su configuración actual, se sitúan las presentes reflexiones, cuyo objeto conviene precisar ya en este momento inicial. Dado el papel central que la interpretación del adverbio 'violentamente', como nota caracterizadora de la conducta base del alzamiento («alzarse *violenta* y públicamente para»), está llamado sin duda a desempeñar en la sentencia y en las valoraciones que se sucederán (sea cual sea el sentido del fallo), las páginas que siguen se centrarán de modo casi exclusivo en el análisis de este elemento típico.

Esta opción, y la de pretender llevarla a cabo con cierta profundidad, implica que deben quedar orillados de este trabajo aspectos del delito de rebelión merecedores *per se*, sin duda, de análisis detallados (como, por ejemplo, los problemas de imputación objetiva y, especialmente, subjetiva que pueden suscitarse en una figura como la que nos ocupa¹³). Y solo incidentalmente me podré referir a otros

https://www.peticion.es/legalidad_penal_y_proceso_independentista, o en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Legalidad-penal-proceso-independentista_6_706289383.html (9-11-2017) y «La banalización de los delitos de rebelión y sedición» (accesible en https://www.peticiones24.com/la_banalizacion_de_los_delitos_de_rebelion_y_sedicion?s=56611191 [6-11-2018], o en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/banalizacion-delitos-rebelion-sedicion_6_838226207.html [21.11.2018], e igualmente publicado en *Revista crítica penal y poder* nº 15, 2018, pp. 221-223). Como réplica al último de los citados se publica

«Banalización jurídica», difundido por *El Mundo* (<https://www.elmundo.es/opinion/2018/11/30/5c002e4ffdddf85068b4620.html> [30-11-2018]).

¹² Baste citar, por su indiscutible autoridad, a quien lo ha hecho de forma más vehemente: GIMBERNAT ORDEIG: «Sobre los delitos de rebelión y sedición», artículo de prensa publicado en *El Mundo* (29.11.2018, <https://www.elmundo.es/opinion/2018/11/29/5bfe9f09fdddf95068b4579.html>), abandonando expresamente su posición anterior expuesta en «¿Rebelión, sedición o ninguna de las dos?», *El Mundo* (12-12-2017, <https://www.elmundo.es/opinion/2017/12/12/5a2e845c268e3e92068b4589.html>), y últimamente, con otros argumentos, en 'De nuevo sobre el delito de rebelión', *El Mundo* (11.03.2019, <https://www.elmundo.es/opinion/2019/03/11/5c84f98421efa0151e8b4619.html>).

¹³ Solo por citar un aspecto concreto, como botón de muestra del cúmulo de cuestiones espinosas que rodean al delito de rebelión y a su aplicación en este caso concreto, podría mencionarse la discutible compatibilidad del dolo eventual con un delito de resultado cortado (*vid. infra*). Así, LUZÓN PEÑA, por ejemplo, considera que en los delitos de consumación anticipada en general se requiere dolo directo (*Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 162). Expresamente en relación con la Causa Especial 20907/2017, posicionándose en contra de la comisión del delito de rebelión a título de dolo eventual, *vid. GARCÍA ARÁN*, en «A vueltas con la violencia», *El País* 23-03-2019 (https://elpais.com/elpais/2019/03/22/opinion/1553281618_050479.html). En Alemania, en cambio, se admite unánimemente, por lo que alcanzo a ver, el dolo eventual para el equivalente al delito de rebelión, el *Hochve-*

de extraordinario interés, como la necesidad de delimitar adecuadamente la tipicidad cuando pretende asentarse sobre protestas colectivas en las que los ciudadanos ejercitan, incluso de modo abusivo, derechos fundamentales como los de reunión y manifestación, en un contexto que debe en todo caso analizarse a la luz de la doctrina del 'efecto desaliento' desarrollada por la jurisprudencia del TEDH y el TC.

Por otra parte, a pesar de que el delito de rebelión, sobre la base de la realización de la misma conducta típica, comprende todo un conjunto de conductas que se singularizan en función del fin que se persigue con el alzamiento violento (*para derogar, suspender o modificar la Constitución, destituir o despojar de sus prerrogativas y facultades al Jefe del Estado, disolver las Cortes Generales, etc.*) —cierta amalgama que debe tener en común el propósito de alterar el orden constitucional por métodos violentos¹⁴—, restringiré en buena medida estos comentarios al fin que sin duda reviste una mayor trascendencia, el de «[d]eclarar la independencia de una parte del territorio nacional» del apartado 5 del art. 472¹⁵.

Si bien es cierto que en la Causa Especial 20907/2017 el Ministerio Público acusa no solo por un delito de rebelión del art. 472.5, sino también de los apartados 1 («[d]erogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución») y 7 («[s]ustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno»), estas dos últimas variantes han carecido de substantividad propia a lo largo de la instrucción.

A pesar de que estas páginas, como cualquier estudio sobre una figura delictiva o alguno de sus elementos, aspira a proporcionar pautas hermenéuticas válidas con carácter general, resulta imposible sustraerse a los concretos hechos que se juzgan en la Causa Especial 20907/2017 y que motivan precisamente la actualidad del delito, la multiplicación de trabajos a la que antes se hacía referencia, y también, claro está, la redacción de estas observaciones. Eso sí, las consideraciones que se van a efectuar pretenden prudentemente circunscribirse, evitando todo condicionamiento extraprocesal, a los hechos tal y como aparecen indiciariamente reflejados

rrat gegen den Bund (alta traición contra la Federación) del § 81 I del *StGB* [«Será castigado a cadena perpetua o con una pena de prisión no inferior a diez años quien con violencia o mediante la amenaza de violencia (1) actúe para menoscabar la existencia de la República Federal de Alemania (...)»]. *Vid.*, por todos, PAEFFGEN, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch II*, 4ª ed. [NK⁴], Nomos, Baden-Baden, 2013, § 81 marg. 30; o ZÖLLER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch III*, 9ª ed. [SK-*StGB*⁹], Carl Heymanns Verlag, 2019, § 81 marg. 17. Sobre el dolo eventual y los actos preparatorios de la rebelión, *vid.* n. 133.

¹⁴ Sobre el bien jurídico, que puede identificarse con el ordenamiento constitucional democrático, *vid.* GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 136 y ss. *Vid.* también BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente», *op. cit.*, pp. 521 y ss.; REBOLLO VARGAS, «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico», *op. cit.*, pp. 146 y ss.; o SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

¹⁵ Sobre el delito de rebelión y el independentismo, *vid.* GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 215 y ss., y «La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada», *op. cit.*, *passim*. Sobre el apartado 5 del art. 472, en particular, *vid.* del mismo autor, «Delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 68 y ss., y SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

en las querellas del Ministerio Fiscal, los escritos de conclusiones provisionales de las distintas partes acusadoras y, fundamentalmente, en los autos del magistrado instructor (en especial el de procesamiento) y de la sala de recursos del Tribunal Supremo, sin entrar en modo alguno a valorar cómo va a desarrollarse ni cuál puede ser el resultado de la fase probatoria que, como he señalado *supra*, acaba de iniciarse en el momento de acabar de redactar estas líneas.

Por último, tampoco me ocuparé de otras posibles calificaciones delictivas que a juicio de las acusaciones podrían merecer los hechos objeto de este proceso: sedición cometido por autoridad pública (art. 544 y 545.1), planteada principalmente por la Abogacía del Estado y alternativamente al delito de rebelión también por la acusación popular; malversación de caudales públicos (como supuesto agravado del delito de rebelión del art. 473.2 —distracción de caudales públicos de su legítima inversión— o como delito autónomo del art. 432.1 y 3.a y b); desobediencia cometida por autoridad pública (art. 410.1), o, finalmente, el de organización criminal (art. 570 *bis*), esta última propuesta solo por la acusación popular¹⁶.

Tras unas precisiones iniciales destinadas a identificar el alzamiento con una conducta activa y descartar su compatibilidad con formas omisivas (2), los dos siguientes epígrafes se consagran a analizar las distintas posibilidades interpretativas en torno a las dos cuestiones centrales relativas a la violencia como elemento del tipo del delito de rebelión: su alcance como violencia física y/o psíquica (3) —variante esta última que, como se verá, se entenderá comprendida en el concepto en tanto suponga la amenaza inequívoca de una futura realización de actos de violencia física sobre las personas—, y la necesidad o no de su carácter armado (4), extremo cuya especial relevancia y carácter controvertido obliga a desgranar en detalle los variados argumentos esgrimidos al respecto (relación de la rebelión con la declaración del estado de sitio, la mención contenida en la STC 199/1987, su aparente incompatibilidad con la circunstancia agravatoria “esgrimir armas” del art. 473.2 Cp, la semiexcusa absolutoria del art. 480.2 Cp, o el contexto y origen marcial de la regulación del delito). En relación con lo anterior, la conclusión favorable a la exigencia del carácter armado de la violencia típica se verá reforzada al entenderse además como un elemento imprescindible para la idoneidad objetiva de la conducta para poner en peligro el bien jurídico protegido —el orden constitucional—, un argumento especialmente manejado por la doctrina alemana respecto del delito paralelo de *Hochverrat* del § 81 del *StGB* (5). A todo ello se añadirán algunas consideraciones sobre el *iter criminis* del delito de rebelión y, en especial, sobre el campo de juego del acto preparatorio de conspiración para la rebelión (6) y unas conclusiones finales (7).

¹⁶ Incluso de otras calificaciones que han quedado fuera de los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones, como la del delito de usurpación de atribuciones (art. 506 Cp), planteada por GONZÁLEZ CUSSAC, «Otro misterio en el proceso al 'procés'», en *El Español* 20-03-2019 (https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20190320/misterio-proceso-proces/384581541_12.html).

2. La violencia como complemento del alzamiento

'[V]iolenta[-mente]' es un adverbio de modo, que complementa el verbo típico 'alzarse' y cumple sintácticamente la función de indicar, en la formulación legal que nos ocupa, de qué manera debe cursar la conducta referida para llegar a adquirir relevancia penal. Ello lógicamente acarrea como consecuencia necesaria, como veremos, una restricción de la tipicidad (no interesa todo alzamiento, sino solo el que se manifiesta de forma violenta), a diferencia, por cierto, del otro adverbio presente en la descripción de la figura delictiva, 'públicamente', de escaso rendimiento práctico en esta dirección.

No obstante, con carácter previo al análisis de la clase o intensidad de la violencia determinante de la significación típica del hecho, procede detenerse, siquiera sea brevemente, en dicha acción definida por el verbo rector del art. 472. En este sentido, cabe señalar que 'alzamiento' es un sustantivo (como un levantamiento, una insurrección, una sublevación, una subversión u otros términos equivalentes) que denota inequívocamente un comportamiento activo¹⁷. Se trata, por consiguiente, de una caracterización incompatible con conductas omisivas, lo que podría excluir del ámbito de lo penalmente relevante actos de mera desobediencia o de resistencia pasiva no tanto —podría decirse— porque pueda faltar en ellos la violencia necesaria (*vid.*, más detalladamente, *infra*), sino por hallarse ya ausente en esos supuestos el substrato positivo que debe servirle de base: la violencia se predica de un alzamiento¹⁸.

A lo anterior debe añadirse además que, en cualquier caso, al caracterizarse como un delito de mera actividad¹⁹, la rebelión no puede verificarse en comisión por omisión, posibilidad que se reserva, como es sabido, para los delitos de resultado²⁰.

¹⁷ Muy claro en este sentido POLAINO NAVARRETE, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», en M. Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 567: «No se concibe la dinámica de la acción de 'alzamiento' con la observancia de una actitud meramente pasiva del sujeto», señalando enfáticamente que se encuentra «entre los aspectos de más inequívoco significado de la legislación penal» el de «consignar la exigencia de la ejecución positiva del comportamiento descrito», esto es, «requiere la forma de manifestación de voluntad de la persona a través de la adopción de 'actitudes positivas', que se traducen en un 'levantamiento'» (*vid.* igualmente en «Introducción a los delitos contra la Constitución. Rebelión» en *idem* [dir.], *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 424, y «Lo objetivo y lo subjetivo en la configuración del tipo de rebelión», *op. cit.*, p. 449.). *Vid.* también el auto 37/2014, de 24 de marzo, de la Sala civil y penal del TSJ de Cataluña: el alzamiento debe verificarse «mediante una actitud activa», ya que «es obvio que no pueden equipararse las conductas activas con las pasivas» (reiterado en autos 9/2015, de 8 de enero y 11/2016, de 1 de febrero).

¹⁸ Así, REBOLLO VARGAS, «Comentario al art. 472», en J. Córdoba Roda/M. García Arán (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 2.352 y s. En parecidos términos, QUERALT JIMÉNEZ, «¿Rebelión?, ¿qué rebelión?», en *El Nacional*, [13-12-2017] (https://www.elnacional.cat/es/opinion/joan-queralt-rebelion_220776_102.html) y «Hoy las acusaciones: la rebelión (I)», en *El Nacional* [2-11-2018] (https://www.elnacional.cat/es/opinion/joan-queralt-acusaciones-rebelion_320538_102.html).

¹⁹ *Vid.*, por todos, SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, p. 357: «[I]a inclusión de la rebelión en la categoría de delitos de mera actividad -hasta donde conozco- no es objeto de críticas»

²⁰ SILVA SÁNCHEZ afirma que: «[c]aracterizándose los delitos de mera actividad por la ausencia de un resultado trascendente que sea preciso vincular con la conducta a través de la relación de causalidad, se

No obstante, esta última afirmación, formulada en abstracto, requiere una apostilla vinculada a la concreta estructura típica que adopta la figura delictiva estudiada. Nos encontramos ante un delito de consumación anticipada, en el que el adelantamiento de la barrera de protección —al no requerir la perfección de la conducta típica la lesión efectiva del bien tutelado, sino ser suficiente con la ejecución de actos encaminados a producirla— responde a la propia naturaleza de las cosas (puesto que el triunfo de los rebeldes y la instauración de una nueva legitimidad conllevaría la pérdida de efectividad de la previsión legal)²¹. Y, más específicamente, dentro de los delitos de consumación anticipada, se presenta en la modalidad de delito de resultado cortado, al quedar supeditada la relevancia penal de la conducta al hecho de estar orientada a la materialización de un resultado ulterior que no forma parte del tipo —tendencia expresada a través del elemento subjetivo conectado con el fin de la rebelión: 'alzarse violenta y públicamente *para*'—²². Así las

comprende al pronto la inadecuación estructural de la comisión por omisión a las peculiaridades de la realización típica de estos delitos» (*El delito de omisión*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 351). En el caso del delito de rebelión, MAPELLI CAFFARENA, «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, p. 1.247, se muestra expresamente en contra de la admisión de la comisión por omisión.

²¹ Sobre este particular, *vid. infra* (apartado 5.1).

²² Refiriéndose al delito de rebelión, en concreto, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 434 y s. Coincide la doctrina mayoritaria (*vid. los autores citados por SANDOVAL CORONADO, El delito de rebelión, op. cit.*, p. 373, constituye «opinión dominante en la doctrina»). Quizá pudiera plantearse, aunque se trata de una cuestión —según alcanzo a ver— anecdótica en este contexto, una calificación distinta, dentro de las clasificaciones al uso entre los tipos que contienen elementos subjetivos, como un 'delito mutilado de dos actos', entendiéndose por tal aquel en el que la conducta típica constituye el medio para otro fin, que no consistiría tanto en la producción de un ulterior resultado, sino en una actuación posterior distinta de la conducta típica (así LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 159 y 224, y RAMOS VÁZQUEZ, «Delitos contra la Constitución: aspectos destacados del Título XXI del Código penal de 1995», en *AFDUDC* 10, 2006, pp. 883-908, p. 892).

Resulta tan desacertado como sorprendente, por cierto, el razonamiento contenido en el auto de 19 de enero de 2019 del TS —que resuelve los recursos presentados contra el auto de 27 de diciembre de 2018 que había desestimado la declinatoria de jurisdicción en la causa especial 20907/2017—, en el que se reprocha a las defensas un supuesto error («expresión de un desenfoque técnico acerca de la estructura de los tipos penales [...] que lastra de forma irreparable el discurso crítico de los recurrentes», FD 2.1) al identificar el delito de rebelión con un delito de mera actividad, lo cual, por cierto, constituye parecer doctrinal unánime, como se ha indicado *supra*, y resulta compartido asimismo por el magistrado instructor (auto de 21 de marzo de 2018). En cambio, según el TS, «el delito de rebelión (...) no es un delito de simple actividad. Es un delito de resultado cortado. La ausencia de este matiz conduce al equívoco de la defensa» (FD 2.1), lo que le sirve al tribunal para confirmar su competencia, en una singular versión de la teoría de la ubicuidad que haría prevalecer como lugar de comisión del delito no aquel en que se realizó efectivamente la acción (territorio catalán), sino aquel en el que debería haberse producido el resultado (todo el territorio español), pero no se produjo (al tratarse de un delito de resultado cortado). La Sala intenta reforzar su argumentación alegando que en el art. 23.3.c) de la LOPJ se prescinde «del 'lugar de comisión' de la acción cuando se trata de delitos de rebelión o sedición, en relación con los cuales atribuye siempre su conocimiento a la jurisdicción española, pues es el territorio español el escenario de su eventual resultado, por más que cortado» (FD 2.1). Pero, si así fuera en realidad, resultaría superflua dicha mención al delito de rebelión en el catálogo de infracciones en las que opera el principio real o de protección de intereses, porque si el delito de rebelión —según el razonamiento del TS— siempre se comete en territorio español, ya sería competente la jurisdicción española simplemente en virtud del principio de territorialidad: si algo explica el apoderamiento legal es precisamente porque el delito de rebelión puede no cometerse en territorio español (y, en nuestro caso, en *todo* el territorio español). Y aunque no sea posible ocuparse en profundidad en este momento de la controversia suscitada en torno a la cuestionada competencia del TS para conocer de dicha causa —a la vez, en otra línea argumental, presente en el auto de 27 de diciembre,

cosas, quizá cabría matizar que, no obstante tratarse de un delito de mera actividad, el hecho de que los delitos de resultado cortado requieran la concurrencia de una vinculación finalística con un resultado (no producido) puede hacerlos estructuralmente compatibles con la comisión por omisión (del mismo modo que ocurre con cualquier delito de resultado intentado). El escollo definitivo que veda dicha posibilidad en la legislación penal española procede fundamentalmente de la restricción legal operada por la cláusula de equivalencia del art. 11 del Cp, que limita la operatividad de la comisión por omisión a aquellos delitos que '*consistan en la producción de un resultado*', lo cual no es evidentemente el caso de un delito de mera actividad, en general, ni de un delito de resultado cortado, en particular, que no *consiste* en la producción del resultado hacia el que se endereza la conducta, porque el hecho de que finalmente se produzca o no es innecesario, como se ha dicho, para la consumación del delito. A ello se le suma, aquí particularmente, que el delito de rebelión se configura como un delito de resultado cortado de medios determinados (no un delito puro de resultado cortado, si se permiten ambas expresiones), es decir, no resulta típica cualquier conducta imaginable tendente a la consecución del resultado pretendido (y no alcanzado), sino que debe vehicularse exclusivamente a través de un medio muy preciso, un alzamiento violento, lo cual constituye un argumento incontrovertible que impide, más allá de la exigencia legal reseñada, que entre en juego la comisión por omisión.

Sin embargo, una cooperación necesaria en comisión por omisión por parte de quien pudiera encontrarse en una posición de garantía y no hiciera nada para intentar neutralizar la progresión de los alzados es la vía alternativamente planteada a la autoría omisiva («autores o cooperadores necesarios, por acción o por omisión») en el auto de procesamiento de 4 de abril de 2018 del JCI núm. 3, correspondiente al sumario 7/2018 de la Audiencia Nacional, contra el exmayor de los *Mossos d'Esquadra* y otros tres responsables del cuerpo policial (aunque la calificación es por sedición, la cuestión planteada a estos efectos es la misma, dada la común problemática que plantean ambas figuras delictivas en este punto; además, en el escrito de conclusiones provisionales de la Fiscalía de 2 de noviembre de 2018 se acusa a tres de ellos por rebelión)²³. Al margen de la dificultad apuntada para hacer conciliar dicha estructura con un 'delito de mera actividad con medios determinados', tal calificación debería sortear en este caso concreto el obstáculo específico del art. 412 Cp, que, a juicio de algunos autores, podría precluir la apreciación de una comisión por omisión en caso de no intervención policial ante la comisión de un delito.

se había mantenido que algunas partes del 'alzamiento violento' se habrían producido en el extranjero—, sí que resulta pertinente apuntar que la resolución citada intenta contraponer dos criterios clasificatorios de los tipos penales no excluyentes entre sí (uno en función del modo de comportamiento legalmente formulado, según se exija la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta o sólo se requiera la realización de esta última, por una parte, y otro distinto que parte de la caracterización de una subclase de tipos penales que contienen elementos subjetivos, atendiendo a la referencia sobre la que se proyecta la intención del autor, en este caso un fin ulterior hacia cuya consecución se encamina la conducta típica). En definitiva, el delito de rebelión es, a la vez, de mera actividad y de resultado cortado.

²³ POLAINO NAVARRETE, «Lo objetivo y lo subjetivo en la configuración del tipo de rebelión», *op. cit.*, p. 449, aunque sin precisar el título de intervención, se manifiesta favorable a su admisión, en caso de no evitación de la sublevación llevada a cabo por terceros, por parte de quien quebranta un deber jurídico de actuar.

3. Violencia física y psíquica contra las personas

Una de las cuestiones más debatidas en torno a la tipicidad objetiva del delito de rebelión es obviamente, como se ha señalado *supra*, la relativa al alcance que debe darse al concepto de violencia. Si bien constituye una referencia explícita novedosa, introducida durante la tramitación parlamentaria del Cp de 1995, lo cierto es que, bajo la legislación anterior, en las interpretaciones al uso de las formulaciones típicas equivalentes, ya se la consideraba como algo sobreentendido y consustancial a la idea misma de alzamiento.

El adverbio «violenta[-mente]», ausente del texto inicial del proyecto de ley orgánica que se convertiría en el Código vigente (limitado a la expresión «los que se alzaren públicamente»), fue incorporado a través de una enmienda presentada en el Senado por varios grupos que fue acompañada de un ilustrativo debate sobre los límites que debían atribuirse a la figura delictiva en cuestión²⁴. El texto procedía de una enmienda transaccional formulada en la Comisión de Justicia del Congreso por el diputado D. López Garrido (del grupo parlamentario federal IU-IC), acogiendo la propuesta de L. Olarte Cullén (Coalición Canaria), que no pudo ser votada en el Pleno de la Cámara Baja por el veto del grupo popular²⁵. Se trataba de disipar los temores de los grupos nacionalistas a que con la redacción original se pudiera llegar a calificar como delito de rebelión una declaración de independencia aprobada por un parlamento autonómico y, en consecuencia, considerar incluso como un acto preparatorio punible la realización de cualquier actividad tendente a la consecución de dicho objetivo de manera pacífica por parte de ciudadanos u organizaciones políticas democráticas²⁶. Por contra, paralelamente, el grupo mayoritario

²⁴ Se trata en realidad de tres enmiendas de contenido coincidente de las cuales se incorpora en su literalidad (intercalar 'violenta y' entre 'se alzaren' y 'públicamente') la presentada por el grupo parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (núm. 87). Las del grupo de *Convergència i Unió* (núm. 216) y de dos senadores del grupo mixto pertenecientes a IU-IC (núm. 29) proponían la fórmula 'con violencia y'. Fue rechazada una enmienda (núm. 259), de sentido análogo, presentada por otra senadora del grupo mixto, en este caso de *Eusko Alkartasuna*, que planteaba añadir al final apartado 5º el siguiente párrafo: «utilizando medios violentos en contra de la voluntad expresada democráticamente por los ciudadanos del territorio afectado». *Vid. Ley orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios II*, Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. 1.692, 1.743, 1.707, 1.753 y 1.949-1950.

²⁵ Para el debate en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso sobre este punto, *vid. Ley orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios I*, pp. 1.022-1.030 [la enmienda de D. López Garrido en p. 1.026]; para la sesión plenaria del Congreso, *vid. pp. 1.444-1.476*. Sobre el debate en la Comisión de Justicia del Senado, *vid. Trabajos parlamentarios II*, pp. 2.205-2.216; para la sesión del pleno de la Cámara Alta, *vid. Trabajos parlamentarios II*, pp. 4.863-4.875. En general, sobre el trámite parlamentario, *vid. LÓPEZ GARRIDO, D/GARCÍA ARÁN, M., El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, p. 195 [ambos autores se han manifestado en múltiples ocasiones y en distintos foros contra la calificación de los hechos del *procés* como un delito de rebelión al entender que no ha concurrido violencia típica]

²⁶ Especialmente insistente en este punto se mostró el diputado E. Olabarría Muñoz (grupo vasco-PNV), quien, a pesar de las intervenciones de otros grupos que, con afán tranquilizador, reiteraban que la violencia era consustancial a la idea de alzamiento (especialmente J.M. Mohedano Fuertes, del grupo socialista, o el mismo D. López Garrido), exigía con vehemencia una formulación inequívoca al respecto: «[q]uiero que quede claro que ninguna persona que proclame públicamente en cualquier circunstancia con relevancia pública, con transcendencia pública, la independencia de una parte del territorio nacional es comitente del delito de rebelión», o «yo quiero que se consagre en este momento, en virtud de la interpretación auténtica, la interpretación del legislador (...), que quede claro, por razones de seguridad jurídica». *Vid. Ley orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios I*, p. 1.026. En un primer momento, el grupo parlamentario vasco (PNV) en el Congreso defendía incluso la supresión del apartado 5º del artículo (enmienda núm. 102).

de la oposición se manifestaba en dirección diametralmente opuesta, alertando de lo que consideraban la grave desprotección que la nueva formulación típica y la desincriminación paralela de la rebelión sin alzamiento entrañaban para el bien jurídico protegido²⁷.

Ahora bien, dicha previsión genérica de violencia en el delito de rebelión, sin especificar las modalidades que pueden ser consideradas típicamente relevantes, resulta poco respetuosa con el mandato de taxatividad de las leyes penales y propicia posibilidades interpretativas dispares²⁸. La fijación de la significación típica de un término tan impreciso, producto de la improvisación con la que fue introducido durante la tramitación parlamentaria, requiere ser abordada con pautas hermenéuticas atentas a las finalidades de protección de la norma.

Cuando el legislador hace uso del término ‘violencia’ para definir una conducta punible, se interpreta, con carácter general, que hace referencia exclusivamente a la violencia física ejercida contra las personas (*vis corporis corpora afflicta*), puesto que habitualmente aparece emparejada con la ‘intimidación’ (*vis compulsiva*), como conceptos claramente diferenciados. Eso es lo que ocurre, por ejemplo y entre muchos otros, en los delitos de agresiones y abusos sexuales (art. 178 y 181.1) o al tipo agravado de allanamiento de morada (art. 202.2). Idéntica consecuencia se extrae cuando se habla de violencia ‘física o psíquica’ separadamente, como en el delito de malos tratos habituales (art. 173.2), o cuando adicionalmente a

Por las mismas razones, el grupo catalán (CiU) había presentado una enmienda tendente a explicitar el carácter armado del alzamiento (los que se «alzaren públicamente en armas» [núm. 1.164]), y una diputada del grupo mixto, perteneciente a ERC, proponía la adición de la cláusula siguiente en ese mismo apartado: «salvo el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos conforme al Derecho Internacional» (enmienda núm. 196). *Vid. Ley orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios I*, pp. 139, 165 y 405.

²⁷ *Vid.* las intervenciones del senador del grupo popular E. González Pons en ese sentido en pleno y comisión, respectivamente: «[añadir la referencia a la violencia] debilita la protección que el Código penal otorga a la vigencia de la Constitución, porque la deja inerte frente a los ataques que se pudieran producir sin violencia pero con igual peligro», por lo que «hemos creado un peligro cuyo alcance en este momento no se le debe escapar a nadie» (*Trabajos parlamentarios II*, p. 2.211; *vid.* también pp. 2.464-2.467 y 2.471-2.472), llegando a afirmar que algunos pronunciamientos militares del s. XIX en los que no hubo violencia física actualmente no serían delito (p. 2.465). Su compañero de filas en el Congreso, el diputado popular F. Trillo-Figueroa Martínez-Conde llegó a lamentar en el trámite de aprobación del proyecto en el Congreso antes de mandarlo al Senado que «declarar la independencia de una parte del territorio nacional debe ser delito», sin más (*Vid. Trabajos Parlamentarios I*, p. 1.476).

Coincide en ese diagnóstico FERNÁNDEZ RODERA, «Rebelión (artículos 472 a 484)», en M. Gómez Tomillo /A. Javato Martín (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Vol. 6, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, que tacha la modificación de «añadido inquietante» (pp. 48-49), «puesto que se despoja de protección penal a una de las bases esenciales del ordenamiento constitucional». *Vid.* del mismo autor, «Los delitos de rebelión y sedición», en *Diario La Ley* n° 4.014 (12-04-1996). En el mismo sentido, ya con la mirada puesta en el *procés* independentista catalán, achacando a dicho cambio su atipicidad como delito de rebelión, MANZANARES SAMANIEGO, «El Código penal en el proceso independentista de Cataluña», *Diario La Ley* n° 9.601 (16-10-2017). Crítico con lo que supone «exagerar los riesgos de una desprotección del bien jurídico inherentes a una excesiva restricción de la acción típica» y minimizando, a la vez, el alcance efectivo del añadido, TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 472», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2016, p. 1.592.

²⁸ Sobre las dificultades que genera la polisemia del término y la necesidad de transitar hacia un significado generalizable para todos los delitos violentos, *vid.* SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, *passim*. Más recientemente, BAGES SANTACANA, «Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia», en *RECPC* 2018 n° 20-20, *passim*.

la ‘violencia’, se agrega la ‘amenaza’, como en el delito de aborto (art. 172), e, incluso cuando, añadidamente a la violencia o intimidación en las personas, se pretende tomar en consideración la ‘fuerza en las cosas’ (*vis in rebus*), como es el caso de los delito de robo (art. 237) o de quebrantamiento de condena (art. 469). A partir de esta constatación, algunos autores, apelando principalmente a razones de legalidad, sostienen que, al aludir única y exclusivamente a la ‘violencia’ sin más aditamentos, el art. 472 circunscribe el radio de la acción típica a la *vis* física contra las personas, pues si el legislador hubiera querido atribuir relevancia a una clase de violencia distinta, se habría referido a ella expresamente, tal y como sucede con carácter general para otros delitos²⁹.

Frente a este entendimiento, que podríamos denominar restrictivo, la doctrina ampliamente mayoritaria se inclina, en cambio, por añadir a dicho ejercicio directo de *vis* física la violencia intimidatoria. Desde esta perspectiva, para expresarlo en palabras de TAMARIT SUMALLA, «deberá entenderse que el alzamiento es violento siempre que vaya acompañado del ejercicio de *vis* física directamente contra las personas (...) o que expresamente o con actos concluyentes se intimide a los poderes legalmente constituidos a que se refiere el artículo 472 con la amenaza de usar la fuerza para conseguir los fines previstos en la citada norma»³⁰.

²⁹ Especialmente REBOLLO VARGAS, quien, además de razones estrictas de legalidad (llega a considerar que un entendimiento más amplio constituye, no ya una interpretación extensiva del término, sino una analogía prohibida; *vid.* «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 2.352), sostiene, desde el punto de vista de la afección al bien jurídico, que la amenaza de usar la fuerza carece de «la entidad lesiva necesaria para evidenciar la antijuridicidad material de este delito» (*vid.* «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y sedición», *op. cit.*, pp. 170 y s.). Opta igualmente por este concepto estricto de violencia, RAMOS VÁZQUEZ, «Delitos contra la Constitución: aspectos destacados del Título XXI del Código penal de 1995», *op. cit.*, p. 892, aludiendo igualmente a exigencias de legalidad. De acuerdo y por eso mismo defendiendo la atipicidad de los hechos del *procés* a los efectos del tipo de rebelión, ÁLVAREZ GARCÍA, «Rebelión, sedición o fracaso político», en *eldiario.es* [25-03-2018] (https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Rebelion-sedicion-fracaso-politico_6_753884610.html), o en «Sobre la violencia en el delito de rebelión», en *El Confidencial* [21-11-2018] (https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2018-11-21/violencia-delito-rebelion-codigo-penal_1658014/), o QUERALT JIMÉNEZ, «Ni rebelión ni prisión: solo libertad», en *El Nacional* [3-11-2017] (https://www.elnacional.cat/es/opinion/joan-queralt-ni-rebelion-ni-prision-solo-libertad_209088_102.html), y en «¿Rebelión?, ¿qué rebelión?», *op. cit.* *Vid.* también MANZANARES SAMANIEGO, «El Código penal en el proceso independentista de Cataluña», *op. cit.*, p. 4 (aunque manifestándose a favor de la interpretación extensiva, en cambio, en *Comentarios al Código penal*, 2016, p. 1.456).

³⁰ *Vid.* «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 1.593. Comparten esta posición CUGAT MAURI, «La violencia como elemento del delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 575 y s.; GARCÍA RIVAS, «Delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 60 y s.; GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra la Constitución. Rebelión», en M. Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 1.000; LAMARCA PÉREZ, «Delitos contra la Constitución», en *eadem* (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 928; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Delitos contra la Constitución. Rebelión», en F. Molina Fernández (coord.), *Memento Penal 2019*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, marg. 17.412; MAPELLI CAFFARENA, «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 1.249 y s.; MORILLAS CUEVA, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», en *idem* (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., 2016, p. 1.249; PÉREZ DEL VALLE, «Rebelión y violencia (Reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el ‘caso del 1 de octubre’ de 2017)», *op. cit.*, pp. 4 y ss.; POLAINO NAVARRETE, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», *op. cit.*, p. 568, y «Lo objetivo y lo subjetivo en

Para llegar a esta conclusión, el autor citado se apoya en dos argumentos de corte sistemático. El primero descansa en la existencia de dos circunstancias agravatorias del art. 473.2 (esgrimir armas y existencia de combate) y en la referencia a ‘romper el fuego’ del art. 479 Cp como un acto posterior al momento en que se manifiesta la rebelión³¹. Sin embargo, de esos datos no se infiere inevitablemente la admisibilidad de la violencia intimidatoria como medio comisivo del tipo básico del art. 472: a lo único que obliga la referencia a las armas de las dos circunstancias mencionadas en el art. 473.2 (que algunos autores, como veremos *infra*, consideran expresiones sinónimas) es a considerar que la violencia propia de la modalidad básica deberá ejercerse sin el *uso efectivo* de armas (ni para exhibirlas intimidatoriamente ni para atacar con ellas), pero no conduce necesariamente a prescindir de la exigencia exclusiva de violencia física³²; tampoco tendría el efecto de franquear la puerta de entrada del tipo básico a la *vis* psíquica la locución ‘romper el fuego’, una vez ya manifestada la rebelión, del art. 479, que solo implica la previa relevancia penal de una rebelión punible en la que todavía no se ha hecho un *uso efectivo* de las armas (de que se puede disponer), pero, nuevamente, permitiría dejar circunscrita la modalidad básica al ejercicio de violencia física contra las personas.

El segundo argumento que avalaría el concepto amplio de violencia se explica por entenderlo más coherente con lo establecido en los art. 489 (uso de violencia o intimidación contra el rey y otros miembros de la familia real) y 503-504 (violencia o intimidación contra determinados órganos e instituciones del Estado) del Cp: si se ha considerado penalmente relevante la violencia intimidatoria para esos otros delitos ubicados en el mismo Título XXI del Código penal (‘Delitos contra la Constitución’), se presupone que también debe entrar en juego en el caso de la rebelión. No obstante, se trata de un razonamiento de doble dirección, susceptible de ser utilizado, quizá con mayor razón, como aval de la posición justamente contraria, puesto que se puede argüir que del mismo modo que se recoge expresamente la referencia a la *vis* psíquica en esas otras infracciones (y algunas otras, podría añadirse, como las de los arts. 498 o 522, por ejemplo), si en el delito de rebelión «el legislador hubiera querido referirse a la intimidación [también] lo hubiera hecho»³³.

En cambio, sí que resulta convincente, a favor de la interpretación extensiva y

la configuración del tipo de rebelión», *op. cit.*, p. 449; QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Constitución y la Corona», en *idem* (dir.), *Compendio de la Parte Especial del Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2016, p. 476 (la violencia «aparece en el momento en que se produce la ostentación de fuerza y la disposición a usarla»); SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 334 y s.; TERRADILLOS BASOCO, «Rebelión», en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 1.061.

³¹ *Vid.* «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 1.593.

³² Y siempre que no sea ‘grave’, puesto que dicho dato constituye una circunstancia agravatoria distinta del 473.2; en todo caso, de la interpretación de los ámbitos de aplicación de la modalidad básica y agravada me ocupo *infra*.

³³ Así, REBOLLO VARGAS, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 2.352.

desde una perspectiva teleológica, advertir los riesgos de desprotección que conllevaría la asunción de un concepto restrictivo de violencia que la dejara reducida a la *vis física*³⁴. Efectivamente, piénsese en el caso de sublevaciones incruentas, en las que no se llegan a registrar episodios de violencia física contra las personas, porque los insurgentes no encuentran resistencia, que de otro modo devendrían atípicas. Como apunta certeramente BAGES SANTACANA, «[d]ifícilmente podría decirse que un golpe de Estado en el que el ejército se ha desplegado por todo el territorio y ocupado las calles, las principales infraestructuras de transporte y comunicación y las sedes de la mayoría de poderes públicos, no ha generado un riesgo jurídico-penalmente relevante para el orden constitucional por la circunstancia de no haberse materializado ningún acto de violencia física. Para que una sublevación militar de estas características amedrente gravemente a los representantes del poder legalmente constituido, ni siquiera sería necesaria una verbalización o explicitación del anuncio del mal»³⁵. Es más, expresándolo con palabras del mismo autor, «[p]uede implicar una amenaza superior para el sistema constitucional un levantamiento militar sin violencia física (...) que otro escasamente secundado, de carácter marginal, y fácilmente erradicable, aunque en él se haya ejercido violencia física sobre algunas personas»³⁶. Esto es, la constatación desde el prisma de las finalidades de tutela del bien jurídico de que el medio comisivo de la violencia psíquica puede representar un ataque potencialmente incluso de mayor entidad que la física y la evidencia de que se trata de una manifestación recurrente en no pocas rebeliones (pronunciamientos militares) de nuestra historia moderna y contemporánea (a menudo con desenlace exitoso para los sublevados), desaconseja abrazar una noción cicatera de ‘violencia’ que prive al bien tutelado del refuerzo penal imprescindible para hacer frente a esa modalidad de puesta en peligro³⁷.

El caso del golpe de estado frustrado del 23-F resulta muy elocuente al respecto, puesto que eso fue exactamente lo que aconteció: un alzamiento esencialmente caracterizado por la intimidación, ya que ni en la irrupción de un contingente de agentes armados de la Guardia Civil en el Congreso (si bien se efectuaron disparos de metralleta, no iban dirigidos a los diputados, sino que los proyectiles impactaron en el techo del hemiciclo) ni en el despliegue de tropas por las calles de la ciudad de Valencia se registró un solo episodio de violencia física³⁸.

³⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, pp. 1.592 y s.

³⁵ Vid. «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 559.

³⁶ *Ibidem*. Vid. en idéntico sentido, entre muchos, MORILLAS CUEVA, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», *op. cit.*, p. 1.249; o SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 333 y ss.

³⁷ En el caso de la figura equivalente en la legislación penal alemana, el *Hochverrat gegen den Bund* (alta traición contra la Federación) del § 81 I *StGB*, se admite expresamente la modalidad comisiva de la violencia psíquica: «Será castigado a cadena perpetua o con una pena de prisión no inferior a diez años quien con violencia o mediante la amenaza de violencia (1) actúe para menoscabar la existencia de la República Federal de Alemania (...).».

³⁸ SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 333 y s. y 336 y s. Para lo que aquí interesa, en la STS de 22 de abril de 1983 (Caso del 23-F) se afirma que «la violencia [*scil.* aquí entendida como violencia física], no es requisito indispensable de la rebelión, pudiéndose pactar y llevar a cabo de modo incruento sin que, por ello, se destipifique el comportamiento de los agentes, lo que enseña la

Se trata de un parecer, por lo demás, acogido por las escasas resoluciones recaídas bajo la vigencia del actual art. 472 Cp. Especialmente esclarecedor se muestra el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala Civil y Penal (Sec. 1ª), en el auto 2.011/2015, de 1 de marzo: «Debiendo catalogarse el alzamiento como violento, según generalizada opinión, cuando vaya acompañado del ejercicio de la fuerza física, *o cuando el empleo de ésta, de resultar necesario de cara a la consecución de alguno o algunos de los fines indicados en la norma penal, constituya una seria y fundada amenaza, por estar dispuestos los alzados a conseguir aquéllos a todo trance, recurriendo inclusive, de así resultar preciso, a la utilización o al uso de la misma*» (razonamiento jurídico primero, cursiva añadida).

En todo caso, la *vis* psíquica debe traducirse en una amenaza seria, fundada e inequívoca de utilización de la fuerza, bien expresamente manifestada —por ejemplo, a través de una declaración verbal explícita—, bien a través de actos concluyentes —sacando las tropas a la calle—, que revele una predisposición clara a recurrir a la misma en caso de necesidad³⁹. Esto es, se trata de una amenaza que se hará realidad de un modo inminente si los representantes del poder legítimo del Estado no se allanan a las pretensiones de unos sublevados que se muestran dispuestos a alcanzar sus objetivos «a todo trance» (latiguillo, éste último, recurrente en el abordaje de esta figura delictiva). El riesgo de materialización de la violencia física con la que se amenaza debe resultar constatable objetivamente *ex ante* a partir de los datos conocidos sobre la génesis, naturaleza y características del alzamiento y del contexto en el que se produce. Y debe alcanzar una eficacia e intensidad en términos de idoneidad (*vid. infra* 5.3) equivalente a la que pudiera representar la violencia física.

Por dicha razón resulta del todo inapropiada a estos efectos para el caso de la rebelión la que se ha venido llamando 'intimidación ambiental', aplicada en la STS 161/2015, de 17 de marzo (*Caso Aturem el Parlament*) para el delito de coacciones a parlamentarios del art. 498 Cp, al considerar que el «clima coactivo» o «atmósfera intimidatoria» creada por los manifestantes concentrados en las inmediaciones de la asamblea legislativa catalana habría sido eficaz para coaccionar a sus miembros⁴⁰.

historia patria, donde han abundado los pronunciamientos o sublevaciones sin violencia ni efusión de sangre», puesto que «lo que se proyecta y conviene como incruento, se torna violento y belicoso tan pronto se ofrece resistencia u oposición a los planes de los rebeldes, los cuales nunca pueden aseverar —dado que el futuro no se puede predecir por los humanos— que su alzamiento, con toda seguridad, será incruento, sin víctimas y sin derramamiento de sangre» (considerando 11º).

³⁹ Como señala BAGES SANTACANA, para intimidar gravemente a las autoridades legítimas, en el caso de una sublevación militar en ocasiones ni siquiera sería necesaria una explicitación del anuncio del mal, pudiendo consistir simplemente en una intimidación ambiental cuando surja del propio contexto en el que se produce el alzamiento («El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 559).

⁴⁰ *Vid.*, muy críticamente, con sólidos argumentos, PAREDES CASTAÑÓN, «Tipicidad y atipicidad en el caso de coacciones a parlamentarios (art. 498 Cp): comentario sobre el caso 'Aturem el Parlament'», en Bacigalupo Saggese et al. (coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, pp. 1.233-1.256, pp. 1.252 y ss. (califica el argumento de 'intimidación ambiental' de «puro humo»).

Ahora bien, la violencia física (o psíquica) de la rebelión no puede consistir en la irrogación (o la amenaza de irrogación) de cualquier mal. No solo razones de legalidad, sino de lesividad (ligadas a la exigencia de un nivel de violencia idóneo para poner en peligro el objeto de protección, *vid. infra*) y proporcionalidad (atendido el elevadísimo marco penal que lleva aparejado) aconsejan en nuestro caso acoger un concepto de violencia considerablemente más restringido que el correspondiente a figuras delictivas en que se protegen bienes jurídicos individuales, como es el caso del delito de coacciones⁴¹. Por eso, el discutidísimo desbordamiento que ha experimentado el concepto en el delito genérico de coacciones del art. 172 Cp, en un paulatino ensanchamiento de su significado elocuentemente denominado ‘proceso de espiritualización o volatilización’ de la violencia, no puede servir de modelo en el caso de la rebelión⁴². Así, para el art. 472 Cp solo devendrá típica la violencia que se proyecte sobre bienes jurídicos de carácter personal, especialmente la vida y la salud individual. Esto es, el alzamiento para ser violento requiere la producción efectiva de conductas que, autónomamente consideradas, puedan constituir delitos de homicidio (o asesinato) o de lesiones dirigidos a alcanzar los objetivos de los sublevados, o bien la amenaza fundada y seria de cometer esa clase de delitos⁴³.

Por otra parte, la violencia física que se ejerce (o con la que se amenaza) requiere acometimiento, esto es, un ataque o agresión corporal a la víctima de forma directa, con las propias fuerzas, o indirecta, utilizando algún instrumento. Es decir, necesariamente debe tratarse de una conducta activa, interpretación que viene reforzada, como se ha apuntado *supra*, por el sustantivo al que va anudado dicha forma violenta de conducirse, que es el alzamiento. ‘Alzamiento violento’ es una expresión que no se compadece con comportamientos pasivos, como la desobediencia, la insumisión, la insubordinación, etc., esto es, la mera negativa a cumplir

⁴¹ Sobre ese punto con respecto al *Hochverrat* del § 81 I del *StGB* reina la unanimidad entre la doctrina alemana: *vid.* FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66ª ed. [*StGB*⁶⁶], C. H. Beck, Múnich, 2019, § 81 marg. 6a; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed. [*Lackner-Kühl*²⁹], C. H. Beck, Múnich, 2018, § 81 marg. 5; LAMPE/HEGMANN, *Münchener Kommentar Zum Strafgesetzbuch* III, 3ª ed. [*MüKo*³¹], C. H. Beck, Múnich, 2017, § 81 marg. 5; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* IV, 12ª ed. [*LK*¹²], De Gruyter Recht, Berlín, 2006, § 81 marg. 14 y 17; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil* II, 10ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2012, p. 383; PAEFFGEN, *NK*⁴, § 81 marg. 13; SONNEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* III [*AK*], Luchterhand, Múnich, 1986, § 81 marg. 28-30 (a favor de una interpretación restrictiva del concepto de violencia en general); STERNBERG/LIEBEN, *Schönke/Schroeder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed. [*Sch-Sch*³⁰], C. H. Beck, Múnich, 2019, § 81 marg. 4; ZÖLLER, *SK-StGB*⁹, § 81 marg. 13. El concepto de violencia en el *Hochverrat* se interpreta como en el delito de coacción a los órganos constitucionales (*Nötigung von Verfassungsorganen*) del § 105 *StGB*: *vid. infra* 5.2.

⁴² *Vid.*, sin embargo, MAPELLI CAFFARENA, quien opina que, si no ha ocurrido lo mismo, esa ampliación progresiva del concepto de ‘violencia’ por parte de la jurisprudencia, con respecto al delito de rebelión, se ha debido simple y llanamente a la falta de aplicación de este tipo penal («El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 1.248 y s.).

⁴³ *Vid.* BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 558.

una ley o una orden de la autoridad⁴⁴. Como ya se apuntaba *supra*, resulta semánticamente incompatible con conductas de resistencia pasiva, como por ejemplo la que se deriva de la ocupación de espacios que pueda redundar en situaciones de bloqueo (así, un muro humano o una sentada para cortar una calle, el acceso a un edificio o una vía de comunicación) —con independencia de que pudieran encontrar acomodo en otras tipologías delictivas distintas a la rebelión—, máxime cuando se desarrolle en el contexto del ejercicio de derechos fundamentales como el de reunión y manifestación. Por su parte, la *vis* psíquica también debe comportar la amenaza del ejercicio de una violencia activa.

Doctrina y jurisprudencia alemana discuten sobre la relevancia penal de una huelga general o masiva para el delito de *Hochverrat* del § 81 del *StGB*, considerándose por lo general que solo se podría dar muy excepcionalmente, como por ejemplo en el caso una de huelga ilegal en sectores claves, que sea capaz de poner en peligro la vida de las personas (colapso de servicios hospitalarios, desabastecimiento de alimentos y servicios esenciales como la luz o el gas, etc.)⁴⁵.

Dicho esto, cabría añadir que la fuerza sobre las cosas (*vis in rebus*) no puede constituir por sí misma ‘violencia’ típica, es decir concurrir como medio comisivo autónomo, en relación con el delito de rebelión. Solo procede tomarla en consideración si constituye un medio a través del que se pone claramente de manifiesto una intimidación sobre las personas. Esto es, únicamente si se recurre a ella instrumentalmente con el propósito de evidenciar la disposición de los insurgentes a ejercer la violencia física sobre las personas⁴⁶.

Por eso, en la Causa Especial 20907/2017 no pueden tener relevancia a los efectos del delito de rebelión, por ejemplo, los daños de autoría desconocida infligidos a los vehículos de la guardia civil aparcados en las inmediaciones de la *Conselleria d’Economia* a lo largo de la jornada del 20 de septiembre.

⁴⁴ *Vid.* el auto del TSJ de Cataluña 37/2014, de 24 de marzo, donde se considera que «es obvio que no pueden equipararse las conductas activas con las pasivas». Y, nuevamente, en los autos 19/2015, de 8 de enero, y 697/2015, de 2 de noviembre

⁴⁵ *Vid.*, por ejemplo, FISCHER, *StGB*⁶⁶, § 81 marg. 6a; LAMPE/HEGMANN, *MüKo*³, § 81 marg. 8; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹², § 81 marg. 27; PAEFFGEN, *NK*⁴, § 81 marg. 20; SONNEN, *AK*, § 81 marg. 25 y ss. En un sentido muy similar, *vid.* el concepto manejado en el informe de la comisión especial para la reforma penal sobre el proyecto de la 8ª ley de modificación de la legislación penal (*BT-Drucksache* V/2860, *Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode*, Bonn, 1968, p. 3), que hace suyo el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal: en adelante *BGH*) en su sentencia de 23 de noviembre de 1983 (3 StR 256/83 [S]; *BGHSt* 32, 165), sobre el *Caso Schubart* (*vid. infra* 5.2): «en un caso de huelga solo puede afirmarse que concurre violencia cuando sus repercusiones equivalen al uso de violencia física, cuando como por ejemplo a través de la paralización del abastecimiento de alimentos, agua o energía se pone en peligro la existencia física de la población».

⁴⁶ De esta opinión GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra la Constitución. Rebelión», *op. cit.*, p. 1.000; o POLAINO NAVARRETE, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», *op. cit.*, p. 568 BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 558. *Vid.* también, en la doctrina alemana, entre muchos, LAMPE/HEGMANN, *MüKo*³, § 81 marg. 7; SONNEN, *AK*, § 81 marg. 33; o STERNBERG/LIEBEN, *Sch-Sch*³⁰, § 81 marg. 4. En contra, de entrada, PAEFFGEN, *NK*⁴, § 81 marg. 23 (solo excepcionalmente cuando lesiona la vida o salud individual de las personas —ataque con gas sarín en el metro de Tokio en 1995- o cuando lo pone seriamente en peligro -huelga masiva de personal hospitalario—).

En sentido opuesto, MAPELLI CAFFARENA propone un concepto tan amplio de violencia que en la práctica conduce a su evaporación, al hacerla equivalente, en definitiva, a la utilización de vías manifiestamente ilegales⁴⁷. Así, considera que serían parangonables a la violencia física en cuanto a gravedad y eficacia, ejemplificativamente, los ataques al bien tutelado perpetrados «mediante el fraude de ley o la intimidación empleando las redes, interrumpiendo las comunicaciones de las estructuras críticas del país, divulgando *fake news* potencialmente capaces de provocar el levantamiento de un sector de la sociedad o, por supuesto, organizando estructuras subvencionadas de movilización social para incorporarla a un previsible programa de resistencia popular»⁴⁸.

Se trata de supuestos muy heterogéneos, algunos de los cuales pueden entrar efectivamente en el perímetro de relevancia penal de la rebelión atendida la caracterización del concepto de violencia que se ha acogido en este trabajo. Así, la intimidación mediante el uso de las redes sociales puede devenir naturalmente típica si reúne los requisitos que se han exigido para la misma con carácter general. Y lo mismo podría ocurrir en su caso con la difusión de noticias falsas potencialmente aptas para suscitar un levantamiento, pero no como comportamiento violento *per se* (como sugiere el autor mencionado), sino únicamente como acto preparatorio punible de la provocación a la rebelión del art. 477 del Cp. No sería el caso, en cambio, de la interrupción de las comunicaciones por sí misma, posibilidad vedada por la existencia en el art. 473.2 del Cp de una circunstancia agravatoria referida específicamente a dicha situación (cuando la rebelión “hubiese [...] cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase”), y que, según entiendo, no introduce por sí misma la violencia en la realización típica, sino que se limita a añadir un plus de desvalor (del mismo modo que la distracción de caudales públicos para sufragarla o la causación de estragos en bienes públicos y privados) a un alzamiento violento preexistente.

Considerar modalidades típicas de alzarse violentamente el fraude de ley o un programa de movilizaciones populares no supone una interpretación extensiva del tipo del art. 432, sino analogía prohibida *in malam partem*, y en la práctica equivale a insuflar vida ultraactiva a una disposición que lleva derogada casi un cuarto de siglo, el art. 217.1 del anterior Código penal, en el que se castigaba la rebelión sin alzamiento (y en su apartado tercero, «cualquier atentado contra la integridad de la nación española o la independencia de todo o parte del territorio» no recogido en otros preceptos del Cp). Es importante insistir en que en el delito de rebelión no se castiga cualquier conducta tendente a la proclamación de la independencia de una

⁴⁷ Sin embargo, en «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 1.242 y s., parece apuntar en otra dirección: «Es evidente que los rebeldes rompen con la legalidad, pero esta circunstancia nos parece insuficiente para considerar consumado el delito. La mera ruptura con el ordenamiento jurídico o la mera desobediencia aun con la finalidad de alcanzar determinados objetivos tienen todavía escasa relevancia como para merecer unas penas tan graves». A la par, postula este autor un vaciamiento de la exigencia de que el alzamiento sea público, al mantener que «es más razonable entender por pública, no la rebelión que se hace con publicidad o con conocimiento del público, sino aquella que afecta a la *res publica*» (p. 1.247), lo cual convierte el adverbio *es* superfluo, ya que por definición toda rebelión, atendiendo al bien jurídico tutelado, afecta a la cosa pública.

⁴⁸ *Vid.* «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, p. 1.250.

parte del territorio, ni siquiera cuando se lleva a cabo a través de vías ilegales (lo cual, por cierto, puede ser constitutivo de otras figuras delictivas), sino única y exclusivamente la persecución de dicho objetivo a través de un alzamiento violento. Se castiga con una pena tan elevada precisamente por la gravedad de los medios comisivos empleados para alcanzar un objetivo al que legítimamente se puede aspirar utilizando medios legales.

Es importante destacar, por último, que no debe confundirse la concreta violencia ejercida con el efecto coercitivo que con ella se pretende conseguir. La violencia (física o psíquica) puede recaer directamente sobre las personas que representan los poderes legítimos del Estado (sobre miembros del ejecutivo o del legislativo a los que se amenaza con acabar con su vida⁴⁹), pero también se puede utilizar de un modo indirecto, actuando sobre terceros (por ejemplo, toma de ciudadanos ajenos al conflicto como rehenes amenazando con matarlos si el gobierno no acepta las condiciones de los rebeldes). Debe distinguirse claramente el destinatario de dichos actos de violencia (los sujetos pasivos de la acción violenta) con el destinatario del efecto coercitivo que se genera con ella, que debe proyectarse sobre el Estado (los órganos constitucionales o las personas que encarnan la autoridad del Estado, según sea el caso)⁵⁰. Como se verá (*infra* 5.3), lo que resulta determinante para la tipicidad de la violencia es calibrar hasta qué punto resulta idónea para alcanzar el resultado ambicionado por los rebeldes (por ejemplo, la independencia de una parte del territorio) obligando al Estado a claudicar.

Por lo que respecta a la Causa Especial 20907/2017, en el auto de 9 de noviembre de 2017, de admisión de la querrela, se considera que son «una clara y plural expresión» de violencia: «La ocupación organizada de calles por centenares de tractores; incluyendo el bloqueo del edificio de la Delegación del Gobierno en Cataluña; el asedio de edificios pertenecientes a la Administración del Estado; el aislamiento de agentes o de la comisión judicial que realizó el registro de la Consejería de Economía; el impedimento por numerosos individuos de que se realizara el registro en la entidad Unipost; el asedio de los hoteles donde se alojaban los integrantes de las fuerzas del orden; los cortes de carreteras y barricadas de fuego; las amenazas a los empresarios que prestaran soporte a los servicios del Estado; o algunas de las murallas humanas que defendían de manera activa los centros de votación, haciendo en ocasiones recular a los cuerpos policiales, o forzando a estos a emplear una fuerza que hubiera resultado innecesaria de otro modo (...) las barricadas que se levantaron para proteger esos mismos centros de votación o el apedreamiento de algunos vehículos policiales, o incluso la destrucción total y vandálica de varios automóviles de la dotación policial» (razonamiento jurídico noveno).

De los episodios narrados y de acuerdo con lo que se propone en este trabajo, podrían ser constitutivos de *vis física* a los efectos del delito de rebelión las lesiones infligidas a agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad especialmente durante la jornada del 1-O (relacionadas en el antecedente 37 del auto de procesamiento; y de las que deberían restarse las causadas por el

⁴⁹ En el caso del 23-F se habría dado esa violencia directa.

⁵⁰ Claramente en LAMPE/HEGMANN, *MüKo*³, § 81 marg. 6 y 9; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹², § 81 marg. 18 y ss; PAEFFGEN, *NK*⁴, § 81 marg. 17 y 22; SONNEN, *AK*, § 81 marg. 32; o ZÖLLER, *SK-StGB*⁹, § 81 marg. 13-14.

ejercicio de la propia fuerza y las producidas por la violencia puramente reactiva —'parar el golpe'— de los ciudadanos para neutralizar la violencia policial de la que a su vez eran objeto), el lanzamiento de objetos en algunos registros del 20-S o el apedreamiento de vehículos policiales (siempre que se dirigieran en ambos casos contra personas), etc. Por otra parte, deberá valorarse si todo ese cúmulo de hechos u otros tienen virtualidad como *vis compulsiva* en el sentido expresado *supra*: como amenaza de violencia física contra las personas.

Lo que se ha señalado anteriormente respecto de la distinción entre destinatarios de la violencia y destinatarios de su efecto coercitivo resulta de suma importancia en esta causa: incluso llegándose a probar la realización de actos de violencia física o psíquica directamente ejercidos contra miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad o contra los funcionarios de la administración de justicia que les impiden o dificultan cumplir un mandato judicial (en los hechos de los días 20 de septiembre y 1 de octubre, respectivamente), por sí solos no serían suficientes para colmar la tipicidad del delito de rebelión, puesto que pueden resultar del todo insuficientes para coaccionar eficazmente al Estado en el sentido comentado. Además, dicha violencia física o psíquica habrá de ser, con todo, considerada irrelevante por la falta de carácter armado cuya necesidad como exigencia típica se desarrolla en seguida (*vid. infra* 3) vinculada a la noción de idoneidad de la conducta.

En otro sentido, por lo que respecta a la *vis* física, al no concurrir indicios de actos violentos directamente ejecutados por los acusados, debería probarse que los habrían cometido terceras personas por incitación de aquéllos. Pero si es ese el caso, lo que implicaría que los acusados —o algunos de ellos— fueran considerados inductores (promotores) de la rebelión (con arreglo al primer inciso del art. 473.1: quienes «induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión»), llama poderosamente la atención que quienes habrían llevado a cabo efectivamente los hechos violentos no se hallen igualmente procesados en la causa, en su caso a título de autores (ejecutores) de la rebelión, esto es, como «meros participantes» (de acuerdo con el último inciso del art. 473.1), que no participen en la misma. Cabe recordar que en el escrito de acusación de Fiscalía de 2 de noviembre de 2018 de los nueve acusados por rebelión, cuatro lo son como «promotores o jefes principales» y cinco de ellos como «mandos subalternos», no constando en la Causa «meros participantes» ejecutores en aquélla.

Sin embargo, en el auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018 se apunta en otra dirección al bosquejarse una especie de autoría mediata *sui generis*: los acusados habrían utilizado a los ciudadanos como «masa de fuerza» que podían activar y cuya intensidad podían modular a su antojo como instrumento para alcanzar su propósito secesionista. Se habrían servido de las movilizaciones populares para «impulsar a una masa ciudadana a que desborde por la fuerza cualquier intento de contención que pueda provenir del Estado», lo que se reflejaría en el bloqueo de la comitiva judicial durante el registro de la *Conselleria d'Economia* el 20-S (considerado en el auto un caso de violencia física, por restringir la capacidad de actuar del sujeto pasivo, «tal y como ocurriría en un supuesto de toma de rehenes con disparos al aire»), y en las lesiones que esa «masa ciudadana» habría infligido a agentes de policía y guardia civil el 1-O (*vid.* FD I 2). Más explícito resultaba el auto de 9 de noviembre de 2017, de admisión de la querrela, al establecer que «se decidió utilizar el poderío de la masa para (...) que el Estado de Derecho se rindiera a la determinación violenta de una parte de la población que amenazaba con expandirse», o que los acusados «podrían haberse servido de estos puntuales focos violentos, y de una movilización decidida y pacífica mucho mayor, para exhibir los movimientos populares como la espoleta de una eventual explosión social que ellos podían modular, y por tanto como la violencia coactiva para la consecución de sus fines».

Desde esta perspectiva, uno de los puntos más controvertidos que se plantea en el juicio es si las movilizaciones populares pueden constituir por sí mismas violencia psíquica (es decir,

amenaza de violencia física) a los efectos del delito de rebelión⁵¹. Ya se ha señalado *supra* que la simple 'intimidación ambiental' (*Caso Aturem el Parlament*) no es suficiente a estos efectos, excepto si pudiera ser interpretada como una amenaza seria y grave del ejercicio inminente de violencia física contra la vida o salud individual de las personas.

4. El carácter armado de la violencia rebelde

Los dos principales estudiosos del delito de rebelión, GARCÍA RIVAS y SANDOVAL CORONADO, apuestan decididamente por exigir el carácter armado del alzamiento⁵². Y si bien numerosos autores se inclinan por la posición contraria⁵³, no son pocos los que, aun no cerrando del todo la puerta a la relevancia penal de un alzamiento sin el concurso de armas, lo ven hoy en día prácticamente inconcebible⁵⁴.

⁵¹ En el auto del OLG de Schleswig-Holstein de 5 de abril de 2018 se apunta que «[c]ontrariamente a lo que quizá podría considerarse según la legislación española, en Alemania el 'poder de la multitud', aparejado a toda aglomeración importante de personas, no sería apto por sí mismo para colmar el elevado nivel de violencia exigido en el 81 StGB» (FJ II 2 a).

⁵² Vid. GARCÍA RIVAS, ya con la legislación anterior (que requería únicamente la verificación de un 'alzamiento público'), en *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 169 y ss., o en «El delito de rebelión: vestigios de autoritarismo secular», *op. cit.*, p.11; con respecto a la legislación vigente, *vid.* «Delito de rebelión», *op. cit.*, p. 60, «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 260, «La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada», *op. cit.*, p. 6; o «Comentario de urgencia sobre eventuales responsabilidades penales por el Referéndum catalán», *op. cit.*, p. 2. A favor igualmente del carácter armado de la rebelión, explícitamente, NIETO MARTÍN, «Delitos de rebelión, contra las instituciones básicas del Estado y otros delitos contra la Constitución», en M.C. Gómez Rivero (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 560 (el alzamiento «ha de ser violento en el sentido de armado», «el carácter armado del alzamiento es esencial para distinguir esta conducta de otras que no son sino pura expresión del disenso político y manifestación de la libertad ideológica o de derechos fundamentales»), REBOLLO VARGAS, en «Comentario al art. 472», *op. cit.*, pp. 2.353; SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho penal*, *op. cit.*, p. 121; o SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 346 y ss. Vid. también, apuntando en esa dirección, ASÚA BATARRITA, «Cataluña, reflexiones para un tiempo de reconstrucción», en *Campus. Noticias de la Universidad del País Vasco* (https://www.ehu.es/es/-/n_20171103-cathedra-adela-asua: «remite a la imagen de la insurrección con armas»); CARBONELL MATEU, «¿Presos políticos? Autos políticos», en *alrevésyalderecho* (<http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5134>); o LAMARCA PÉREZ, «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 928 («parece exigir la presencia de armas»). Hay quien circunscribe la conducta típica en la práctica a la rebelión militar: *vid.* MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 680 (la rebelión «supone un ataque armado, un levantamiento de tropas, alzamiento público y violento, capaz de generar una guerra civil»). Se trata de una consideración que estuvo muy presente en algunas de las intervenciones de los parlamentarios que participaron en la discusión, especialmente en la Comisión de Justicia del Congreso (*vid. supra*).

⁵³ Expresamente en contra, entre otros, BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, pp. 573 y 579 y s.; MAPELLI CAFFARENA, «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, p. 1.243, n. 37. Esa constituiría, en principio, la postura mayoritaria (*vid. infra*, especialmente los autores citados en la nota siguiente y en el apartado 4.3).

⁵⁴ Vid. CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 386, reconociendo que «en la realidad criminológica el delito de rebelión suele cometerse por individuos integrados en una banda u organización armados»; TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 1.591: «resulta difícil imaginar en las actuales circunstancias históricas una rebelión que no sea de carácter militar». En esos mismos términos, BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 571, o CUGAT MAURI, «La violencia como elemento del delito de rebelión», *op. cit.*, p. 576, n. 28.

Ese fue el entendimiento tradicional, como revela la exégesis del delito realizada por los comentaristas decimonónicos, para una descripción de la conducta punible en la que se exigía, para la denominada 'rebelión con alzamiento', alzarse públicamente en abierta hostilidad contra el Gobierno, sin una referencia explícita al uso de armas⁵⁵. Especialmente elocuente se mostraba PACHECO: «[I]a rebelión es un delito colectivo que se hace en público, que se sostiene con armas. Nunca hay un rebelde, como no haya muchos rebeldes: nunca se comete este crimen, sino empleando la fuerza, con verdadera organización, con abierta y declarada hostilidad. Una reunión de amotinados tumultuarios no son rebeldes: un regimiento que toma las armas, una plaza fuerte que se subleva, sí lo son»⁵⁶.

Son varios los argumentos en pro y en contra de esta interpretación, de los que nos ocupamos a continuación.

4.1. *El argumento del estado de sitio*

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se sirve en su art. 32.1 del concepto de 'insurrección' para describir el presupuesto fáctico que puede dar lugar a la declaración del estado de sitio:

«Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio».

⁵⁵ *Vid.* arts. 167 de los Cp de 1848 y de la versión reformada de 1850, o el 243 del Cp de 1870 (sí que se incluía una mención a las armas, en cambio, en el art. 276 del Cp de 1822). Se trata de una redacción que en este aspecto se mantiene para la rebelión común en los arts. 283 del Cp de 1928, 238 del Cp de 1932 y 214 del Cp de 1944 y del texto refundido de 1973 (desaparece la referencia a la 'abierta hostilidad contra el Gobierno' con la LO 2/1981, de 4 de mayo —la conocida como Ley de defensa de la democracia, promulgada tras el golpe del Estado del 23-F—, en un redactado que no varía en este punto concreto con la LO 14/1984, de 9 de diciembre —la llamada 'Ley-puente', a la espera de la próxima aprobación del Código penal militar—).

⁵⁶ *El Código penal concordado y comentado*, Tomo II, 2ª ed., Imprenta de la viuda de Periñat y compañía, Madrid, 1856, p. 166, en relación con el delito de rebelión del art. 167 del Cp de 1848. Una nota, la del carácter armado, que para PACHECO la diferenciaba de la rebelión sin alzamiento del art. 172 («los que, sin alzarse contra el Gobierno, cometieren por astucia o por cualquier otro medio alguno de los delitos comprendidos en cualquiera de los ocho números del art. 167»): «[I]os hechos consignados en los números del art. 167 se pueden realizar a mano armada, y se pueden realizar también [*scil.* ese sería el caso del art. 172] sin ese escándalo» (p. 178). Critica el comentarista incluso la introducción en la reforma de 1850 de la agravación en el art. 169.1 de la concurrencia de combate entre los rebeldes y la fuerza pública fiel al Gobierno por considerar que se trata del «natural y necesario desenvolvimiento de la idea de rebelión», puesto que «[e]s una consecuencia precisa de la rebelión el armamento, la lucha entre los rebeldes y quienes sostienen al legítimo Gobierno» (p. 177). En el caso del Cp de 1870, a pesar de la aparición de los delitos contra la forma de gobierno, que sí distinguían explícitamente un alzamiento «en armas» (art. 184) de otro sin ellas (art. 185), a diferencia de la rebelión, que no exigía literalmente su armas, mantienen esa diferenciación en relación con los arts. 243 y 248.1, respectivamente, GROIZARD (*vid. El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, 2ª ed., Establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García, Madrid, 1911, p. 256 y pp. 600 y s.) o VIADA («¿En qué, pues, se diferencia el delito contra la forma de Gobierno del de rebelión? No se diga que ésta debe verificarse sin armas, [...] sin ellas no se comprende un alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno, que de la fuerza pública dispone»: *vid. Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, 5ª ed., Madrid, 1926, p. 145). En el mismo sentido, la Circular de la Fiscalía del TS de 2 de octubre de 1883: tanto los delitos contra la forma de gobierno como los de rebelión «pueden cometerse, según el Código, lo mismo alzándose en armas en abierta hostilidad (...) que sin alzarse y sin abierta hostilidad» (*apud* Viada, p. 149).

Cuando concurren esas «circunstancias extraordinarias que hacen imposible el mantenimiento de la normalidad», a través de la cláusula del art. 116.4 CE, el poder civil —el legislativo a propuesta del ejecutivo— invoca a las fuerzas armadas para hacerles frente. No en vano, la referencia que utiliza el art. 32.1 de la LO 4/1981 se encuentra íntimamente conectada con el art. 8 CE, que hace valer una fórmula prácticamente idéntica, al asignar a las fuerzas armadas la misión de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional». Para GARCÍA RIVAS, el presupuesto de hecho insurreccional que da pie a la declaración del estado de sitio coincidiría con la conducta punible del actual art. 472 Cp. La rebelión «supone una puesta en peligro de la estructura política básica del Estado de tal entidad que obliga a utilizar 'la ultima ratio' del poder estatal en el uso del monopolio del ejercicio legítimo de la violencia: la fuerza armada»⁵⁷.

Pues bien, para GARCÍA RIVAS, de la interconexión entre insurrección-estado de sitio-intervención de las fuerzas armadas, se deriva que la rebelión deba tomar la forma de un alzamiento armado, porque solo de este modo cobraría sentido, como último recurso, la encomienda al poder militar de la salvaguarda del ordenamiento constitucional. Y es que «sólo considerando que la insurrección debe ser armada, tiene sentido la llamada al Ejército», ya que «[e]l legislador está pensando en una insurrección que no puede ser reprimida por otros medios que convocando el poder armado del Estado, lo que indica que es necesario su concurso, esto es, el de las armas, para reprimir la insurrección»⁵⁸. Ciertamente resulta muy difícil de imaginar una rebelión no armada que solo pueda ser sofocada por las fuerzas armadas, y no por otros medios menos extraordinarios, como por ejemplo a través de las fuerzas y cuerpos de seguridad⁵⁹.

En todo caso, el hecho de que sea preciso que concurra materialmente una rebelión para que se declare el estado de sitio no implica, a la inversa y como es lógico, que la declaración formal del estado de sitio sea necesaria para poder apreciar la existencia de una conducta típica de rebelión (puesto que, en otro caso, resultarían

⁵⁷ Vid., *op. cit.*, pp. 177 y s. Coinciden SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 92 y ss., 222 y ss. y 312 y s., y BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, pp. 577-578.

⁵⁸ Vid. *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 179 y «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 260 («parece de pura lógica que ese reto a quienes ostentan el ejercicio del monopolio de la violencia estatal deba realizarse con armas»). De acuerdo, SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 346 y s. En contra BAGES SANTACANA, para quien el hecho de que el legislador piense en una insurrección que solo pueda ser reprimida recurriendo a las fuerzas armadas no significa que aquella deba ser también armada («El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 580), o MAPELLI CAFFARENA, «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, p. 1.243, por resultar poco conveniente desde una óptica político-criminal.

⁵⁹ La mención en el art. 32.1 a que la crisis “no pueda resolverse por otros medios” que con la declaración del estado de sitio no resta fuerza persuasiva al argumento, puesto que la previsión engloba no solo las insurrecciones en curso (para las que valen las anteriores consideraciones), sino también situaciones en que “amenace producirse” una insurrección todavía inexistente o se produzca “un acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España”, escenarios indudablemente menos críticos que la rebelión y, por tanto, con mayor facilidad resolubles “por otros medios”, sin tener que recurrir a las fuerzas armadas.

absurdamente impunes casos como el del 23-F). Por otra parte, piénsese que la previsión separada de suspensión individual de determinados derechos fundamentales del art. 55.2 CE, que se extiende a los elementos rebeldes (*vid. infra*), opera sin necesidad de que se haya declarado el estado de sitio.

4.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre

El argumento posiblemente más contundente a favor de exigir el carácter armado en el delito de rebelión lo proporciona la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, que resolvió sendos recursos de inconstitucionalidad acumulados, interpuestos por los parlamentos catalán y vasco, contra la entonces denominada "ley antiterrorista", es decir, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. El problema de constitucionalidad se planteaba porque, mientras dicho artículo de la Carta Magna, al prever la suspensión individual de determinados derechos fundamentales (plazo máximo de detención del art. 17.2 e inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones de los art. 18.2 y 3, respectivamente), se refiere en exclusiva a medidas a tomar «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas», la LO 9/1984 ampliaba su ámbito de aplicación al delito de rebelión y a las personas «relacionadas con actividades [...] rebeldes»⁶⁰. Pues bien, el Tribunal Constitucional refrendó la extensión de dicho tratamiento excepcional a la rebelión sobre la base de su equiparación con el terrorismo —explícitamente presente en la discusión parlamentaria de la ley— desde la consideración de que constituyen, ambas formas de criminalidad, los más graves ataques imaginables al sistema democrático.

«Es cierto que el art. 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que [...] la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. *Por definición, la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional.* A su vez el art. 8 de la Ley Orgánica 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de 'armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase'. Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del art. 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4, párrafo séptimo [*cursiva añadida*]).⁶¹

⁶⁰ Art. 1.1 («las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes», *cursiva añadida*), y 1.2.h) de la LO 9/1984, de 26 de diciembre.

⁶¹ Sí se consideró, por el contrario, inconstitucional la extensión de la suspensión de determinados derechos fundamentales a los casos de apología de los delitos incluidos en la LO 9/1984 (*vid.* STC 199/1987, FJ 4).

Solo desde este entendimiento resulta conciliable con la Constitución el sometimiento de los responsables de ese delito a las severas limitaciones de derechos fundamentales previstas en su art. 55.2 y en aquel momento desarrolladas por la LO 9/1984⁶². Según sostiene el Tribunal, por tanto, la rebelión se comete por parte de un colectivo armado de personas con la finalidad de destruir el orden constitucional⁶³.

La utilización de la STC 199/1987 en el sentido que aquí se propone ha sido contestada por GIMBERNAT ORDEIG, para quien se trataría de «un argumento que no puede convencer», puesto que «lo manifestado por la STC 199/1987 carece actualmente de vigencia, porque se dictó sobre la base de una regulación del delito de rebelión que ya no es la que rige para el CP actual. Para el CP ahora vigente es imposible mantener que sólo existe rebelión cuando los autores tienen 'el propósito de uso de armas de fuego o explosivos'; ello se sigue de que, como el art. 473.1 CP [realmente, 473.2] contiene un tipo agravado de rebelión cuando en ésta "se han esgrimido armas", de ahí se sigue, en virtud de un elemental argumento a contrario, que *las restantes modalidades de rebelión se caracterizan, negativamente, porque no se han esgrimido armas*»⁶⁴.

Frente a ello, cabe oponer, para empezar, que la primera parte de dicha afirmación no se ajusta a la realidad, puesto que una cláusula prácticamente idéntica a la ahora vigente se había incorporado ya a la modalidad agravada de rebelión del segundo párrafo del entonces art. 215 («[s]i se esgrimieren armas») por medio de la LO 14/1985, de 9 de diciembre, con anterioridad, por tanto, al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. De modo que la cualificación agravatoria —haber esgrimido armas—, que, según GIMBERNAT ORDEIG y otros autores, obligaría en la actualidad a prescindir de la interpretación que propugna el carácter armado de la rebelión también en el tipo básico, no constituye una novedad introducida con el art. 473.2 del Código penal de 1995, sino que ya regía desde el 1 de junio de 1986 (fecha de entrada en vigor de la LO 14/1985), y por tanto con carácter previo a la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987. Por eso no es correcto afirmar que el máximo intérprete de la Constitución decidió en aquel momento «sobre la base de una regulación del delito de rebelión que ya no es la que rige para el CP actual», puesto que en este aspecto concreto coincide plenamente la redacción del segundo párrafo del art. 215 («[s]i se esgrimieren armas») del Código penal derogado —desde la LO 14/1985— con la actualmente vigente del art. 473.2 («[s]i se han

⁶² Como consecuencia de la anulación parcial de la LO 9/1984 por parte de la STC 199/1987, se aprueban la LO 3/1988, de 25 de mayo, por la que se incorporarían esencialmente sus aspectos penales al Código penal, y la LO 4/1988, del mismo día, que hace lo propio con los procesales a la LECrim.

⁶³ Recoge ese argumento el manifiesto «La banalización de los delitos de rebelión y sedición», *cit.*

⁶⁴ *Vid.*, «Sobre los delitos de rebelión y sedición», *cit.*, cursiva en el original. En idéntico sentido se pronuncia el manifiesto publicado a modo de réplica directa al mencionado en nota anterior, titulado «Banalización jurídica» *cit.* Dicha interpretación de la relación entre la rebelión del tipo básico y la del tipo agravado no es novedosa: *vid. infra*.

esgrimido armas») y, en consecuencia, también las relaciones de ambas disposiciones con las que contienen sus correspondientes tipos básicos (arts. 214 y 472, respectivamente). Así las cosas, cabría concluir provisionalmente que, *ceteris paribus*, lo que valió para la regulación del delito de rebelión de entonces debe valer sin duda para la de ahora, ya que en este punto concreto se ha mantenido inalterada.

A partir de aquí, se ha intentado relativizar la trascendencia de esta resolución aseverando, por otro lado, que «la referencia del TC a la rebelión es, en la mencionada sentencia [199/1987], puramente incidental, pues lo que se dilucidó en ese procedimiento no fue la definición de la rebelión o su constitucionalidad, sino asuntos distintos»⁶⁵. Esto es, de acuerdo con este punto de vista se trataba únicamente de dirimir si resultaba conforme a la Constitución el sometimiento de los ‘elementos rebeldes’ al mismo régimen excepcional de suspensión de ciertos derechos fundamentales a que habilita el art. 55.2 CE para ‘bandas armadas o elementos terroristas’, a lo que el Tribunal respondió afirmativamente, y no de definir con pretensiones de generalidad qué debe entenderse por ‘elementos rebeldes’ o ‘rebelión’. De modo que lo que habría hecho el Tribunal Constitucional —se arguye— sería formular un concepto restringido de rebelión, identificada con una organización armada, a los solos efectos de validar su inclusión en el ámbito de aplicación de la LO 9/1984; lo cual dejaría expedito el camino a la admisión en otro contexto de una rebelión sin el concurso de armas⁶⁶.

Hace suyo dicho parecer el auto del TS de 30 de julio de 2018, en el que se afirma que «la limitación del concepto de ‘rebeldes’ a aquellos casos en que pueda identificarse o considerarse coincidente con el de ‘banda armada’, solo tiene virtualidad en el marco del artículo 55.2 CE. Es decir, que, a esos efectos, la inclusión de los rebeldes no es porque puedan ser así considerados [*scil.* banda armada], sino porque teniendo en cuenta sus finalidades y el grave ataque al orden constitucional que representan, son ‘banda armada’ comprendida dentro del ámbito del artículo 55.2 CE» (FJ 2)⁶⁷.

Sin embargo, no es esa la única interpretación posible de la relevancia que pueda tener para lo que aquí interesa la toma de postura mantenida en la resolución 199/1987, única vez, por otra parte, en que la justicia constitucional se ocupa directamente del delito de rebelión. Más aún teniendo en cuenta la rotundidad con la que el Tribunal se expresa en el pasaje transcrito *supra*, puesto que en su literalidad no sostiene propiamente que la suspensión de derechos fundamentales del art.

⁶⁵ *Vid.* en ese sentido el manifiesto «Banalización jurídica» citado *supra*.

⁶⁶ *Vid.* detalladamente CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, *op. cit.*, pp. 385 y ss.

⁶⁷ En el marco de la Causa especial 20907/2017, el auto resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 9 de julio de 2018 del magistrado instructor de conclusión del sumario y por el que se acuerda, en aplicación del art. 384 *bis* de la LECrim, la suspensión de cargo público de diversos procesados por rebelión en situación de prisión provisional. *Vid.* también, abundando en este entendimiento, el auto de 29 de febrero de 2019 de la Audiencia Nacional (Sala Penal, Sec. 1ª) (FJ 6) en la Causa 6/2018, aunque en este caso a los efectos de confirmar su competencia para conocer de ese delito.

55.2 CE en los casos de rebelión solo sea constitucional cuando venga protagonizada por una banda armada, sino que en tanto que la rebelión *por definición* es llevada a cabo por un grupo armado de personas resulta constitucional la ampliación que preveía la LO 9/1984 a dichos supuestos, que es algo distinto.

Nada de lo que se afirma en la sentencia permite inferir que el Tribunal tuviera presente —para dejarlo convenientemente de lado— la eventual existencia de un caso distinto de rebelión, en el que no concurriera ‘el propósito de uso de armas’ y al que, en consecuencia, no resultaran aplicables las medidas cuya constitucionalidad examinaba. Al contrario, tratándose en este aspecto concreto de una sentencia interpretativa que da por buena una restricción de derechos fundamentales, cabe suponer que el Tribunal debió conducirse con especial cuidado, por lo que, si en algún momento hubiera concedido la mínima oportunidad a la existencia de una rebelión sin armas, habría disipado expresamente en sentido negativo cualquier duda que hubiera podido albergarse sobre la aplicabilidad a ese supuesto de las previsiones de la LO 9/1984. Piénsese a este respecto que dicha ley no distinguía entre diferentes modalidades de rebelión: su art. 1.1 se refería en general a personas «relacionadas con actividades (...) rebeldes» y su art. 1.2.h al delito de «[r]ebelión» sin más aditamentos. Tampoco lo harían, con posterioridad, las leyes 3 y 4/1988, de 25 de mayo, que transpusieron al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente, los aspectos esenciales de la LO 9/1984 no afectados por la declaración parcial de inconstitucionalidad de la STC 199/1987. Si hubiese sido otro el escenario, cabe presumir, y más en esta materia, que el Tribunal, con la precisión exigible al caso, hubiera circunscrito acotadamente su plázet a la LO 9/1984 en la medida en que se aplicase únicamente a la rebelión regulada por aquel entonces en el subtipo agravado del art. 215.2º, incluso aludiendo expresamente a dicha disposición si fuera menester, y proscrito taxativamente, en cambio, la extensión del mismo régimen excepcional a supuestos distintos, entre ellos a la modalidad básica del art. 214. Y, ciertamente, no lo hizo.

Un último dato apuntala dicha intelección del alcance de la sentencia 199/1987 en el sentido de que para el Tribunal Constitucional la rebelión requiere en todo caso el concurso de armas. La equiparación explícita en el tratamiento dispensado a terrorismo y rebelión en el ámbito del proceso penal no se detiene en la restricción de los derechos fundamentales del art. 55.2 CE (art. 520 *bis* de la LECrim en cuanto a la prolongación del plazo máximo e incomunicación de la detención, o art. 553 relativo a registro domiciliario sin autorización judicial)⁶⁸, sino que comprende asimismo otra medida: la suspensión automática del ejercicio de función o cargo público de los procesados por estos delitos que se encuentren en prisión provisional

⁶⁸ La LO 13/2015, de 15 de octubre, eliminó, en cambio, la mención a los 'elementos rebeldes' que contenía anteriormente el art. 579 de la LECrim (relativo al secreto de las comunicaciones) desde su incorporación por medio de la LO 4/1988.

(art. 384 *bis*). Una medida a la que en principio no debería afectar un supuesto 'concepto restringido' de rebelión de la STC 199/1987 si fuera correcto que éste solo vale para la suspensión de los derechos fundamentales expresamente contemplados en el art. 55.2 CE⁶⁹. Claro que, si así fuera, resultaría inexplicable por qué razón el Tribunal Constitucional, en su sentencia 71/1994, de 3 de marzo, en la que confirma precisamente la constitucionalidad del art. 384 *bis*⁷⁰, no solo no contiene referencia alguna al manejo para este caso concreto de una noción más amplia de rebelión que la que había sostenido en la STC 199/1987 (y que incluiría, aquí sí, una supuesta modalidad sin armas), sino que se remite constantemente a esta última resolución y, por tanto, al concepto de rebelión que allí se contiene, haciéndolo suyo siete años después también para esta ocasión y sin introducir matización alguna. No resultaría comprensible, cifrándose las razones que avalan la equiparación en el tratamiento legal del terrorismo y la rebelión en la peligrosidad que comparten para el sistema democrático en atención a su común carácter armado (ese era el razonamiento de la STC 199/1987), dicha igualación se mantuviera en el caso de la medida del art. 384 *bis*, y no decayera en caso de ausencia de dicha condición, esto es, en el momento en que pudiera entra en liza una supuesta rebelión sin armas⁷¹. Por último, entender que la legislación penal cobija un concepto dual de rebelión -con armas y sin armas- solo resulta conciliable con la LECrim, si se conviene que esta última, a pesar de su homogeneidad aparente, estaría atribuyendo anfibológicamente en realidad a una misma expresión significados distintos: cualquier rebelión en el caso del art. 384 *bis*, y sólo una rebelión armada para los arts. 520 *bis* y 553; consecuencia ciertamente disfuncional, más aún si se tiene en cuenta que estas dos últimas disposiciones se remiten a la primera ('alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 *bis*' y 'las acciones a que se refiere el artículo 384 *bis*', respectivamente), que es donde se introduce la referencia a un 'delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes'.

Se ha señalado también que «el TC no es un órgano jurisdiccional penal, ni es competente

⁶⁹ Sobre esa base opera el auto de 9 de julio del magistrado instructor en la Causa especial 20907/2017, confirmado por el auto de la sala de recursos del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2018. Crítico con esa resolución, QUERALT JIMÉNEZ, «La suspensión», en *El Nacional* [17-06-2018] (https://www.elnacional.cat/es/opinion/joan-queralt-la-suspension_279102_102.html), aunque desde una perspectiva no coincidente con la que aquí se plantea (no discutiendo que pueda ser típico del delito de rebelión un alzamiento sin armas, y manteniendo que el art. 384 *bis* solo se aplicaría a la rebelión armada, al igual que la suspensión de derechos expresamente prevista en el art. 55.2 CE).

⁷⁰ Se había cuestionado la constitucionalidad del art. 384 *bis*, en un recurso interpuesto por parte del parlamento vasco, en la medida en que podía afectar al derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad del art. 23.2 CE. Sí fue declarada inconstitucional por la STC 77/1994, en cambio, otra medida que introducía la LO 4/1988, que era el efecto suspensivo atribuido al recurso del Ministerio público contra la excarcelación del preso preventivo por dichos delitos (art. 504 *bis*).

⁷¹ Y otro tanto cabría argüir en relación con la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de esos delitos prevista en la disposición transitoria de la mencionada Ley 4/1988, que carecería igualmente de sentido (por no ser equiparable con el terrorismo) en el caso de una rebelión sin armas.

para interpretar cuestiones de mera legalidad ni mucho menos para definir por sí solo los elementos que definen el delito de rebelión ignorando lo establecido en la legislación penal vigente cuando no se ha planteado su inconstitucionalidad»⁷². Siendo eso, dicho con carácter general, cierto (excepto la referencia a la legislación penal vigente, que puede ser interpretada de modo perfectamente compatible con el concepto de rebelión de la STC 199/1987, como veremos *infra*), es pertinente recordar que la STC 89/1993, de 12 de marzo, ante la supuesta tacha de inconstitucionalidad de la LO 3/1988, de 25 de mayo, por infracción del mandamiento de taxatividad al utilizar los términos 'elementos terroristas' u 'organizaciones terroristas', insiste y pone en valor lo ya sentado en la STC 199/1987: «La misma jurisprudencia de este Tribunal ha tenido ya ocasión de ocuparse de la interpretación, y consiguiente precisión, de aquellos conceptos (STC 199/1987, fundamentos jurídicos 2. y 4., sobre todo), labor ésta que puede y debe ser tenida en cuenta, dada la relevancia que la doctrina de este Tribunal tiene, por los órganos jurisdiccionales penales llamados a aplicar normas como las que se enjuician ahora». (FJ 3a). Recuérdesse que en este caso no se ocupaba el Tribunal de las medidas restrictivas de derechos fundamentales (del 55.2 CE o añadidas), sino de la transposición al Código penal, a través de la LO 3/1988, de los aspectos penales de la LO 9/1984⁷³.

4.3. *El escollo aparente de la circunstancia agravatoria del art. 473.2 (esgrimir armas)*

Pero volvamos a las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, según el cual «como el art. 473.1 CP [realmente, 473.2] contiene un tipo agravado de rebelión cuando en ésta "se han esgrimido armas", de ahí se sigue, en virtud de un elemental argumento a contrario, que *las restantes modalidades de rebelión* [el tipo básico] *se caracterizan, negativamente, porque no se han esgrimido armas*»⁷⁴. Sin duda tiene razón este autor en esta última conclusión, pero de ahí todavía no se sigue necesariamente que en el tipo básico pueda tener cabida una rebelión sin la concurrencia de armas, sino que solo se infiere forzosamente que las armas *no deben haberse esgrimido*, supuesto en el que —solo en ese caso— ya entra en juego el tipo cualificado; eso es lo único que resulta indisponible con respecto al alcance que pueda darse al tipo básico en relación a la presencia de armas, el resto es susceptible de ser discutido. En todo caso, es conveniente dejar constancia de que, en el contexto de una interpretación sistemática del art. 472, la referencia al carácter agravante del hecho de esgrimir armas se ha convertido en la principal baza de derecho positivo a la que

⁷² Vid. el manifiesto «Banalización jurídica» citado *supra*.

⁷³ Como apuntaba el abogado del estado, según consta en los antecedentes, «lo que el recurso hace con los conceptos 'elementos terroristas' y 'organización terrorista' podría haberlo hecho igualmente con la de 'banda armada' y 'elementos' u 'organizaciones rebeldes'. Y como recuerda el propio Tribunal: «El 'terrorismo' (y también —aunque esto esté ya al margen del recurso— *la actuación* de 'bandas armadas' o de '*elementos rebeldes*') aparece en la reforma como elemento configurador de tipos específicos de asociación ilícita y de colaboración (arts. 174.3 y 174 *bis a*), ciertamente, pero también como causa determinante de la agravación de la responsabilidad criminal por cualesquiera delitos (art. 57 *bis a*) y art. 174 *bis d*), que *se refiere a delitos para cuya perpetración se hayan utilizado 'armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase'*)» [FJ 2].

⁷⁴ «Sobre los delitos de rebelión y sedición», *op. cit.*, cursiva en el original, y más recientemente, con otros argumentos en «De nuevo sobre el delito de rebelión», *op. cit.*

acuden los partidarios de ese entendimiento más amplio del concepto de rebelión que permitiría prescindir del carácter armado en el tipo básico⁷⁵.

Pues bien, a propósito de la introducción, tras la reforma operada por la LO 14/1985, de la cláusula «[s]i se esgrimieren armas» en el segundo párrafo del art. 215 del Cp anterior, enseguida utilizado como evidencia del pretendido carácter no armado de la rebelión del tipo básico del art. 214, ya GARCÍA RIVAS apostó por otra posibilidad interpretativa de dicho elemento agravatorio que no precluía la exigencia de un alzamiento de carácter armado también en la modalidad genérica⁷⁶. Efectivamente, 'esgrimir' implicaría para este autor algo más que portar: «se castiga más no por el mero hecho de portar armas, —circunstancia incluida en el tipo básico—, sino por la utilización de las mismas contra aquéllos que intentan impedir que el alzamiento consiga sus objetivos»⁷⁷. Y ello a partir de la segunda acepción contenida en el *DLE* de la voz 'esgrimir' («[u]sar de una cosa o medio como arma para lograr un intento»⁷⁸), que presupondría «la existencia de dos contrincantes que luchan entre sí: los rebeldes y la fuerza armada fiel al orden constitucional»⁷⁹.

Una de las razones principales que avalarían dicha exégesis radicaba en la coexistencia en la misma modalidad agravada de la circunstancia relativa a la concurrencia de «combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al gobierno» del párrafo 1º del art. 219 al que se remitía en el Código anterior el párrafo 2º del art. 215 («si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima» en el actual 473.2 del Código penal vigente, en el que se reproduce el mismo escenario)⁸⁰. Interpretar el hecho de haber esgrimido

⁷⁵ *Vid.*, por todos, CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, *op. cit.*, pp. 386 y ss. Recurren a ese argumento los autos del magistrado instructor del TS en la Causa Especial de 26 de junio de 2018 y el de la sala de recursos que lo confirma de 30 de julio. *Vid.*, igualmente, el auto de 26 de junio de 2018, de la sala de recursos, de confirmación del auto de procesamiento (FD 4.2).

⁷⁶ *Vid.* *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 179 y ss., con una detallada explicación de los antecedentes históricos que ponen de manifiesto la compatibilidad entre un tipo básico de rebelión armada y un tipo agravado construido sobre la existencia de combate entre las fuerzas de seguridad y los alzados (pp. 180-181). *Vid.* de nuevo, refiriéndose a la legislación hoy vigente, en «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, pp. 260 y 269-270, o en «Delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 60 y 73.

⁷⁷ *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 182.

⁷⁸ *Vid.* 'esgrimir' en el *DLE* de la RAE, 23ª ed., 2014 (<https://dle.rae.es/?id=GQElivl>).

⁷⁹ *Ibidem.* Se suman a dicha interpretación en relación con el Cp de 1995 REBOLLO VARGAS, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 2.351: «el tipo agravado se fundamenta no en el porte de armas, que ya se contempla en el tipo básico (el alzamiento en el delito de rebelión es, siempre, armado), sino por la utilización material de las armas en combate»; SANDOVAL CORONADO, J.A., *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 347-348, 428 ó 476-477; o TERRADILLOS BASOCO, «esgrimir armas supone no sólo tenerlas sino usarlas» («Rebelión», *op. cit.*, p. 1.061).

⁸⁰ Con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/1985, en el segundo párrafo del art. 215 se elevaba la pena «[s]i hubiere lucha armada o concurriere cualquiera de las circunstancias previstas en el párrafo primero del artículo 163» (dentro de los delitos contra la forma de Gobierno, y entre las cuales «[c]uando para la consecución de dichos fines se empleare la lucha armada»). Tras la reforma, el pasaje pasó a decir que «[s]i se esgrimieren armas o concurriere cualquiera de las circunstancias previstas en el párrafo 1.º del artículo 219» (del delito de sedición, y entre las que se encontraba la que hace referencia a «si hubiere habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al gobierno»). En el Código penal

armas —se aduce desde esta perspectiva— de modo distinto a haberlas utilizado supondría ignorar el idéntico desvalor que el legislador habría atribuido a ambos supuestos al castigarlos con la misma sanción⁸¹. Esto es, «se valoraría igual utilizarlas [*scil.* las armas] (combate) o no (mero porte), lo cual parece poco admisible»⁸².

Sin embargo, parificar el significado de 'esgrimir' un arma con utilizarla para el combate despoja a la primera de contenido autónomo, incurriendo en la práctica en una *interpretatio abrogans* al convertir en superflua su presencia en el tipo agravado⁸³. Por ello parece preferible apostar por otra solución, atenta al principio de vigencia de las disposiciones existentes, que permita, no obstante, no tener que renunciar necesariamente a la exigencia del carácter armado de la rebelión en el tipo básico del art. 472 (y simultáneamente, por otro lado, ser capaz de esquivar la censura a una supuesta igualación de conductas de gravedad dispar en el subtipo cualificado del art. 473.2).

Partiendo de la constatación de que el verbo 'esgrimir' hace aquí su única aparición en todo el Código penal, parece claro, por una parte, que, como señala GARCÍA RIVAS, implica algo más que el simple hecho de portar armas⁸⁴. Ciertamente, si el legislador hubiese deseado sancionar de forma más severa el mero porte de armas sin más, podría haber recurrido a verbos más inequívocos, tales como simplemente 'llevar' o directamente 'portar' (como por ejemplo ocurre en los art. 495.1 —invasión de sede parlamentaria— o 514.2 —manifestaciones ilícitas—). Si no lo ha hecho y ha optado explícitamente por otra fórmula, puede entenderse que se debe a que se trata de conductas, estas últimas, que ya quedan contempladas en el tipo básico (sobre eso volveremos *infra*).

Por otra parte, sin embargo, tampoco parece que en el uso ordinario del lenguaje pueda identificarse 'esgrimir' con, por ejemplo, disparar un arma de fuego contra alguien, sino que más bien se presenta como algo previo a su uso como un

vigente de 1995 se reserva la modalidad cualificada a «[s]i se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima».

⁸¹ Vid. *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 182.

⁸² Vid. «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 270. De la misma opinión REBOLLO VARGAS: «si se entendiera que el esgrimir se identifica con *portar* (las armas), resulta que el hecho de portar las armas implica el mismo desvalor que el utilizarlas para el combate. Conclusión, a todas luces, ilógica y absurda, en tanto que la gravedad de la conducta que supone la utilización de las armas para el combate no es la misma que el hecho de portarlas sin que se empleen» («Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 2.352).

⁸³ GARCÍA RIVAS reconoce resignadamente que el precio a pagar con su propuesta interpretativa es admitir la existencia de una «repetición» en el texto legal, en *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 182 («tautología», en palabras de REBOLLO VARGAS, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 2.351).

⁸⁴ Por su parte, VIVES ANTÓN ya había mantenido que 'esgrimir' es algo más que 'portar' («Nótese que no basta con que los alzados porten armas para desencadenar la aplicación de esta agravante, sino que es preciso que las esgriman»), aunque, sin deducir de ello, al menos no expresamente, el carácter armado del tipo básico, en *idem* (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, 129. Vid. ahora, en esos mismos términos, CUERDA ARNAU, en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 706.

instrumento para el combate⁸⁵. La definición de 'esgrimir' del *DLE* a la que se suele recurrir en este contexto («[u]sar de una cosa o medio como arma para lograr algún intento») se aleja realmente del sentido que se le pretende atribuir y no parece avalar, por el contrario, la exigencia de una confrontación entre contendientes (no puede afirmarse que «presupone la existencia de dos contrincantes *que luchan entre sí*»⁸⁶).

Si atendemos a los orígenes de dicha cláusula, se observa que su incorporación al subtipo agravado (art. 215.2º del Cp derogado) con la LO 14/1985 venía a substituir la anterior mención a «si hubiere lucha armada», y que eso era interpretado en la exposición de motivos del modo siguiente: «se precisa la agravante del párrafo 2.º del artículo 215, donde el hecho de esgrimir armas *es suficiente* para que operen los incrementos de pena». De modo que el propósito del legislador del momento fue dejar de requerir la existencia de lucha armada, esto es, haberse registrado combate (en los términos del actual art. 473.2), para imponer un marco penal agravado, pasando a considerarse suficiente el hecho de haber esgrimido armas. Esto es, 'esgrimir' armas necesariamente tiene que ser algo menos que haberlas utilizado para el combate.

Llegados a este punto, ¿cuál puede ser entonces el significado de la expresión 'esgrimir armas'? La clave nos la proporcionan otros diccionarios de referencia que proponen para el término 'esgrimir' el significado de «[b]landir. Empuñar. Sostener o manejar una cosa, particularmente una arma, en actitud de utilizarla contra alguien»⁸⁷. Por tanto, 'esgrimir armas' equivale a exhibirlas intimidatoriamente, evidenciando el propósito de estar dispuesto a hacer un uso inminente de ellas, verbalizándolo o con actos concluyentes, todo ello con el objetivo, en el caso que nos ocupa, de vencer la eventual resistencia de las autoridades legítimas para

⁸⁵ Vid. en sentido similar MONTULL LAVILLA, «El delito de rebelión», en E. Calderón Susín (coord.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo X. La reforma de los delitos contra la defensa nacional*, Edersa, Madrid, 1989, p. 437 («manejarlas, usarlas, pero, en el sentido de portarlas manifiestamente, y no necesariamente en el de hacer fuego con ellas»); SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 16a ed., Dykinson, Madrid, p. 931 («esgrimir incluye la simple exhibición»); o QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Constitución y la Corona», *op. cit.*, p. 478 («no requiere hacer uso de ellas»).

⁸⁶ GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal, op. cit.*, p. 182. Especialmente si se atiende al sentido primordialmente figurado que se suele dar a esa acepción y que se observa con claridad en otros diccionarios: vid. MOLINER, *Diccionario de uso del español*, 19ª reimpr., Gredos, Madrid, 1994, p. 1.194, «[u]tilizar contra alguien *cualquier cosa inmaterial*: Esgrimir *razones* de peso» o «[a]menazar a una persona *con cualquier cosa* para conseguir de ella lo que se pretende»; SECO/ANDRÉS/RAMOS, *Diccionario del español actual*, Vol. I, Aguilar, Madrid, 1999, p. 1.949 («[u]tilizar [algo, *esp. razones*] como arma o favor o en contra de alguien o algo», con subrayado añadido). Es, por el contrario, la primera acepción de 'esgrimir' en el *DLE* («[j]ugar y manejar el sable, la espada y otras armas blancas [y otras armas, por extensión]»⁸⁶, reparando y deteniendo los golpes del contrario, o acometiéndole»), la que podría acoger con mayor comodidad un significado de utilización de armas para el combate, esto es, una situación en la que ambos contendientes se acometen entre ellos. Esta primera definición es obviamente deudora del origen etimológico del término y por eso se refiere a las armas blancas propias de la esgrima.

⁸⁷ Vid. MOLINER, *ibidem*. Vid. también SECO/ANDRÉS/RAMOS, *ibidem*: «Blandir o empuñar [un arma blanca]».

alcanzar el fin deseado⁸⁸. Y ello incluye, por extensión, la posibilidad no solo de mostrarlas amenazadoramente, sino incluso de utilizarlas efectivamente —eso sí, sin suscitarse todavía un escenario real de combate— con la misma intención intimidatoria (por ejemplo, disparando al aire).

Así, casos como el del 23F encajarían en este supuesto de agravación: la circulación de carros blindados por vías urbanas sumado al contenido del Bando que dicta el capitán general de la III Región Militar, o la irrupción de un contingente armado en el Congreso que hace uso de las armas de fuego para intimidar, empuñándolas amenazadoramente (llegando a encañonar a los congresistas) y utilizándolas con la misma intención (disparando al aire e impactando las balas en el techo del hemiciclo).

De modo que 'esgrimir' armas debe ser, desde luego, algo más que portarlas (conducta que se reservaría para el tipo básico, con los matices que enseguida se formularán), pero puede también, a la vez, ser algo distinto y previo a utilizarlas para entablar combate, esto es, supone un uso efectivo de las armas de las que se dispone, pero no necesariamente la existencia de contienda. Si llega a registrarse lucha armada entre alzados y fuerzas constitucionalistas (por ejemplo, a través de un intercambio de disparos), entra en juego la circunstancia de «haber habido combate». De igual modo, por cierto, que si se trata de un acometimiento rebelde con uso de armas contra el oponente sin réplica por parte de este⁸⁹.

Creo que entendiendo de este modo el ámbito de aplicación de esa circunstancia de agravación se puede sortear con cierta facilidad la crítica formulada a la supuesta igualación en el tratamiento de conductas de gravedad diversa (que se plantea a partir de la identificación entre esgrimir y portar armas y su contraste con el hecho de llegar a entablar combate como razón para interpretar 'esgrimir' como sinónimo de esta última circunstancia). Hay que partir, en todo caso, de la constatación de que el art. 473.2 comprende una auténtica amalgama de circunstancias de agravación muy heterogéneas e incluso en algunos casos de distinta gravedad —en principio de menor contenido de injusto— a las que aquí son objeto de comentario (como es el caso de la malversación de caudales públicos o la causación de estragos en bienes de titularidad pública o privada). En todo caso, *de lege lata*, es en el marco penológico del art. 473.2 donde deben intentar trazarse las diferencias de tratamiento entre conductas agravadas en principio tan dispares. Dicho esto y para lo que aquí interesa, no es ese necesariamente el caso de la relación entre las dos circunstancias que comentamos: parece razonable sostener que puede entrañar objetivamente un peligro mayor para el bien protegido el alzamiento protagonizado por miles de personas armadas, organizadas y distribuidas estratégicamente por el territorio, que hacen ostentación de intentar alcanzar sus objetivos a todo trance, pero que no llegan a efectuar un solo disparo, que el riesgo que supone el intento emprendido por un reducido contingente de sublevados que llegan a abrir fuego efectivo contra las fuerzas leales causando incluso algunas bajas. En este sentido, se trataría en definitiva de una parificación similar a la que se produce en

⁸⁸ En un sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, «Rebelión», *op. cit.*, p. 1.062 («esgrimir supone no sólo tenerlas sino usarlas como medio de intimidación») o TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 472», *op. cit.* p. 1.596.

⁸⁹ En ambos casos, en función de los resultados acaecidos, se puede recurrir a la circunstancia, también recogida en el art. 473.2, de haber ejercido «violencias graves contra las personas», cuando se ha materializado la violencia corporal.

el subtipo agravado del robo con violencia e intimidación en las personas del art. 242.3 con la expresión 'uso de armas u otros medios igualmente peligrosos', que se interpreta que incluye tanto su empleo efectivo y directo sobre la víctima como su exhibición o utilización conminatoria, sin ulterior diferenciación.

Así las cosas, ¿qué restaría entonces para el tipo básico del art. 472 Cp? Un alzamiento armado en el que no se hace un uso efectivo de las armas (puesto que en esa tesitura se abriría paso la aplicación del subtipo agravado del art. 473.2) para ejercer la requerida violencia física o psíquica contra las personas. Esto es, se dispone de armas (debe tratarse entonces de un levantamiento protagonizado por parte de un cuerpo militar o policial o una parte de él o por parte de un grupo de ciudadanos armados), pero esas armas no llegan a ser empleadas en el alzamiento (ni esgrimiéndolas ni utilizándolas para el combate). El mero hecho de que los sublevados dispongan de armas a su alcance y estén dispuestos a ponerlas al servicio de la rebelión, si fuera necesario, genera por sí mismo un efecto intimidatorio innegable que puede resultar suficiente para que el intento de insurrección alcance el nivel mínimo de peligrosidad objetiva para devenir típico. Saber que se dispone de armas, porque se tienen o guardan en algún lugar (un cuartel, por ejemplo), pudiéndose recurrir a ellas en cualquier momento, aunque no se lleguen en principio a sacar o exhibir, o advertir su presencia cuando meramente se portan, aunque no se desenfunden ni se haga ningún ademán de utilizarlas, puede percibirse por parte de la autoridad constituida contra la que se levantan los rebeldes como una amenaza cierta de su posible uso contra quienes pudieran oponérseles. Todo eso conforma un nivel de *vis* psíquica suficiente para la tipicidad, aunque inferior en grado al que entraña el supuesto agravado de 'esgrimir armas', donde su exhibición intimidatoria denota un propósito explícito de uso inminente si fuera preciso⁹⁰.

Obsérvese que, si se acepta que 'esgrimir' es algo más que tener o portar armas, pero, a la vez, se prescinde del carácter armado de la violencia en el tipo básico, se acaba por atribuir relevancia típica por igual a un alzamiento armado de una facción del ejército sin uso efectivo de armas (no se llegan a esgrimir) que al alzamiento protagonizado por un grupo de ciudadanos desarmados.

De acuerdo con esta propuesta, en definitiva, *no cabe distinguir entre una rebelión violenta y desarmada (modalidad básica) y otra violenta y armada (modalidad agravada)*, sino que la diferencia se da entre *una rebelión en la que se dispone de armas, de las que sin embargo no llega a hacerse un empleo efectivo*, que puede llegar a ser castigada, en el caso de sus principales dirigentes, con una pena de veinticinco años de prisión, y *una rebelión en la que sí se hace uso de ellas (intimidatoriamente —esgrimiéndolas— o materialmente —entablado combate—)*, en la que la pena se eleva hasta los treinta años (al margen de los delitos particulares que en el marco de la rebelión se puedan haber cometido). De modo que, en una solu-

⁹⁰ La *vis* física subsumible en el tipo básico sería la verificada contra las personas no ejercida con armas.

ción seguramente más armonizadora de los respectivos ámbitos de aplicación, tanto la modalidad básica como la agravada del delito pueden verificarse a través de los medios comisivos generalmente aceptados, la *vis* física y la *vis* psíquica, radicando la diferencia entre una y otra modalidad en una cuestión de grado: la menor o mayor lesividad que entraña una intentona rebelde en función de si se ha llegado a hacer o no un uso efectivo de las armas de que en todo caso se dispone.

En definitiva, si esta interpretación es plausible, la existencia de la circunstancia agravatoria del art. 473.2 ('esgrimir armas') no constituye un obstáculo insalvable para la exigencia, por otras razones que puedan considerarse atendibles, del carácter armado de la rebelión también en el tipo básico, puesto que, como se ha señalado, a lo único que obliga su presencia es a excluir del art. 472 su uso efectivo (en el sentido que se le ha atribuido: exhibición intimidatoria reveladora de su uso inminente), dejando la puerta abierta, por tanto, a requerir la presencia de armas en el alzamiento en un sentido distinto.

Recientemente GIMBERNAT ORDEIG ha vuelto a objetar la exigencia del carácter armado de la rebelión a partir de su paralelismo con otras figuras delictivas, como la agresión sexual del art. 178, el robo del art. 242.1 o el delito de atentado del art. 550.1, que contienen también una modalidad agravada cuando en su comisión se hace uso de armas u otros medios o instrumentos peligrosos (arts. 180.5^a, 242.3 y 551.1^o, respectivamente). Como todas estas figuras presentan una estructura idéntica desde un punto de vista sistemático, al concurrir un tipo básico que requiere violencia y otro agravado cuando se ha hecho uso de armas, «lo que rige para la rebelión debe regir también para los tres restantes», concluye este autor, lo que conllevaría — caso de requerirse carácter armado a la violencia en todo caso— la atipicidad de aquellos supuestos de violación, robo o atentado violentos en los que no se tuviera armas ni el propósito de utilizarlas, lo cual evidentemente es absurdo⁹¹. Sin embargo, considerar que esa aparente similitud con los tipos mencionados condiciona qué debe entenderse por 'violencia' en el delito de rebelión obligaría en primer término a circunscribirla única y exclusivamente a la violencia física contra las personas, puesto que ese es el único significado que se le atribuye en la agresión sexual, el robo y el atentado, cuyos tipos respectivos mencionan expresamente a su lado, como es sabido, la intimidación (y en el caso del robo, además, la fuerza en las cosas), algo que no ocurre en el delito de rebelión. De modo que si esas referencias sistemáticas no impiden una interpretación extensiva del término 'violencia' en la rebelión, por razones vinculadas a las necesidades de protección del bien tutelado, en la que se incluya también la *vis* psíquica —y con la que el autor citado se muestra desde luego de acuerdo—, menor impedimento deberían suponer para demandar por razones de otro orden, en esta ocasión en una interpretación en sentido restrictivo, la concurrencia de una violencia armada. Una simple interpretación teleológica de los tipos concernidos revela que, así como por ejemplo una agresión sexual realizada sin armas ni el propósito de utilizarlas puede poner gravemente en peligro y llegar a lesionar el bien jurídico protegido sin mayores problemas, no tiene por qué ocurrir lo mismo con el delito de rebelión, con lo que la clase y la intensidad de la violencia exigible en uno y otro caso pueden variar.

4.4. *La semiexcusa absoluta del art. 480.2 CP*

⁹¹ *Vid.* «De nuevo sobre el delito de rebelión», *op. cit.*

Otro argumento de naturaleza sistemática, aunque en este caso invocado por aquellos autores que preconizan el carácter armado de la rebelión, se apoya en la existencia del tipo privilegiado del primer inciso del art. 480.2 Cp. De acuerdo con dicha disposición, «[a] los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena de prisión inferior en grado». Así, para GARCÍA RIVAS dicha previsión carecería de sentido si el mero porte o tenencia de las armas diera ya lugar a la aplicación del subtipo agravado⁹². En eso tiene razón este autor: si se contempla la posibilidad de disponer de armas sin todavía haberlas usado como un caso de rebelión consumada, a la que cabe aplicar la medida premial mencionada en caso de su deposición, se trata de un supuesto que solo puede corresponderse con la modalidad básica de rebelión. Una vez empleadas las armas (en el sentido al que se refiere el tipo agravado del art. 473.2 Cp), se abre paso la modalidad cualificada de rebelión y se cierra simultáneamente la posibilidad de aplicar la causa de atenuación. El marco penal que debe servir como punto de partida para practicar esa rebaja de pena es indudablemente el del tipo básico de rebelión del art. 472, de lo que se deduce que un alzamiento armado en el que aún no se ha hecho uso de las armas solo puede entenderse cobijado en dicho precepto.

No obstante, aisladamente considerado, se trata de un dato del que no puede seguirse forzosamente la consecuencia de que toda rebelión deba tener un carácter armado. Si esa fuera la única medida premial contemplada en el capítulo que nos concierne, la conclusión a la que necesariamente se llegaría es que toda rebelión debe ejecutarse por medio de la violencia armada, pues de otro modo no se entendería el trato privilegiado que se dispensaría a quien se subleva con armas, ya que se le da la oportunidad de deponerlas con la correspondiente rebaja de pena antes de haberlas usado, en comparación con quien se levanta sin ellas, para el que no cabría dicha opción. Esto es, si ese fuera el caso, se haría de mejor condición a los responsables de una insurrección armada, en principio indudablemente más peligrosa, que a quienes protagonizan un alzamiento sin armas, puesto que solo se pueden deponer las armas que previamente se poseen. Sin embargo, desbarata dicho razonamiento y la conclusión a la que aboca la presencia en el segundo inciso del art. 480.2 de idéntica rebaja de pena para los rebeldes que se disuelvan o sometieran a la autoridad legítima (que además se prevé para cualquier grado de intervención en la rebelión, no solo para el caso los meros ejecutores), una cláusula redactada de modo tan genérico que convierte en superfluo el primer inciso y que resulta en principio aplicable a toda clase de rebelde, no exclusivamente por tanto a quien dispone de armas. Si lo acabado de señalar es correcto, solo cabe resolver

⁹² Vid. «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 270 (ya con referencia al Cp anterior, *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 182). También SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, p. 348 y s., 423 y 427 y s., y REBOLLO VARGAS «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 3.254.

que la existencia del tipo atenuado del primer inciso del art. 480.2 obliga a ubicar un eventual alzamiento armado sin uso de armas en el tipo básico del art. 472, pero no impone el requisito de que todo alzamiento deba ser inevitablemente armado.

En todo caso, tiene razón GARCÍA RIVAS al señalar que «el legislador está pensando en ejecutores armados, no en otros»⁹³, y eso, que no se deriva necesariamente del art. 480.2 como hemos dicho, constituye una evidencia más, como veremos a continuación, del tono marcadamente marcial que impregna la redacción del conjunto del Capítulo I del Título XXI del Código penal, en la práctica recortado a la medida de una rebelión militar.

4.5. *El contexto y origen marcial de la regulación del delito de rebelión*

Efectivamente, todo el capítulo aparece salpicado de referencias constantes al mundo de la milicia, como los términos «mando subalterno» (art. 473.1), «fuerzas de su mando» (art. 473.2 y 476), «combate» (art. 473.2), «tropas» o «fuerza armada» (art. 475), «militar» (art. 476), etc., además de los ya vistos, «si se han esgrimido armas» (art. 473.2), «depongan las armas» (480.2), a los que todavía se podría añadir la de «rompan el fuego» (art. 479)⁹⁴. MAPELLI CAFFARENA afirma con razón que «[s]u fórmula lingüística se entiende mejor desde la perspectiva del *ius belli* y esto hace que algunos pasajes de su actual regulación (...) nos recuerden más a un campo de batalla que al escenario de un crimen»⁹⁵.

En el auto de la sala de apelaciones del TS de 26 de junio de 2018, de confirmación del procesamiento de los acusados en la Causa Especial 20907/2017, a pesar de considerarse que «no es descabellado» aplicarlo en otros contextos, se reconoce que el concepto de alzamiento está pensando principalmente para levantamientos militares.

No podía ser de otro modo si se toman simplemente en consideración los antecedentes inmediatos de la actual regulación, que deben buscarse en lo fundamental en la Ley 14/1985, de 9 de diciembre, conocida como la *Ley-puente*. Por medio de aquella, se incorporaba al Código penal de 1973 el delito de rebelión militar en tiempo de paz, con la oportuna modificación de los arts. 214 y ss., ante la proximidad de la aprobación paralela de un nuevo Código penal militar (Ley 13/1985, de la misma fecha), que tenía el propósito de pasar a convertirse en una ley complementaria de la legislación penal común. Eso no supuso todavía la desaparición del tradicional sistema de doble incriminación de la rebelión (a partir de entonces a través una nueva dualidad: 'en tiempo de paz' en los arts. 214 y ss. del Código penal común y 'en tiempo de guerra' en los arts. 79 y ss. del Código penal militar), pero sí

⁹³ Vid. *La rebelión militar en Derecho penal*, op. cit., p. 182.

⁹⁴ La etimología del propio término 'rebelión' es sobradamente elocuente (del latín *rebellio*, formada a partir de *bellum*, guerra, y el prefijo *re-* con significado intensificativo o reiterativo).

⁹⁵ Vid. «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», op. cit., pp. 1.236 y s. De ahí que considere este autor necesario desmilitarizar y *aggiornar* la interpretación de la conducta típica, p. 1.243, algo prácticamente imposible, a mi juicio, sin comprometer gravemente el principio de legalidad.

facilitó el entendimiento de que se registraba una identidad conceptual (mismo bien jurídico protegido y equivalencia estructural) entre ambos tipos de rebeliones, que solo se distinguirían por el contexto en el que operasen⁹⁶.

Podría decirse que el proceso de convergencia ha culminado finalmente con la desaparición de dicha dualidad en el nuevo Código penal militar (LO 1/2015, de 14 de octubre), en donde solo permanece, con naturaleza de delito militar y sometido a la jurisdicción castrense, la rebelión 'en caso de conflicto armado internacional' (art. 9.2.b), pero cuya regulación se remite *in totum* a lo que dispone el Código penal común. Pues bien, la eliminación paulatina de la regulación autónoma y separada del delito de rebelión en la legislación militar (a partir de 1985 en tiempo de paz y de 2015 también en tiempo de guerra) ha traído consigo el desvanecimiento de la fórmula tradicional con que explícitamente se exigía la concurrencia de violencia armada en ese ámbito. Efectivamente, el art. 79 del Código penal militar derogado de 1985 castigaba a «los que se alzaren colectivamente *en armas*», y expresiones parecidas identificaban el modo comisivo violento que debían protagonizar los alzados en textos legales precedentes en lo que ha sido una constante ininterrumpida desde el S.XIX⁹⁷. No hay base alguna para deducir que el proceso de trasposición en dos tiempos de la regulación del delito de rebelión militar al Código penal, y su consiguiente absorción por la figura común, en el tránsito se haya cobrado como víctima dicha exigencia típica, especialmente por lo inexplicable que resultaría que en el último lapso de tiempo de tipificación todavía desdoblada, entre 1985 y 2015, hubieran convivido una rebelión militar en tiempo de paz que no requiriera levantamiento armado y otra que sí, la que todavía permanecía cobijada en el Código penal militar para tiempo de guerra. *A fortiori*, si en una situación crítica para el país como la que representa una confrontación bélica, se sitúa el umbral de la tipicidad de la rebelión en la concurrencia de violencia armada, con más razón debe devenir indispensable en un escenario de paz y estabilidad, en la que en principio tiene que resultar más fácil atajar la insurrección. Parece más razonable entender que si ni en 1985 ni en 2015 se ha considerado necesario introducir la correspondiente apelación a las armas en los arts. 214 y 472 de los Códigos penales de 1973 y 1995, respectivamente, es porque se trata de un requisito de la tipicidad de la rebelión —de toda modalidad de rebelión, militar o civil— que se da por sobreentendido.

En definitiva, existen buenas y contundentes razones para afirmar que el alzamiento debe caracterizarse por el uso de armas, bien sea atendiendo al origen y antecedentes legislativos de la figura, a la interpretación sistemática, considerando

⁹⁶ *Vid.* así expresamente SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

⁹⁷ *Vid.* el art. 106 del Código penal del Ejército de 1884 («Los militares que colectivamente se alzaren en armas») o el art. 128 del Código de la Marina de Guerra de 1888 («Los marinos que colectivamente se alzaren en armas»), así como el art. 237 del CJM de 1890 («los que se alcen en armas»), o el art. 286 del CJM de 1945 («los que se alcen en armas»), hasta el mencionado art. 79 del Código penal militar de 1985.

el único pronunciamiento directo sobre el particular emitido por el Tribunal Constitucional, etc., y en cambio no se presenta ningún obstáculo en sentido contrario (no lo es la existencia de la circunstancia agravatoria del art. 473.2 Cp). Con todo, el asidero más firme para exigir que concurra una violencia armada lo proporciona, en términos de lesividad, la ausencia de posibilidades de éxito (y por ello de afección al bien tutelado) de una opción diferente.

En el caso de la Causa especial 20907/2017, la única referencia a un posible carácter armado se circunscribe a la consideración general del cuerpo de *Mossos d'Esquadra* como actor imprescindible de la insurrección. En el escrito de acusación de la Fiscalía se explica directamente que «lejos de cumplir con el mandato judicial al que venían inexcusablemente obligados por imperativo legal, optaron por sujetarse a las directrices de los responsables políticos de la Generalitat, poniendo a disposición de los mismos y de sus ilegales propósitos secesionistas todo el poder coactivo que representaba un cuerpo policial armado y muy numeroso en efectivos (unos 17.000 aproximadamente)»⁹⁸. Pues bien, más allá de la pasividad que atribuyen las acusaciones al cuerpo de *Mossos d'Esquadra* —y de la relevancia penal que pudiera tener a otros efectos—, su carácter de policía autonómica no resulta suficiente por sí mismo para colegir que nos encontramos ante un levantamiento de naturaleza armada. Para ello es preciso probar que el cuerpo policial o al menos una parte de él se hallaba comprometido con los planes de ruptura hasta el punto de hallarse dispuestos a ejercer la violencia armada en caso de haber resultado necesario. Esto es, debería probarse que en caso de necesidad, para lograr la secesión, no hubieran rehuído el enfrentamiento con las fuerzas armadas o policiales a los órdenes de las autoridades legítimas. Solo así podría constatarse que los acusados habrían utilizado a los *Mossos d'Esquadra* como una pieza fundamental en su amenaza de violencia al Estado si no se allanaba a sus propósitos.

5. Un alzamiento violento objetivamente idóneo para alcanzar el fin pretendido

5.1. Estructura típica e idoneidad para alcanzar el resultado

En términos de afección al objeto de tutela, la rebelión se conforma, por razones obvias, como un delito de peligro, puesto que, de otro modo, caso de esperarse a la lesión del bien protegido, y por tanto al triunfo de los rebeldes, que ocasionaría la destrucción del orden constitucional contra el que se alzan y el surgimiento del marco institucional subsiguiente, la conminación penal carecería de toda efectividad. De modo que el legislador opta por articular la salvaguarda del bien a partir de un adelantamiento de la intervención penal: el umbral de la significación típica de los hechos se sitúa en un momento anterior al de la producción de su lesión, por lo que resulta en consecuencia bastante con la verificación de su puesta en peligro (escenario de probabilidad de lesión)⁹⁹. La formulación típica en la que cristaliza la

⁹⁸ Vid. el escrito de acusación de Fiscalía de 2 de noviembre de 2018, p. 108.

⁹⁹ Aunque en general no deben identificarse necesariamente los delitos de consumación anticipada con los de peligro (puesto que la verificación de la conducta típica ya puede suponer en algún caso la lesión del bien protegido, vid. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 159), para la doctrina mayoritaria sí que coincidirían ambas tipologías en la rebelión: se trataría de un delito de peligro

opción político-criminal elegida es la de la consumación anticipada: de acuerdo con el art. 472 Cp, la realización de un alzamiento tendente a la consecución de un determinado fin (en el caso del apartado quinto, la independencia de una parte del territorio) será suficiente para entenderlo consumado, sin que resulte necesario que haya llegado a materializarse efectivamente dicha consecuencia ulterior («los que se alzaren violenta y públicamente *para*»).

Ahora bien, como en todo delito incongruente por exceso subjetivo (el autor subjetivamente pretende llegar más lejos de lo que consigue en el plano objetivo), en un delito de resultado cortado, como es la rebelión, no basta con la verificación de la conducta en cuestión, sino que resulta imprescindible poder vincularla de un cierto modo con el resultado hacia cuya producción se encamina. Y es que, tal y como ocurre con cualquier tentativa de delito (que es la estructura que materialmente adopta el tipo que nos ocupa al ser de consumación anticipada), por exigencias del principio de ofensividad, la relevancia penal de los hechos va ligada a su idoneidad para alcanzar el resultado que se ambiciona. Esto es, la tipicidad se supedita a la aptitud del intento para lograr el objetivo hacia el que se endereza, que en el caso del art. 472.5 consiste en la segregación de una parte del territorio. La violencia registrada debe ser por tanto suficiente para que el alzamiento al que cualifica pueda ser visto como *objetivamente apto* para alcanzar el fin pretendido. Dicho de otro modo, el propósito de segregar una parte del territorio debe ser mínimamente factible a partir del concreto ejercicio de la violencia o de la amenaza de violencia desplegado por los rebeldes. Si el alzamiento carece, en cambio, de dicha capacidad para alcanzar la finalidad a la que se aspira, será atípico como un delito de rebelión consumada, por encontrarse ausente el mínimo contenido lesivo exigible, quedando la puerta abierta, en su caso, para su eventual reconducción a un acto preparatorio punible de la rebelión si reúne los requisitos correspondientes (*vid. infra*).

Llama la atención que en toda la instrucción de la Causa Especial 20907/2017 no se contenga ni una simple aproximación, salvo error por mi parte, a esta cuestión. Puntualmente se precisa que el objetivo de los acusados pasa por doblegar la voluntad del Estado obligándole a aceptar de facto la nueva realidad de una Cataluña independiente, pero no se analiza si los hechos que son objeto del procedimiento reflejarían indiciariamente una capacidad suficiente para culminar dicha empresa con éxito¹⁰⁰.

concreto para GARCÍA RIVAS (*La rebelión militar en el Derecho penal, op. cit.*, pp. 172 y ss.), o de peligro abstracto para, por ejemplo, SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión, op. cit.*, pp. 396 y ss.) y BAGES SANTACANA («El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 529).

¹⁰⁰ Solo en el auto de la sala de recursos del TS de 26 de junio de 2018, de confirmación del procesamiento, se contiene una referencia a dicho aspecto al indicarse que tras la práctica de la prueba deberá valorarse «si la entidad de los actos de violencia es suficiente para integrar el delito de rebelión» (FD IV 3), una cuestión que en ese momento procesal se consideraba que no se podía descartar (FD IV 1). En el auto sí se señala que se pretendía «obligar al Estado a claudicar y a aceptar la independencia» (FD IV 5 f), pero sin referencia alguna a la aptitud del empeño para lograrlo. Por su parte, en el auto de procesamiento apelado, de

GARCÍA RIVAS tuvo el mérito de poner de relieve lo antedicho, hace ya treinta años, al proponer una reinterpretación objetiva del delito de rebelión para dotarlo del exigible contenido de ofensividad, desde su consideración como delito de peligro concreto y a partir de la interpretación que la doctrina italiana propugnaba en ese momento para el delito de *attentato* del art. 283 del Cp de aquel país¹⁰¹. Con ello pretendía salir al paso del entendimiento netamente subjetivista de la figura delictiva, dominante hasta aquel momento, que hacía pivotar el contenido de injusto en el elemento subjetivo, el ánimo subversivo del autor (en el art. 214 Cp, hasta poco antes, con la reforma de la LO 14/1985, se castigaba a quien se alzara «en abierta hostilidad contra el Gobierno»), desconectadamente de los objetivos pretendidos. Dicha intelección, que el autor citado se proponía dejar atrás, desembocaba inevitablemente en la incriminación de conductas de «mínima gravedad objetiva» pero realizadas por autores caracterizados por su «máxima disidencia política»¹⁰². De acuerdo con este planteamiento, «el concepto de 'alzamiento' que se maneje vendrá determinado por su aptitud objetiva para la consecución de los citados fines [*scil.* de la rebelión], es decir, por su idoneidad para alcanzar el resultado»¹⁰³. Para ello, deberá realizarse un juicio de idoneidad particularizado sobre cada caso concreto «para verificar si la conducta cometida es tal que se puede tener por 'probable' la verificación de alguno de los fines típicos, poniendo en peligro de este modo el ordenamiento constitucional democrático»¹⁰⁴.

21 de marzo de 2018, del magistrado instructor Llarena Conde, se consigna que los procesados buscaban «que el Estado de Derecho se rindiera a la determinación violenta de una parte de la población que amenazaba con expandirse»; «la reacción ciudadana (...) servía para forzar al Gobierno de España»; «que la fuerza ciudadana tuviera la mayor proyección posible para forzar la voluntad del Estado» (FD II). Previamente, en un pasaje difícilmente inteligible («[a]ctúa *violentamente* quien lo hace de manera violenta, lo que no presenta un contenido típico coincidente con actuar con violencia», subrayado en el texto de la resolución), se indica, con carácter genérico y en abstracto, que «[l]a jurisprudencia de esta sala caracteriza la violencia por su naturaleza física, por su manifestación personal y por su idoneidad»; esta última se residenciaría «en que la fuerza tenga intensidad suficiente como para ser apta a [*sic*] doblegar la voluntad de aquel contra quien se dirige y revestir, por ello, una capacidad para lesionar el bien jurídico que se protege» (FD I 2). Pero no se extrae ninguna consecuencia de esta última consideración en relación con los hechos objeto de la instrucción.

¹⁰¹ Vid. *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 151 y ss. y 161 y ss. Actualmente y desde la Ley 85/2006, de 24 de febrero, en el delito de *attentato* del art. 283 del Código penal italiano se castiga a quien «con actos violentos, comete un hecho *directo e idóneo* para modificar la Constitución del Estado o la forma de Gobierno». Con anterioridad a la reforma el precepto se refería simplemente a «medios no consentidos por el ordenamiento constitucional».

¹⁰² *Ibidem*, pp. 147 y s.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 172.

¹⁰⁴ Vid. «El delito de rebelión: vestigios de autoritarismo secular», *op. cit.*, p. 10. Vid. del mismo autor, «¿Rebelión en Cataluña? La Fiscalía de la Audiencia Nacional persigue 'sombras rebeldes'», *op. cit.*, p. 95; «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 259, o en «Delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 54 y 56. Coincide con ese planteamiento SANDOVAL CORONADO, para quien la rebelión sería una «sublevación notoriamente organizada y armada, que con violencia (o con intimidación), sea *capaz* de poner en peligro la subsistencia misma [del] 'orden constitucional democrático' a través de la búsqueda de cualquiera de los 'fines' previstos» en el art. 472 Cp (*vid. El delito de rebelión*, *op. cit.*, p. 397, o p. 394) [subrayado añadido]. Vid. igualmente JAVATO MARTÍN, «El delito de sedición. Un enfoque político criminal y de derecho comparado», en *CPC* 126, 2018, pp. 51-87, pp. 62 y s. (necesidad de que «tenga la *suficiente potencia* o

5.2. *La idoneidad de la violencia en el Derecho comparado (especial referencia al caso alemán)*

Esta exigencia de aptitud de la conducta para lograr los fines rebeldes no solo no es algo, como se ha dicho, privativo de la legislación o de la doctrina penal españolas, sino que no resulta infrecuente encontrarla en el Derecho comparado incluso explícitamente recogida en las correspondientes formulaciones típicas de delitos equivalentes, como es el caso de las legislaciones penales francesa o italiana.

Así, para el art. 412.3 del Código penal francés constituye un delito de 'movimiento insurreccional' «toda violencia colectiva *capaz de poner en peligro* las instituciones de la República o la integridad del territorio nacional». Mientras que en el caso de Italia, como figuras paralelas a nuestra rebelión, contamos, por un lado, con el delito de «insurrección armada» contra los poderes del Estado del art. 284.1 de su Código penal (en su apartado tercero, por cierto, se establece que «la insurrección se considera armada incluso cuando las armas se mantienen en depósito»), e, igualmente dentro de los delitos contra la personalidad del Estado, con el delito de atentado, en particular el del art. 241.1, que castiga la realización de «actos violentos e *idóneos* dirigidos a menoscabar (...) la unidad del Estado» (en el art. 283, por su parte, se prevé esa misma exigencia cuando la finalidad es la modificación de la Constitución o la forma de gobierno).

Pero quizá vale la pena detenerse en el caso alemán, donde la exigencia de idoneidad, ausente *expressis verbis* del texto legal, se extrae no obstante por vía interpretativa, con respaldo doctrinal unánime por lo que alcanzo a ver, para la expresión «con violencia o mediante amenaza de violencia» del delito de *Hochverrat gegen den Bund* (alta traición contra la Federación) del § 81 I del *StGB* — equivalente a nuestra rebelión y que ha cobrado un inesperado protagonismo en la Causa especial 20907/2017 del TS¹⁰⁵—. Efectivamente, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del Estado federado, en adelante *OLG*) de Schleswig-Holstein

intensidad para poner en peligro el orden constitucional quebrando la integridad territorial del Estado», subrayado añadido); y extensamente BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*: «la conducta «ha de ser *potencialmente capaz* de subvertir el orden político establecido» (pp. 528 y s., subrayado añadido; vid. también pp. 569 y ss.). Vid. igualmente la SCSJM de 14 de noviembre de 1984 que califica como delito de rebelión militar en grado de conspiración los hechos del 28 de octubre de 1982 (operaciones 'Marte' y 'Halcón'): «la única manera de poder llegar a distinguir entre actos ejecutivos idóneos e inidóneos en el delito, ya en fase posterior a la conspiración, es colocarnos en el momento en que éstos se verifican y preguntarnos sobre el grado de probabilidad de que se produzca el resultado. Cuando no hay ninguna posibilidad el delito es inidóneo».

¹⁰⁵ § 81 I del *StGB*: «Será castigado a cadena perpetua o con una pena de prisión no inferior a diez años quien con violencia o mediante la amenaza de violencia (1) actúe para menoscabar la existencia de la República Federal de Alemania (...). Y en el § 92.1 se establece que «a los efectos de esta ley menoscaba la existencia de la República Federal de Alemania quien (...) o segregue una parte de su territorio». Se interpreta que este último inciso comprende tanto la separación de una parte para constituirse en nuevo estado independiente como su integración en un tercer estado. Mientras que la conducta consistente en suprimir la unidad del Estado se entiende referida a la completa desintegración de la Federación. Vid. LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹², § 81 marg. 5.

denegó la extradición del expresidente de la *Generalitat* Carles Puigdemont por el delito de rebelión (resolución de 5 de abril, ratificada por la de 12 de julio, ambas de 2018) por entender que la violencia concurrente en los hechos por los que se solicitaba no alcanzaba la intensidad suficiente para colmar el requisito típico correspondiente del delito en cuestión¹⁰⁶. Para llegar a esa conclusión, en ausencia de jurisprudencia sobre el § 81 I¹⁰⁷, se recurre a la recaída en aplicación del delito de *Nötigung von Verfassungsorganen* (delito de coacción a los órganos constitucionales) del § 105 *StGB*, con el que guarda un estrecho parentesco y cuya pareja referencia típica a la violencia se considera de significado equivalente¹⁰⁸. Y especialmente significativa a este respecto resulta la sentencia de la Sala penal del *BGH* de 23 de noviembre de 1983 (3 StR 256/83 [S]; *BGHSt* 32, 165), que se ocupa del llamado *Caso Schubart*.

Los hechos enjuiciados en el *Caso Schubart* habían tenido lugar en el marco de la fuerte contestación popular que suscitó la ampliación del aeropuerto de Frankfurt am Main con el proyecto de construcción de una nueva pista de aterrizaje (la 18 oeste, de ahí que también se conozca el caso como *Startbahn West*), que amenazaba con destruir una gran superficie boscosa (Mönchbruchwald). En el punto álgido del conflicto, el activista ecologista Alexander Schubart, erigido en líder del movimiento opositor, conminó al gobierno regional de Hesse a que en un plazo perentorio de 24 h aprobara la convocatoria de un referéndum —solicitado por medio de una iniciativa ciudadana respaldada por más de 200.000 firmantes— para que los ciudadanos se pudiesen expresar a favor o en contra de las obras y, hasta su celebración, dictara una moratoria que implicara la paralización inmediata de los trabajos de desmonte de los terrenos afectados y el repliegue de los efectivos policiales que los custodiaban. Ante la previsible nega-

¹⁰⁶ Como es sabido, sí que se concedió por el delito de malversación de caudales públicos (*Untreue* en el § 266 del *StGB*), infracción contenida en el listado del art. 2.2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los estados miembros, y que da lugar a la extradición sin control de la doble tipificación. El magistrado instructor de la Causa Especial núm. 20907/2017 del TS, Llarena Conde, acto seguido, en auto de 17 de julio de 2018 rechazó la extradición limitada a dicha infracción y retiró la orden cursada contra Puigdemont (y las referidas a otros procesados en la misma causa).

¹⁰⁷ Se suelen citar, como antecedentes jurisprudenciales lejanos, los procesos por el delito de alta traición que se celebraron en los años de la República de Weimar: por el levantamiento espartaquista de junio de 1919, el proceso contra Hitler (1924) por el *Putsch* de la *Bürgerbräukeller* de Múnich de 9 de noviembre de 1923, o en el caso del *Ulmer Reichswehrprozess* (1930) contra tres oficiales del regimiento de artillería de Ulm, ligados al partido nacionalsocialista y condenados por conspiración para la alta traición. Tras la segunda guerra mundial, en los años cincuenta, tienen lugar algunas condenas a militantes del Partido Comunista Alemán (KPD), que posteriormente serían utilizadas para su ilegalización, aunque solo por conspiración para la rebelión (el actual § 83 del *StGB*). Sobre antecedentes históricos legales y jurisprudenciales, *vid.* LAMPE/HEGMANN, *MüKo*³, previo al § 81 marg. 2-7 y 9-11; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹², § 81 marg. 7-10; PAEFFGEN, *NK*⁴, § 81 marg. 1-4; y, especialmente, SONNEN, *AK*, § 81 marg. 1-13.

¹⁰⁸ § 105 I del *StGB*: «Será castigado con prisión de uno a diez años quien, antijurídicamente, coaccione con violencia o mediante la amenaza de violencia (...) (3) al gobierno (...) de la Federación o de un Land a no ejercer sus funciones o a hacerlo en un sentido determinado». Sobre la necesidad de interpretar de manera idéntica la locución «con violencia o mediante amenaza de violencia» en ambos tipos penales, *vid.* expresamente la fundamentación en el Proyecto de Código de 1962 (*vid.* *Entwurf eines Strafgesetzbuches [StGB] E 1962, BT-Drucksache IV/650, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode*, Bonn, 1962, p. 584, en relación con el delito de coacción de órganos constitucionales del § 395; para la fundamentación del de alta traición del § 361, pp. 550 y ss.).

tiva de las autoridades a transigir con dichas condiciones, Schubart hizo un llamamiento público —en una asamblea y a través de un programa de televisión— a bloquear de forma no violenta, una vez vencido el plazo, las instalaciones aeroportuarias, esto es, a partir de las 12.30 h del 15 de noviembre de 1981. Decenas de miles de activistas secundaron su emplazamiento y llevaron a cabo la consiguiente obstrucción casi por completo del aeropuerto y sus accesos, levantando barricadas y enfrentándose violentamente a las fuerzas de orden público que pretendían evacuarlos. Los altercados se prolongaron durante más de nueve horas con el balance de varios policías heridos y la producción de daños materiales de consideración en la terminal y sus inmediaciones.

Pues bien, según el *BGH*, no cualquier clase de violencia resulta suficiente para satisfacer la exigencia típica del §105 *StGB* (cuyo alcance continuamente identifica de modo expreso con el de la alta traición del § 81 I), puesto que, al tener como destinatario un órgano constitucional (en este caso colegiado¹⁰⁹), el umbral de la relevancia penal debe ser más elevado que en el caso de los tipos que tutelan bienes jurídicos individuales. Y así como para el delito genérico de coacciones la idoneidad del medio para que la persona amenazada se vea forzada a plegarse a las demandas del autor no solo es un presupuesto fáctico del tipo, sino también normativo, que decae cuando cabe esperar de la víctima una «defensa prudente de sus propios intereses» frente a la coacción de que es objeto, de la misma manera se debe operar en el contexto que nos ocupa. De acuerdo con ello, ante una situación de violencia o amenaza de violencia, se puede y se debe contar con que las autoridades, por razón de la singular posición que ocupan y las obligaciones que asumen para con la ciudadanía, se mantengan firmes y no cedan ante la presión de quienes utilizan dicho medio coactivo ilegítimo, incluso en un escenario de enfrentamientos políticos virulentos. Eso se traduce normativamente en situar el límite de la violencia punible en un escalón relativamente alto para poder llegar a ser considerada mínimamente apta para doblegar la voluntad del destinatario. Conforme a ese razonamiento y en palabras del *BGH*, violencia típicamente relevante concurre «solo cuando el nivel de presión alcanza un grado tal que un gobierno consciente de su responsabilidad se pueda ver obligado a capitular ante las exigencias de los violentos con el fin de evitar perjuicios graves para la comunidad o para ciudadanos individuales» [FJ III 1 d) cc)].

La doctrina germana, por su parte, enfatiza que el Estado (esto es, las personas investidas de la capacidad necesaria para la toma de decisiones) constituye un destinatario difícilmente influenciado y caracterizado por una capacidad de reacción muy lenta. Por eso, para resultar penalmente significativa la violencia ejercida debe implicar el recurso a medios de presión de una eficacia y virulencia tales que puedan ser capaces de doblegar la voluntad de las autoridades legítimas. Por eso procede una interpretación restrictiva de la expresión 'con violencia o mediante

¹⁰⁹ La coacción a miembros individuales de órganos constitucionales (legislativos, ejecutivos y judiciales federales o de los estados federados) y al Presidente de la Federación se contempla en el § 106 del *StGB*.

amenaza de violencia' con respecto a la que rige para el delito genérico de coacciones. En una consideración objetiva, el empleo de los medios coactivos debe mostrarse apto para lograr el objetivo que los rebeldes se habían propuesto, evitando o venciendo la correspondiente resistencia que el Estado pudiera oponer¹¹⁰.

En aplicación de dicha doctrina al caso concreto, el *BGH* concluye que la violencia desplegada en las movilizaciones, atribuida a Schubart y dirigida a arrancar al gobierno de Hessen una moratoria para paralizar las obras de la *Startbahn West* y convocar el referéndum, no era apta, tomando en consideración la relación de fuerzas existente, para forzar al ejecutivo a dar marcha atrás, sucumbiendo a las exigencias de sus opositores. De otro modo, «el gobierno regional hubiera puesto en riesgo su credibilidad y la confianza de los ciudadanos en la fortaleza de las instituciones democráticas frente a la violencia organizada». En consecuencia, revoca la condena impuesta a Schubart por el *OLG* de Frankfurt am Main en sentencia de 19 de enero de 1983 por un intento de coacción a los órganos constitucionales del § 105 *StGB*, aunque le castiga por un delito de *Landfriedensbruch* (quebrantamiento de la paz pública) del § 125 y otro de coacciones genéricas del § 240 III¹¹¹.

Con estos antecedentes, para el *OLG* de Schleswig-Holstein, con respecto al Caso Schubart, el de Puigdemont es «no sólo comparable, sino en algunos detalles incluso idéntico» [FJ II 2 a) de la resolución de 5 de abril de 2018]. De modo que el tribunal procede a examinar los hechos como si hubiesen tenido lugar en territorio alemán, aplicando la doctrina del *BGH* recaída en aquel caso, para dirimir si son constitutivos o no de un delito de alta traición, con el resultado negativo ya conocido¹¹².

¹¹⁰ Vid. KÜHL, en *Lackner-Kühl*²⁹, § 81 marg. 5; LAMPE/HEGMANN, *MüKo*³, § 81 marg. 5; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹², § 81 marg. 17; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil II, op. cit.*, p. 383; PAEFFGEN, *NK*⁴, § 81 marg. 18; STERNBERG/LIEBEN, *Sch-Sch*³⁰, § 81 marg. 4; ZÖLLER, *SK-StGB*⁹, § 81 marg. 13.

¹¹¹ Interesante para la Causa Especial 20907/2017 podría ser la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional) de 26 de junio de 1990 (1 BvR 776/84; *BVerfGE* 82/236), que rechaza el recurso de amparo del condenado (al registrarse un empate a cuatro en su sala primera) en relación a una posible vulneración de los derechos fundamentales de libertad de expresión y manifestación. Téngase en cuenta que Schubart es condenado por *Landfriedensbruch* a pesar de la explícita y reiterada invocación a la no violencia en su llamamiento público al bloqueo del aeropuerto, por considerarse que, en el concreto contexto en que se produjeron los hechos, necesariamente tuvo que contar (dolo eventual) con que al menos una parte de los convocados no se sintieran vinculados a sus indicaciones y llevaran a cabo, como fue el caso, actividades violentas en el curso de las protestas.

¹¹² Algunos autores se han mostrado críticos con ese proceder del tribunal alemán para negar la extradición al considerar que lo que se trataba de examinar no era si los hechos serían constitutivos de un delito de rebelión del § 81 del *StGB* (doble incriminación en concreto), sino sencillamente si serían punibles según la legislación penal alemana con independencia del tipo penal en cuestión (doble incriminación en abstracto), considerándolos susceptibles de encajar particularmente, al menos, en el de quebrantamiento de la paz pública del § 125 *StGB*. Vid. JAVATO MARTÍN, «Las dificultades del delito de rebelión», publicado en *El País* (12-04-2018) (accesible en https://elpais.com/elpais/2018/04/11/opinion/1523445523_848057.html), «¿Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica?», en *Diario La Ley* n° 9.188 (2-05-2018), y «El delito de sedición. Un enfoque político criminal y de derecho comparado», en *CPC* 126, 2018, pp. 51-87, pp. 58 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión», publicado en *El Mundo* (16-04-2018) (accesible en <https://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html>), y «Alemania, la euroorden y Puigdemont», en *El Mundo* (31-07-2018) (accesible en <https://www.elmundo.es/opinion/2018/07/31/5b5efdb3e5fdea86768b45ae.html>); y los trabajos del libro colectivo Arroyo Zapatero/Nieto Martín/Muñoz de Morales (dir.), *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*,

El caso debe plantearse como si «el presidente de gobierno de un *Land* tuviera el propósito de conducirlo a la independencia y, junto con otros miembros de su gobierno, hubiera preparado un referéndum en el que los ciudadanos del *Land* debieran votar a tal efecto. Hay que imaginar además que el presidente de gobierno conocía que el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional el referéndum propuesto, así como que, a partir de las advertencias de la policía, contaba con que el día de la votación se producirían enfrentamientos violentos entre los ciudadanos y funcionarios de policía desplazados desde todo el territorio federal» (FJ II 2 a).

Pues bien, así las cosas, el *OLG* de Schleswig-Holstein concluye que los actos de violencia del 1 de octubre de los que se responsabiliza a Puigdemont no fueron, «por su naturaleza, alcance y efecto», más significativos que los acaecidos en Frankfurt am Main un cuarto de siglo atrás, y que, en consecuencia, «no habrían sido aptos —como pone de manifiesto además el curso de los acontecimientos— para someter al Gobierno [español] a una presión tal que se hubiera visto obligado 'a capitular ante las exigencias de los violentos'». Y es que, «[c]ontrariamente a lo que quizá podría considerarse según la legislación española, en Alemania el 'poder de la multitud', aparejado a toda aglomeración importante de personas, no sería apto por sí mismo para colmar el elevado nivel de violencia exigido en el 81 *StGB*» (FJ II 2 a)¹¹³.

5.3. Los parámetros de la idoneidad del art. 472.5 CP

La idoneidad para alcanzar el propósito de los sublevados debe medirse objetivamente *ex ante* por parte de un espectador situado en el lugar de aquellos y con el conocimiento de todas las circunstancias cognoscibles desde esa posición. Pero para ello deben tenerse en cuenta algunas consideraciones previas.

En primer lugar, hay que destacar que el fin hacia el que tiende la conducta rebelde en el caso concreto del art. 472.5 del Cp, «[d]eclarar la independencia de una parte del territorio nacional», no puede agotarse en una mera proclamación formal o retórica de independencia sin más. Si bien un pronunciamiento de tales características —de origen gubernativo, parlamentario o emanado de la sociedad civil— puede tener alguna significación en el plano de la gesticulación política, se halla, por sí solo, desprovisto de toda validez jurídica y se revela, por tanto, incapaz de

Ediciones de la UCLM, Cuenca, 2018. *Vid.*, por otra parte, la disconformidad del TS con la resolución del *OLG* de Schleswig-Holstein en unas consideraciones insertadas en el auto de 17 de abril de 2018 (FJ 4.2), que confirma la denegación del permiso a un procesado para asistir a la sesión de investidura del *Parlament* de Cataluña.

¹¹³ Muy crítico GIMBERNAT ORDEIG («allá Alemania con su interpretación jurisprudencial de la alta traición que supone un desarme de su Código Penal para hacer frente a los golpistas»), para quien dicha interpretación restrictiva del término 'violencia' «no puede ser correcta, porque llevaría a la conclusión de que el § 81 no se podría aplicar nunca y, naturalmente, cuando el legislador crea un tipo, es porque tiene que existir la posibilidad de que en algún caso pueda entrar en juego. Y no se podría aplicar nunca, porque cuando la rebelión (alta traición) no triunfa —como en el 1-O— es porque el despliegue de esa violencia no era idóneo para alcanzar sus resultados», en «Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión», *op. cit.*

acarrear consecuencia alguna. Si la finalidad sobre la que se proyecta la empresa rebelde se circunscribe, por ejemplo, a la adopción de un acuerdo parlamentario, sin pretensión de ir más allá, la conducta carece de lesividad para el bien tutelado y debe quedar fuera del ámbito de aplicación del tipo en cuestión. Desde la perspectiva de la necesaria afección al objeto de protección, la meta que se pretende alcanzar por medio del alzamiento violento solo puede identificarse con la segregación efectiva de una parte del territorio. De modo que la idoneidad debe vincularse no con la aptitud de la conducta para conducir a una simple proclamación simbólica de independencia no seguida de su implementación, sino con su viabilidad para desembocar en la consiguiente constitución del territorio que se separa en una nueva entidad política independiente. Esas son las coordenadas desde las que debe analizarse si la intensidad de la violencia ejercida por parte de los sublevados se presenta como bastante para culminar dicho propósito.

En la Causa especial 20907/2017 debería constatarse la capacidad del supuesto alzamiento violento no para declarar la independencia en un sentido formal, sino para hacerla efectiva. Dificilmente podía constituir el objetivo referencial al que debía tender la actuación de los sublevados, por sí solo, el acuerdo aprobado por el *Parlament* de Cataluña día 27 de octubre de 2017, esto es, la denominada 'declaración unilateral de independencia' (conocida como DUI), de naturaleza jurídica controvertida (cobijada bajo el envoltorio de una resolución, confinada en una parte declarativa del texto no sometida a votación, no publicada en ningún diario oficial, etc.) y sin trascendencia material alguna.

Por otra parte, es importante añadir que el examen de la idoneidad solo debe proyectarse sobre la *violencia preordenada o finalística*, esto es, directamente encaminada a la consecución del fin del apartado 5 del art. 472, no pudiendo ser considerada como tal la violencia periférica, aislada o episódica registrada puntualmente durante o en el contexto de los hechos que no guarde una conexión inmediata con dicha referencia última. Así, una manifestación o concentración de corte independentista en la que se registran incidentalmente actos violentos, habituales hasta cierto punto en movilizaciones con gran afluencia de personas, no constituye por sí sola un alzamiento rebelde (por ejemplo, la quema de contenedores, rotura de lunas, incluso enfrentamientos con adversarios ideológicos o agentes de la autoridad, constituyen actos meramente vandálicos si no están directamente preordenados e insertos en un plan para lograr la escisión territorial)¹¹⁴.

Por dicha razón, en la Causa especial 20907/2017 no pueden considerarse penalmente relevantes a los efectos del delito de rebelión, por ejemplo, los daños infligidos a algunos vehículos de la guardia civil durante los hechos que tuvieron lugar el 20-S frente a la *Conselleria d'Economia* porque no se dirigían a materializar la finalidad requerida (además de las razones apuntadas *supra*: por no constituir un caso de violencia sobre las cosas identificable con una amenaza de violencia mediata sobre las personas).

¹¹⁴ *Vid.* en términos parecidos NIETO MARTÍN, en «Delitos de rebelión, contra las instituciones básicas del Estado y otros delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 560.

También resulta cuestionable que pudieran serlo los hechos del 1-O, pues, como apunta GIMBERNAT ORDEIG, «dichos actos violentos y multitudinarios solo estaban dirigidos a hacer posible el ilegal referéndum», y que «ese referéndum no supuso todavía una declaración de independencia, por lo que no es posible poner ésta en conexión con los actos previos violentos y públicos ejecutados con anterioridad al y durante el 1-O. Ciertamente que también se ha producido una declaración de independencia, pero ésta se proclamó en una inconstitucional votación, celebrada en el Parlament el 27 de octubre, para la cual no fue necesaria -ni se produjo- manifestación alguna violenta, ya que, para aprobarla, bastaba con la simple y en sí pacífica acción de depositar un voto en una urna dispuesta al efecto»¹¹⁵. Lo mismo cabría decir en relación con algunos episodios puntuales acaecidos en el desarrollo de los registros practicados por la policía judicial en las jornadas de los días 20 y 21 de septiembre.

Huelga decir que en ningún caso puede constituir violencia típica la empleada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para impedir el referéndum del 1-O (aunque así parezca desprenderse equívocamente de algunas resoluciones a lo largo de la instrucción), puesto que es evidente que no se trataría de una violencia dirigida a la consecución del fin que espolea a los insurrectos, sino que iría precisamente destinada, en sentido contrario, a sofocar la rebelión. De modo que, a pesar de que pudiera llegar a sostenerse que constituye una reacción violenta estatal buscada de propósito por los rebeldes con la finalidad de utilizarla políticamente para avanzar hacia la independencia, no debe confundirse violencia provocada con violencia protagonizada por los alzados, única relevante para la tipicidad de la rebelión.

Dicho esto, para valorar la viabilidad de la empresa rebelde debe ponerse en relación su capacidad para poner en jaque el orden constitucional respecto del fin típico que particularmente se persiga en el supuesto concreto (la separación territorial en el caso del art. 472.5 Cp) con, desde la perspectiva contraria, la solidez de éste para hacerle frente.

Así, para empezar, resultará fundamental calibrar las fuerzas con las que cuentan los sublevados. Parece evidente, por una parte, que solo la convergencia de un número relativamente elevado de personas —se trata de una infracción de naturaleza plurisubjetiva— está en condiciones de afrontar un cometido de tamaño envergadura. En segundo lugar, deviene asimismo necesario hacer depender las posibilidades de éxito del proyecto insurgente de la existencia de una cierta organización en su seno: se revela indispensable disponer de una dirección y una distribución de cometidos que le permita ser eficaz con vistas a la consecución de sus objetivos¹¹⁶.

¹¹⁵ «¿Rebelión, sedición o ninguna de las dos?», *op. cit.* Abandona expresamente su posición anterior y se muestra de acuerdo con el auto de procesamiento del instructor de 21-3-2018, en «Sobre los delitos de rebelión y sedición», *op. cit.*, al entender que las acciones violentas del 1-O «tenían como 'fin', en efecto, no votar afirmativamente al referéndum por el referéndum mismo, sino 'declarar' la independencia, para lo cual era requisito imprescindible que previamente triunfara en la consulta la opción secesionista».

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 681. *Vid.* en el mismo sentido, vinculando expresamente el número de intervinientes y/o su carácter organizado con la idoneidad del intento CARPIO BRIZ, en M. Corcoy Bidasolo/S. Mir Puig (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1.561; GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 183; LAMARCA PÉREZ, LAMARCA PÉREZ, «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 929; NIETO MARTÍN, «Delitos de rebelión, contra las instituciones básicas del Estado y otros delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 560; POLAINO NAVARRETE, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», *op. cit.*, p. 574; SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, p. 340; o TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 1.591.

Por último, juega un papel decisivo en las opciones de los sublevados la naturaleza de los medios o instrumentos a su alcance para alcanzar sus propósitos.

Por otro lado, en la orilla opuesta, debe tomarse en consideración la fortaleza del Estado para enfrentarse al intento de demolición de que es objeto. Las expectativas de triunfo del alzamiento violento son inversamente proporcionales a la robustez del orden legítimo para oponerle resistencia. Un Estado democrático consolidado se presenta como buen fajador: la capacidad de aguante que ofrece ante los intentos de debilitarlo debe reputarse ciertamente elevada. Como suelen destacar doctrina y jurisprudencia alemanas (*vid. supra*), se le puede y debe exigir que no ceda ante las pretensiones de los insurrectos y se mantenga firme en su obligación de salvaguarda del sistema constitucional vigente¹¹⁷. A este respecto es importante recordar que, teniendo en sus manos el monopolio de la violencia legítima, los mecanismos de autodefensa de que dispone son de una contundencia sin parangón.

Es cierto que la combinación de estos dos indicadores restringe considerablemente el universo de conductas penalmente relevantes, pero es que, por fortuna, hablamos de un bien jurídico difícilmente susceptible de ser lesionado en las coordenadas geopolíticas en las que nos situamos (algo que en todo caso se ubicaría más allá del alcance del tipo, que no requiere lesión), y por tanto también con pocas posibilidades de ser puesto en peligro de un modo inquietante. En efecto, en la actualidad resulta difícil de concebir un alzamiento violento que se presente como mínimamente adecuado para definir un escenario de proximidad de lesión —ni siquiera remota— del objeto de tutela vinculado a cualquiera de los fines previstos en el art. 472.

Es aquí donde el carácter armado del levantamiento, ya como elemento del tipo básico, deviene imprescindible para la tipicidad, puesto que carece de idoneidad toda intentona insurgente que aspire a enfrentarse a quien ostenta el monopolio del ejercicio de la violencia sin disponer de armamento¹¹⁸. En efecto, una sublevación

¹¹⁷ Se alude a esta idea en el marco del delito de coacción a los órganos constitucionales del § 105 del *StGB* y de la idoneidad propia de la amenaza de violencia en relación, por ejemplo, con varios hechos que tuvieron lugar en noviembre de 1977 durante el conocido como 'otoño alemán': el cautiverio durante un mes y medio (y posterior asesinato) del dirigente de la patronal Hans Martin Schleyer a manos de la 'Fracción del Ejército Rojo' (*RAF*), para cuya puesta en libertad se exigía al *Bundeskanzler* Helmut Schmidt la liberación de once presos del grupo terrorista; o el secuestro del avión 'Landshut' de la compañía Lufthansa por parte de cuatro terroristas palestinos tras despegar del aeropuerto de Palma con rumbo a Frankfurt y con parecido propósito, que finalizó con la liberación de los pasajeros rehenes en Mogadiscio (Somalia). El caso del secuestro (y posterior asesinato) por parte de ETA de Miguel Ángel Blanco, haciendo ahora abstracción de los delitos de naturaleza terrorista efectivamente perpetrados, se inscribe en el mismo contexto: se lanzó un ultimátum al ejecutivo del presidente Aznar amenazando con asesinar al concejal popular ermuarra si no acordaba el acercamiento de presos de la organización terrorista a cárceles del País Vasco.

¹¹⁸ *Vid.* en este sentido GARCÍA RIVAS, «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 260. En contra BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, quien opina que podría concebirse un alzamiento civil no armado capaz de derrocar el gobierno legítimo a través de la intimidación (p. 573). Sin embargo, a pesar de propugnar la innecesariedad teórica de las armas, acaba reconociendo que es muy difícil de imaginar que una amenaza de origen no militar tenga opciones de

planteada entre dos contendientes tan desiguales no cuenta con las más mínimas posibilidades de éxito: por un lado, un sector de la población civil desarmado, y enfrente, un Estado que tiene a su disposición no sólo a las fuerzas y cuerpos de seguridad de carácter estatal (en nuestro caso, la policía nacional y la guardia civil) y eventualmente autonómico, sino también a las fuerzas armadas. Los poderosísimos medios de que dispone para neutralizar una violencia ejercida sin armas y por tanto de alcance muy limitado por parte de la población civil, convierte en infructuoso todo pulso de esa índole al Estado¹¹⁹. La capacidad de poner contra las cuerdas al Estado contando únicamente con la fuerza física o la amenaza de la misma que puedan oponer los rebeldes sin el concurso de armas es nula, máxime teniendo en cuenta que ese mismo Estado se ha visto brutalmente golpeado en el pasado reciente por la más grave forma de criminalidad violenta, la terrorista, y se ha enfrentado a esa lacra sin flaquear (y aun ha salido airoso y fortalecido de esos cruentos embates, podría añadirse)¹²⁰. No obstante, como es lógico, para calificar el intento como idóneo no hace falta probar que los insurrectos pueden vencer al Estado en un enfrentamiento armado (algo prácticamente imposible), sino que basta que la potencialidad lesiva de la sublevación sea suficiente para doblegar la voluntad del Estado: por ejemplo, para forzarle a allanarse a los propósitos de los rebeldes para evitar un derramamiento de sangre o un sufrimiento inasumible para la población.

Hay que convenir con GARCÍA RIVAS que la declaración del estado de sitio representaría «el mejor baremo para calibrar la existencia o no de un verdadero alzamiento rebelde». Como se ha señalado *supra*, «el acto que da pie a dicha declaración [que identifica con la rebelión] debe suponer una puesta en peligro de la estructura básica del Estado de tal entidad que obligue a utilizar la 'ultima ratio' del poder estatal en el uso del monopolio del ejercicio legítimo de la violencia: la

menoscabar el sistema constitucional (p. 571) y que un alzamiento civil solo podría ser típico si muestra la misma potencialidad lesiva para el bien jurídico que un golpe de estado militar (p. 541).

¹¹⁹ Es interesante recordar que STAMPA IRUESTE llegó a afirmar en su momento que la rebelión ordinaria constituía «un delito imposible por inidoneidad de medios» (*El delito de rebelión*, Madrid, Ediciones de los Estudiantes Españoles, 1945, p. 33). Sobre las opiniones doctrinales en torno a la difícil convivencia de la rebelión militar del art. 286 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, aplicable tanto a militares como a civiles («los que»), con la rebelión común del art. 214.1 del nuevo texto refundido de Cp de 1944, llamada a devenir residual, *vid.* SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

¹²⁰ Merece la pena reproducir esta cita de GALLO (que tomo prestada de García Rivas, *La rebelión militar en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 184-185) que da cuenta de lo que podría entenderse por una insurrección de carácter civil: «Una sublevación en armas de grandes masas de ciudadanos, de notable extensión y organización, dirigida contra aquel Estado en particular al que compete, en un determinado momento histórico, la plenitud de poderes sobre un cierto territorio (...) Donde extensión territorial, masas y armamento deben de ser de tales proporciones que pongan en dificultades, no sólo a las fuerzas de policía, sino incluso a las Fuerzas Armadas, si se quiere que el peligro para la existencia misma del Estado asuma credibilidad y concreción», en «Insurrezione armata contro i poteri dello stato», en *La Giustizia Penale* 1981-II, p. 237 y ss., p. 241.

fuerza armada»¹²¹. Y a este respecto, cabe recordar que la LO 4/1981, de 5 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, prevé en su art. 32.1 que se activarán los mecanismos para declarar el estado de sitio (propuesta del presidente del Gobierno al Congreso de los diputados para su aprobación), «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, *que no pueda resolverse por otros medios*». Lógicamente no es preciso que llegue a aprobarse formalmente dicha declaración, sino que resulta suficiente con que concurra su presupuesto material (de otro modo, no podría ser tenido por delito de rebelión el golpe de estado del 23-F, pues se encontraban retenidos en el hemiciclo los integrantes de los órganos que deben solicitarlo, el ejecutivo, y que deben aprobarlo, el legislativo)¹²².

Subsidiariamente, también puede resultar muy indicativo del nivel de peligrosidad de los hechos tener en cuenta si ha resultado necesario gestionar la crisis en el marco del 'Sistema de Seguridad Nacional', en los términos previstos en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional, o si, por el contrario, ha sido posible atajarla con otros medios¹²³. En caso afirmativo, debería declararse una 'situación de interés para la seguridad nacional' por parte del presidente del Gobierno mediante real decreto, informando inmediatamente al Congreso de los diputados (arts. 15.c) y 24.1). Se trata indudablemente de un grado de riesgo que se sitúa en un nivel inferior al que propicia la declaración del estado de sitio, puesto que el problema se afronta con *medios ordinarios* de las distintas administraciones públicas «y en ningún caso podrá implicar la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos» (art. 23.3).

No hay noticias de que en el desarrollo de los hechos de la Causa especial 20907/2017 concurriera ninguno de estos dos escenarios: ni se activaron por parte del presidente del Gobierno los mecanismos necesarios para declarar el estado de sitio (propuesta al Congreso) ni declaró él

¹²¹ Vid. *La rebelión militar en Derecho penal*, op. cit., pp. 187 y 178, o, más recientemente insistiendo en dicha idea, en «Delito de rebelión», op. cit., p. 59. Le siguen SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, op. cit., pp. 313 y s. y 393 y s.; y BAGES SANTACANA, «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», op. cit., pp. 521, 553, 541, 572 ó 577 y s., aunque este último autor considera que no es imprescindible que el levantamiento sea armado (vid. pp. 573 ó 580). Sin embargo, no alcanzo a ver el rendimiento, como criterio adicional para evaluar la idoneidad del alzamiento, del carácter reversible de los daños producidos al orden constitucional (por ejemplo, a través de un posterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional), como propone este último autor (p. 577), puesto que la completa restauración del orden subvertido, si es que se han llegado a producir esos daños, parece inherente al fracaso de cualquier intentona insurgente.

¹²² Así certeramente SANDOVAL CORONADO, *El delito de rebelión*, op. cit., p. 316. Vid. también, en este sentido, GARCÍA RIVAS en «Delito de rebelión», op. cit., p. 59. Valga el ejemplo, aunque como se sabe el golpe de estado del 23-F es anterior en el tiempo a la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

¹²³ De acuerdo con el art. 22.1 de la Ley 36/2015, «[l]a gestión de crisis es el conjunto ordinario de actuaciones dirigidas a detectar y valorar los riesgos y amenazas concretos para la Seguridad Nacional, facilitar el proceso de toma de decisiones y asegurar una respuesta óptima y coordinada de los recursos del Estado que sean necesarios.»

mismo una situación de interés para la seguridad nacional (por medio de real decreto). Tampoco consta que se hayan estudiado (sería procedente indagarlo), siquiera sea como hipótesis, dichas opciones en reuniones del consejo de ministros o en otros organismos concernidos en este contexto, como el Consejo de Seguridad Nacional. Por otra parte, en los informes anuales de Seguridad Nacional, publicados por el Departamento de Seguridad Nacional, en los que se recopilan los riesgos y amenazas para la seguridad y se da cuenta de las actuaciones de los poderes públicos para hacerles frente, no consta hasta la fecha ninguna mención al *procés* independentista catalán, que no figura ni como 'ámbito de seguridad nacional' con substantividad propia ni integrado en alguno de la quince ámbitos objeto de análisis (defensa nacional, lucha contra el terrorismo, protección de las infraestructuras críticas, contrainteligencia, ciberseguridad, etc.)¹²⁴.

El hecho de que no cualquier clase de violencia pueda satisfacer las exigencias típicas de la rebelión se explica asimismo por razones de proporcionalidad, puesto que se trata de uno de los delitos más severamente castigados de nuestra legislación penal, con un marco que, para los casos más graves, llega hasta los treinta años de privación de libertad (con independencia además de los delitos particulares cometidos en o con motivo de la rebelión, según reza la cláusula concursal del art. 481 Cp). Es importante no perder de vista que esa elevadísima sanción se justifica exclusivamente en atención al medio comisivo típico empleado, el alzamiento violento, y en ningún caso por la persecución de las finalidades a las que tiende la conducta rebelde (en particular, para lo que aquí interesa, la del apartado 5), puesto que se puede aspirar legítimamente a alcanzarlas siempre que se haga por medio de procedimientos respetuosos con la legalidad. El marchamo de 'democracia no militante' que caracteriza a un ordenamiento jurídico que tiene como uno de los pilares fundamentales el pluralismo político y, como derecho fundamental reconocido, la libertad ideológica, impide una interpretación distinta. La integridad territorial no constituye, por lo tanto, un bien a proteger penalmente por sí mismo y en todo caso, si no es ante intentos violentos de quebrantarla. Téngase en cuenta que, desaparecida la rebelión sin alzamiento en 1995, ni siquiera entraña un delito de rebelión la utilización de vías ilegales para alcanzar la independencia (al margen de su eventual significación para tipologías penales de otra naturaleza, situadas extramuros de los delitos contra la Constitución). La desincriminación de la rebelión sin alzamiento se explica a partir de la panoplia de resortes legales con los que un Estado vigoroso puede hacer frente a los intentos inocuos, aunque ilícitos, de desmantelarlo. La eficacia de instrumentos extrapenales, como paradigmáticamente el Tribunal Constitucional en su función de control de constitucionalidad de las

¹²⁴ En el *Informe Anual de Seguridad Nacional* de 2017 (IASN2017), aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional en su reunión de 16 de julio de 2018, la única referencia a Cataluña se vincula a un riesgo sanitario asociado a «la detección de presencia de circulación del virus de la influenza aviar de alta patogenicidad H5N8 en el mes de febrero en 10 explotaciones de patos» (p. 106, accesible en <https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/IASN%202017.pdf>).

disposiciones legales, permite reservar subsidiariamente el Derecho penal, en desempeño de su papel de *ultima ratio*, para los supuestos más graves¹²⁵.

Sin embargo, late en la Causa especial 20907/2017 la idea de que lo nuclear es el proceso político de secesión en sí y lo accesorio la eventual violencia que podría acompañarlo, que solo lo colorea o adorna episódicamente. Queda patente, por ejemplo, cuando se afirma que los procesados «*en lugar de valerse de la violencia para tomar el poder central del Estado, trataban de desconectar o desgajar del Estado Español las instituciones autonómicas cuyos poderes ejercían (...) En un contexto de esa índole es claro que la violencia física pasaba a un segundo lugar, pues sólo era preciso utilizarla en algún cruce o tránsito puntual de la línea de ruta que se habían marcado*» (auto de 17 de abril de 2018 de la sala de recursos del TS, FD IV 1).

Para concluir, cabe afirmar, por tanto, que la tipicidad de la rebelión debe restringirse a la ejecución (o, en su caso, preparación) de intentos viables desde un punto de vista *ex ante* para hacer realidad los objetivos perseguidos por los sublevados, esto es, el menoscabo, en el caso del art. 472.5 Cp, de la integridad territorial del Estado. La relevancia penal de los intentos objetivamente inidóneos para conseguir esa finalidad, fuera ya de los lindes de la rebelión, se agota en la persecución de los delitos que se hayan podido cometer en el marco de su inadecuada realización (incluso contra la vida o la integridad física de las personas, si los hay, o eventualmente contra el orden público). Y ello incluye por supuesto todos aquellos casos en que no se haya llegado a utilizar violencia —aquí ya por exigencias de legalidad— como aquellos otros en los que la violencia registrada no sea la apropiada para alcanzar los fines hacia los que se encamina la insurrección. Para expresarlo con palabras de BAGES SANTACANA, «las manifestaciones ciudadanas, aunque sean de carácter violento y se preparen y ejecuten con alguno de los fines previstos en el delito de rebelión, lo más sensato sería contemplarlas como una tentativa irreal desde la óptica de esta figura si en el momento de realizarse son objetivamente inidóneas para comprometer la existencia del Estado al tratarse en realidad de intentos burdos de demolerlo»¹²⁶.

Para condenar por rebelión en la Causa especial 20907/2017 debería probarse, por tanto, que los acusados habrían emprendido un alzamiento violento *idóneo* para conseguir la independencia de Cataluña. Esto es, haría falta constatar que los actos de violencia física contra las perso-

¹²⁵ En el auto del TSJ del País Vasco 11/2005, de 1 de marzo, ante el llamado Plan Ibarretxe, se señala que «el Estado de Derecho tiene mecanismos suficientes al margen del Derecho penal, para, en esta fase en la que nos encontramos, frenar todo tipo de planteamientos políticos que no se ajusten a los procedimientos y cauces legales y constitucionalmente establecidos».

¹²⁶ Vid. «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del art. 472 Cp», *op. cit.*, p. 575. Muy claro al respecto ARROYO ZAPATERO, en «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 969: «[s]i el alzamiento es absolutamente inidóneo para alcanzar los fines propuestos habría que hablar más bien de un delito imposible que no merecería castigo alguno como tal rebelión», defendiendo que la conducta debe valorarse bajo los parámetros de su peligrosidad objetiva. Vid. igualmente, GARCÍA RIVAS, para quien no tendría la entidad suficiente para constituir delito de rebelión el hecho de que «un grupo de cientos de personas se manifiesten *con violencia* para reivindicar la independencia de una parte del territorio nacional, si dicho 'alzamiento' no representa un peligro para el sistema constitucional vigente», en «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 259 (subrayado añadido).

nas (y de amenaza de violencia física contra las personas) que se habrían registrado durante los meses de septiembre y octubre de 2017 iban directamente encaminados a hacer posible la constitución de Cataluña en un estado independiente y eran aptos para alcanzar ese objetivo, puesto que se trataba de una violencia suficiente para que el Estado se viera forzado a claudicar y a resignarse a esa nueva realidad. Una idoneidad que no puede alcanzarse, en este como en cualquier otro caso, sin el carácter armado de la violencia.

6. Algunas consideraciones sobre el *iter criminis* de la rebelión

6.1. *Delito de consumación anticipada y formas imperfectas de ejecución*

La consecuencia lógica que en el marco del *iter criminis* acarrea la adopción del formato típico de la consumación anticipada es la desaparición en la práctica de la tentativa punible, que materialmente equivaldría en esta clase de delitos a una tentativa de la tentativa. Por razones estructurales, por tanto, en el delito de rebelión debe rechazarse la delimitación de un ámbito autónomo para el intento, separado del delito consumado, y convenir que incluso una tentativa inacabada, un caso de ejecución parcial, en definitiva, constituye ya consumación de la infracción (con independencia de que en la individualización de la pena prevista para la infracción consumada pueda y deba tenerse en cuenta el grado de desarrollo alcanzado en la insurrección)¹²⁷. Y es que no resulta posible identificar qué parte de la ejecución típica de un alzamiento violento puede haberse ya iniciado sin que constituya *eo*

¹²⁷ La doctrina mayoritaria rechaza la tentativa en el delito de rebelión: rotundamente CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 214», en *Comentarios al Código penal. Tomo III*, Ariel, Barcelona, 1978, p. 428 nota 4. Sobre el art. 472 del Cp vigente *vid.*, por todos, MORILLAS CUEVA, «Delitos contra la Constitución (I). Rebelión», *op. cit.*, p. 1.249. Sí la consideran técnicamente posible, en cambio, GARCÍA RIVAS, «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, pp. 275 y s. («cabe imaginar esa fase posterior a la conspiración, pero anterior a la verificación del alzamiento, momento en el que los rebeldes ya realizan actos de ejecución, pero todavía no han llegado a consumir la sublevación: preparación de tropas, adiestramiento de civiles») y SANDOVAL CORONADO (*vid. El delito de rebelión, op. cit.*, pp. 357 y ss.). Menos concluyentes se muestran QUINTERO OLIVARES, «Delitos contra la Constitución y la Corona», *op. cit.*, p. 475 («apenas queda espacio») o TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 472», *op. cit.*, p. 1591 («casi inviable»). Por su parte, LUZÓN PEÑA distingue entre distintas clases de delitos de consumación anticipada, juzgando factible la tentativa inacabada en los delitos de resultado cortado o mutilados de dos actos (categoría esta última en la que incluye la rebelión), pero no en los delitos puros de emprendimiento (*vid. Lecciones de Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 159).

La doctrina alemana, por su parte, considera que en el *Hochverrat* del § 81 del StGB, como ejemplo prototípico de delito de emprendimiento, no cabe tentativa. *Vid.* expresamente sobre este delito ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, trad. y notas de D.-M. Luzón Peña *et al.* de la 2ª ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 336, y Tomo II, trad. y notas de D.-M. Luzón Peña *et al.* de la 1ª ed. alemana, Thomsom Reuters-Civitas, Madrid, 2014, p. 555, o JAKOBS, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello Contreras/J.L. Serrano González de Murillo de la 2ª ed. alemana, 2ª ed., 1997, Marcial Pons, Madrid, pp. 856 y s. Entre los comentaristas, *vid.*, asimismo, en la misma dirección SONNEN, *AK* § 81 marg. 39, o KÜHL en *Lackner/Kühl*²⁹, § 81 marg. 4. Con matices PAEFFGEN, aunque a partir de consideraciones político-criminales y teleológicas llega al mismo resultado negativo (*NK*⁴, § 81 marg. 26).

ipso una rebelión consumada¹²⁸. Conformar una tentativa inacabada de rebelión a partir de actos que, a pesar de su proximidad, no entrañan todavía violencia equivale a convertir en ejecutivos actos de naturaleza materialmente preparatoria (se acaba por operar de facto con la secuencia ordinaria del *iter criminis*, pero prescindiendo del dato de la naturaleza de consumación anticipada que caracteriza a la rebelión: al cobijar el delito consumado una estructura de tentativa, se construye a su vez el intento con materiales que pertenecen propiamente a la preparación delictiva). A la vez, diferir el momento consumativo a la tentativa acabada de rebelión supone restringir la operatividad del delito consumado a la mínima expresión, pues lo esperable será que los intentos insurreccionales se hayan podido abortar con antelación, no *in extremis*. Con todo, la punición específica de los actos preparatorios de la rebelión en el art. 477 (justificada desde las necesidades de tutela del bien jurídico) y la desacertada previsión de idéntico marco penológico (pena inferior en uno o dos grados) para las fases de preparación y ejecución en la legislación penal española con carácter general, aminora la trascendencia práctica de las anteriores consideraciones.

Por consiguiente, para entender que la rebelión se ha empezado a ejecutar (y, por tanto, se ha consumado) es necesario poder constatar la existencia, aunque sea de un modo todavía incipiente, de un alzamiento necesariamente violento: no hay alzamiento típico que pueda prescindir de dicha caracterización. Debe haberse registrado ya, por tanto, violencia o al menos amenaza de violencia, no siendo concebibles actos ejecutivos no violentos¹²⁹.

Sin embargo, en el auto de 27 de diciembre de 2018 (FD 2.1 y 3.1), de confirmación de la competencia del TS, se considera que en la rebelión pueden registrarse «actos ejecutivos, no necesariamente violentos pero vinculados al elemento tendencial del delito», puesto que a efec-

¹²⁸ En una rebelión militar, el clásico ejemplo del movimiento de tropas podría entrañar por sí mismo, según los casos, una amenaza explícita de violencia, siempre que trascienda públicamente, y por tanto ya consumación del delito. Sin embargo, según GARCÍA RIVAS, en «Delitos contra la Constitución», *op. cit.*, p. 276, si en el 23-F el plan se hubiera descubierto antes de la ocupación del Congreso, los hechos constituirían tentativa si se hubiese producido ya movimiento de tropas (por ejemplo, el acuartelamiento de las tropas en la IIIª Región Militar) y conspiración en otro caso. Mayor margen concede a las formas imperfectas de ejecución ARROYO ZAPATERO, para quien, puesto que se trata de una conducta típica fraccionable en cuanto a su ejecución, «el alzamiento puede no llegar a producirse a pesar de haberse intentado», de modo que podría hablarse ya de tentativa desde el momento en que los rebeldes «redactan el bando del mismo y reproducen ejemplares, modifican destinos para situar a sus hombres en puestos de mando y desplazan a los fieles al gobierno, sitúan medios de transporte en lugares idóneos, etc.» (*vid.* «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», CPC 15, 1981, p. 383 n. 5). A MAPELLI CAFFARENA, por su parte, el hecho de manejar un concepto de 'violencia' tan amplio (equivaldría a la utilización de vías simplemente ilegales, *vid. supra*) le lleva a avanzar el umbral de la tipicidad a supuestos claros de mera preparación delictiva («preparación de documentos, concreción de los planes y distribución de competencias son actos típicos aun cuando los mismos no resulten inmediatos para el logro de los objetivos»). A su vez, la preparación retrocede a escenarios en que los rebeldes ni siquiera se habrían organizado y adoptado una resolución ejecutiva, cuando «comienzan los contactos o las actividades de proselitismo y de debate sobre el *modus operandi* o la recaudación de fondos económicos y otros recursos», susceptibles ya de constituir, a su juicio, una conspiración para la rebelión (*vid.* «El alzamiento violento y público en el delito de rebelión», *op. cit.*, pp. 1.245 y ss.).

¹²⁹ *Vid.* FISCHER, *StGb*⁶⁶, § 81 marg. 6b, o STERNBERG/LIEBEN, *Sch-Sch*³⁰, § 81 marg. 2.

tos de la aplicación del criterio de la ubicuidad —se asevera— sería suficiente con la constatación de cualquier elemento del tipo, y por tanto también del elemento subjetivo del art. 472 (aunque se encontrara asociado a una conducta objetivamente no constitutiva de un alzamiento violento). Ese razonamiento (ya subyacente en el auto de admisión de la querrela de 31 de octubre de 2017, FD 3), que serviría para constatar la realización de actos ejecutivos en el extranjero (y, como consecuencia, la competencia del tribunal), equivale a convertir en típica del delito de rebelión cualquier actividad de signo independentista, legal o ilegal, llevada a cabo en los años del *procés* (por el mero hecho de perseguir *subjetivamente* el mismo fin del art. 472.5) y supone una censurable dislocación de la conducta típica en una vertiente objetiva y otra meramente subjetiva que podrían discurrir separadamente¹³⁰.

6.2. *Los actos preparatorios punibles, especialmente la conspiración para la rebelión*

Por último, es pertinente añadir que en la Causa Especial 20907/2017, caso de haberse descartado la rebelión consumada y una vez constatada la angostura del campo de acción de la tentativa punible, tampoco resulta fácil articular una calificación alternativa por conspiración para la rebelión del art. 477 en relación con el art. 17.1 Cp, como asoma en algunas resoluciones emitidas a lo largo de la instrucción y, singularmente, en el auto de admisión de la querrela de 31 de octubre de 2017 (FD 4)¹³¹. Desde el momento en que el objeto de las acusaciones son hechos que tuvieron efectivamente lugar en los meses de septiembre y octubre de 2017, la única opción para que la atipicidad de lo acontecido como ejecución de un delito de rebelión pueda franquear el paso a la sanción de la preparación delictiva pasa por entender que se produjo una desviación de tal magnitud entre lo proyectado por los conspiradores y lo finalmente acaecido que no resulta posible hilvanar ambos momentos en una secuencia congruente. De otro modo, caso de haber coincidido lo realmente llevado a cabo con lo previamente planeado, no cabría conspiración, pues pondría en evidencia que los acusados, ya de entrada, no habrían resuelto ejecutar una conducta objetivamente idónea para colmar la tipicidad del delito¹³².

¹³⁰ Es oportuno señalar, por otra parte, que en la Causa Especial 20907/2017 parece operarse con un concepto desmesurado de alzamiento, que podría prolongarse en el tiempo durante meses o incluso años, comprensivo de una amalgama de hechos de muy diversa naturaleza y difícilmente identificables como partes de una insurrección violenta (lo que ha venido tachándose en lenguaje no técnico, en especial periodístico, como "todo es rebelión").

¹³¹ La calificación de conspiración para la rebelión ya figuraba alternativamente en la querrela de 30 de octubre de 2017 de la Fiscalía General del Estado ante el TS contra la presidenta y miembros de la mesa del *Parlament* (apartado IV.III.1ª) al entenderse que el imprescindible *pactum sceleris* habría concurrido de un modo «firme, como resulta del hecho de haberse concretado la fecha para la realización del referéndum vinculante, y alcanza la realización de todas las acciones ejecutivas necesarias para hacerla efectiva procurando la movilización social, el apoyo de la policía autonómica, el control del presupuesto necesario para su efectividad, y la utilización de vías violentas para impedir la oposición por parte de las fuerzas de orden público». *Vid.* también el auto de 5 de enero de 2018 de la sala de recursos del TS (FD II 4).

¹³² La necesidad de que la conducta proyectada en fase de preparación sea idónea respecto del delito de que se trate es doctrina mayoritaria en Alemania. Con respecto a los actos preparatorios para el delito de alta traición del § 83 del *StGB* (se trata de un caso de preparación específico, más allá de la previsión genérica del § 30), *vid.* SONNE, *AK*, § 81 marg. 16; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹², § 81 marg. 7; o ZÖLLER, *SK*⁹,

Esto es, para condenar por conspiración debería llegarse a la conclusión de que los hechos realizados no son penalmente relevantes porque, en contra de lo que se habrían propuesto los acusados, no revistieron violencia o no la revistieron en grado suficiente para conformar una conducta típica de rebelión en los términos expresados *supra* y, a la vez, considerar que el alzamiento violento que habrían planificado en fase preejecutiva y que finalmente no tuvo lugar sí que reunía, en cambio, todas las condiciones para ser puesto en práctica de un modo idóneo¹³³. Lo cual debe traducirse en presumir que los acusados se habrían concertado para emprender una actuación (considerablemente) más violenta que la que a la postre se produjo.

Para que prosperara una condena en esos términos sería evidentemente preciso, además, identificar las concretas circunstancias en que se habría incubado el acuerdo vertebrador del complot rebelde y sortear las dificultades de conciliación de la firmeza de la *resolutio finis* propia de la conspiración con una imputación subjetiva que, a tenor de lo visto a lo largo de la instrucción, se intuye que pretende plantearse a título de dolo eventual¹³⁴. Tampoco parece tarea sencilla, por otra parte, la determinación del marco temporal de la pretendida conspiración, los meses o quizá incluso años previos a los acontecimientos de septiembre y octubre de 2017 en los que ya se habría estado gestando supuestamente la insurrección violenta, ni dilucidar las razones por las que no se habría llegado a superar el inicio de la ejecución

§ 81 marg. 9. De otra opinión, STERNBERG/LIEBEN, *Sch-Sch*³⁰, § 81 marg. 2. En la doctrina española, sobre la viabilidad del proyecto concertado y la impunidad de una conspiración para ejecutar un delito imposible de llevar a cabo en la práctica, *vid.* ya, en su momento, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentario al art. 4», en J. Córdoba Roda/*idem*, *Comentarios al Código penal. Tomo I (Artículos 1 a 22)*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 153 y ss.; ahora MOLINA FERNÁNDEZ, en *idem* (coord.), *Memento penal 2019, op. cit.*, marg. 2.677, requiriendo la idoneidad *ex ante* del plan (aunque resulte *ex post* fallido), como ocurre en fase ejecutiva para la tentativa punible, o yo mismo en «Comentario al art. 17», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo I*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 222.

¹³³ Sobre la necesaria aptitud de la insurrección planeada en fase de preparación resulta ilustrativa la SCSJM de 14 de noviembre de 1984, que califica como delito de rebelión militar en grado de conspiración los hechos del 28 de octubre de 1982 (operaciones 'Marte' y 'Halcón'). En dicha resolución, en contra de la alegación por parte de la defensa de una supuesta inidoneidad de los medios que se había planeado utilizar, se constata la existencia de «una rebelión armada proyectada en Madrid con ramificación a toda la nación, en la que se preveían aislamiento de comunicaciones, ocupación de puntos neurálgicos, detención de personas, objetivos, comandos en acción, lugares de detención, cortes de circulación, mapas de operaciones, mandos militares, unidades de artillería, neutralización de personalidades determinadas, clasificación de los funcionarios de los servicios de comunicación, radio y televisión; y fecha de llevar a cabo inicialmente la acción el 27 de octubre de 1982». *Vid.* GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal, op. cit.*, p. 234, aplaudiendo el análisis en esos términos de la idoneidad del proyecto para ponderar la lesividad del acto preparatorio.

¹³⁴ Sobre la incompatibilidad entre conspiración y dolo eventual, *vid.* ya CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer delito: Interpretación del art. 4 I Cp (Los actos preparatorios de la conspiración)*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 138 y s. Asimismo, indirectamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentario al art. 4», *op. cit.*, p. 156, al afirmar que si llegan a realizarse los hechos proyectados los conspiradores responderán —como coautores, se entiende— por dolo directo. En la doctrina alemana, en cambio, en relación la preparación para la alta traición, se considera suficiente el dolo eventual: *vid.* KUHLE/HEGER²⁹, § 83 marg. 4, o LAUFHÜTTE/KUSCHEL, *LK*¹² marg. 7.

típica de un modo ajeno al propio desistimiento de los conspiradores para quedar todo detenido en fase de preparación.

Por lo demás, la reconducción de los hechos a los actos preparatorios punibles del art. 477 Cp, y en concreto a la conspiración, tropieza con otro obstáculo adicional vinculado a su naturaleza de supuestos de codeinuencia ubicados en la antesala del delito. La conspiración, según parecer doctrinal muy mayoritario y consolidado, constituye un caso de coautoría anticipada, esto es, los conspiradores se conciertan para la ejecución ulterior del delito como coautores del mismo (coautores en el sentido del concepto estricto de autor del primer inciso del art. 28, no de la autoría a efectos penológicos). De modo que, si se avanza en el *iter criminis* y se rebasa el momento del inicio de la ejecución, dejándose atrás la fase de preparación, los conspiradores pasan a ser castigados como coautores de un delito intentado o consumado, según sea el caso. Pues bien, para castigar a alguien como conspirador en un delito de rebelión es imprescindible que el proyecto criminal contemple el empleo por su parte de violencia o de amenaza de violencia en fase ejecutiva a título de autor material de la misma. Pero en la causa especial 20907/2017 los hechos que en principio se atribuyen a los dirigentes independentistas —y que deberían merecer la consideración de atípicos en fase ejecutiva para propiciar un castigo por conspiración— parecen no constituir propiamente actos cometidos a título de autor, sino que revisten más bien las características de la inducción (el escrito de acusación de Fiscalía imputa ambiguamente a cuatro de los acusados un delito de rebelión a título de «promotores y/o jefes»). Aunque se encuentren ambas conductas reunidas en el art. 473.1, parificándose a efectos penológicos actos de autoría en sentido estricto, por una parte (jefes, mandos subalternos y meros ejecutores de la rebelión), con actos característicos de la inducción como supuesto de participación elevado a delito, por la otra (así debe ser entendida la referencia a quienes «induciendo a los rebeldes» promuevan la rebelión), no puede olvidarse que se trata de formas materialmente distintas de intervención en el delito. Para condenar por conspiración, por consiguiente, debería probarse que los conjurados pretendían algo más que coinducir a una rebelión (conspiración para la coinducción), un supuesto que quedaría impune en el marco de dicho acto preparatorio punible, esto es habría que verificar que se proponían ejecutarla a título de coautores (del mismo modo que por razones obvias resultan inaplicables los otros dos actos preparatorios —proposición y provocación— en relación con este primer inciso del art. 473.1 de acto de participación castigado autónomamente)¹³⁵.

Diferente sería que se considerara que la incitación a alzarse violentamente sí se llegó a producir, pero no fue exitosa, esto es, no fue seguida de actos ejecutivos de autoría propios de una rebelión consumada. Este último supuesto hallaría acomodo en un acto preparatorio punible distinto al de la conspiración, la provocación del art. 18 Cp, en el hipotético caso de que se pudiera probar que efectivamente se registró dicho llamamiento público a una insurrección violenta y no fue seguido de su realización¹³⁶.

¹³⁵ En el caso del 23-F hubo una condena por conspiración para la rebelión militar del art. 291 del antiguo Código de Justicia Militar a un civil que había intervenido en las reuniones previas al golpe de estado, pero no en el alzamiento mismo (SCSJM de 3 de junio de 1982). Vid. GARCÍA RIVAS, cuestionando dicha calificación en *La rebelión militar en Derecho penal, op. cit.*, pp. 227 y s. También se castiga por un delito de rebelión militar en grado de conspiración el Caso del 28-O, como se ha indicado *supra* (SCSJM de 14 de noviembre de 1984), y previamente por conspiración y proposición la denominada 'Operación Galaxia' (SCSJM de 2 de julio de 1980). Más recientemente, bajo la vigencia del Código penal de 1995, contamos con varios autos de archivo de acciones penales por actos preparatorios en relación con el llamado Plan Ibarretxe o con etapas precedentes del *procés* independentista catalán: *vid.* nota 1.

¹³⁶ En la querrela de la Fiscalía General del Estado de 30 de octubre de 2017 ante el TS (apartado IV.III.2ª) se consideraba que concurriría también una proposición para la rebelión del art. 17.2 Cp «al menos respecto a las invitaciones que hayan podido realizarse a determinados mandos de los *Mossos d'Esquadra*

7. Conclusiones

(1) Cualquier Estado de Derecho tiene un interés indudable en protegerse a sí mismo contra ataques ilegítimos que puedan comprometer su arquitectura constitucional o, más aun, poner en peligro su propia existencia. El art. 472 del Código penal español tipifica la rebelión, a la cabeza de los delitos contra la Constitución, como la más grave amenaza a la que puede enfrentarse un Estado democrático. Por eso se castiga con penas extraordinariamente duras —hasta treinta años de prisión para su variante más grave— la conducta de alzarse violenta y públicamente para una amalgama de fines (en el caso del apartado 5, el de «[d]eclarar la independencia de una parte del territorio nacional») que tienen en común el hecho de representar una tentativa de socavamiento de las bases del orden constitucional y que materialmente constituyen, en consecuencia, un golpe de estado.

(2) El legislador penal de 1995 reservó dicha figura delictiva para los intentos violentos de alcanzar esos objetivos, dejando atrás otras tipologías sancionadoras que castigaban la lucha por su consecución a través de medios legítimos (como el desaparecido delito de atentado contra la integridad de la nación española del art. 217.3 del Cp derogado), irreconciliables con un ordenamiento jurídico que acoge como uno de sus valores superiores el pluralismo político y reconoce como derecho fundamental la libertad ideológica. Por otra parte, devino asimismo penalmente irrelevante la denominada 'rebelión sin alzamiento' o 'rebelión impropia' del art. 217.1 del Cp anterior, que incriminaba la utilización de medios ilegales, pero no violentos («por astucia o fuera de las vías legales»), para la materialización de los propósitos antedichos (y en la que podría encajar el así llamado 'golpe palaciego').

(3) La previsión genérica de violencia en el art. 472 Cp, sin especificar las modalidades de la misma significativas para el tipo de rebelión, se muestra poco respetuosa con el mandato de taxatividad de las leyes penales y propicia posibilidades interpretativas dispares. Resulta ineludible introducir pautas hermenéuticas reductoras de la imprecisión que permitan delimitar el ámbito de lo criminalmente trascendente con el exigible margen de seguridad. Esencial se presenta en este sentido, desde parámetros teleológico-valorativos, atender al fin de protección perseguido por la norma penal. La identificación del objeto de tutela —el orden constitucional— permitirá detectar las conductas que pueden ponerlo en peligro de un modo sensible y orillar a la vez lo que se revela inocuo a estos efectos. Deberá prestarse atención, complementariamente, al severísimo marco punitivo que la rebelión lleva asociado con vistas a asegurar la compatibilidad del umbral de relevancia típica así trazado con el principio de proporcionalidad.

para facilitar la realización del referéndum, con independencia de que los mismos hayan aceptado o no la proposición, pues la propuesta es seria, consistente y generadora de un peligro manifiesto para quebrar las bases de España».

(4) Desde esta óptica resulta preferible adoptar una interpretación hasta cierto punto amplia del término 'violencia', que, sin desbordar el tenor literal posible de la ley, pueda acoger en su seno no solo a la ejercida físicamente contra las personas, sino de igual forma a la psíquica (entendida como amenaza de violencia física), una vez advertida la idéntica potencialidad lesiva que circunstancialmente ambas pueden evidenciar. Pero simultáneamente, tomando en consideración precisamente razones de antijuridicidad material, parece imprescindible apostar por un entendimiento más restrictivo que el que se acostumbra a manejar en el caso de figuras delictivas que tutelan bienes individuales, soslayando particularmente el proceso de volatilización que ha experimentado el concepto en relación con el delito de coacciones. De este modo solo devendrá típica la violencia empleada por los sublevados que se proyecte sobre la vida o la salud personal de terceros (autoridades legítimas o ciudadanos ajenos a la insurrección). Esto es, el alzamiento violento debe cursar a través de la realización de conductas que aisladamente consideradas puedan ser constitutivas de delitos de homicidio o de lesiones (o bien por medio de la amenaza fundada y seria de cometer esos delitos). Excluida queda, por su parte, la fuerza sobre las cosas como vía comisiva autónoma: su significación deberá restringirse a aquellos casos en que pueda constituir mediatamente una intimidación (amenaza de violencia física) relevante sobre las personas en los términos apuntados.

(5) Además, la ensambladura de la violencia como medio comisivo con el verbo rector de la formulación típica —'alzarse'— conlleva la exigencia de un comportamiento activo. La *vis* física (que se ejerce o con la que se amenaza) debe ser entendida como acometimiento corporal, lo cual coloca extramuros del radio de la acción típica las conductas de mera resistencia pasiva, mucho más en la medida en que puedan consistir en el ejercicio pacífico de derechos fundamentales como los de reunión o manifestación.

Incorre en analogía *in malam partem* incompatible con el principio de legalidad cualquier reinterpretación de la tipicidad objetiva del delito que desemboque en la práctica en la equiparación de un 'alzamiento violento' con el mero actuar 'fuera de las vías legales', aunque sea para alcanzar las mismas finalidades previstas en el art. 472 Cp (y con la consiguiente resurrección de la derogada rebelión sin alzamiento por la puerta de atrás).

(6) Es más, existen argumentos de distinto signo que avalan la identificación del alzamiento del art. 472 con el ejercicio de una violencia de carácter armado. El probablemente más convincente se apoya en el único pronunciamiento directo del Tribunal Constitucional sobre el delito de rebelión (STC 199/1987), en el que, al socaire de la parificación de su tratamiento penal y procesal con el terrorismo como formas más graves de criminalidad contra el sistema democrático, queda caracterizado como una insurrección que 'por definición' se lleva a cabo con armas.

Variadas razones apuntalan dicha intelección. Así, la interrelación entre la rebelión, como presupuesto que habilita la declaración del estado de sitio, y la subsiguiente activación de las fuerzas armadas en su encomienda de la defensa del orden constitucional parece sugerir que si solo puede ser abortada recorriendo al poder militar necesariamente debe tratarse de una sublevación armada. Además, las distintas referencias a la milicia que salpican otras previsiones legales contenidas en el mismo capítulo del Cp en el que se inserta el art. 472 revelan los patrones de una figura tributaria de un contexto histórico-legislativo muy definido y, como consecuencia, prácticamente recortada a la hechura del alzamiento armado por excelencia: la rebelión militar.

No constituye un escollo insalvable para la interpretación que se propone la existencia de una circunstancia agravatoria consistente en 'esgrimir armas' (art. 473.2), eventualidad que, al implicar algo más que el simple hecho de tenerlas los alzados a su alcance, puede cohabitar armónicamente con una modalidad básica de rebelión en la que se exija disponer de un armamento del que no se llega a hacer uso efectivo. En cualquier caso, más allá de condicionamientos interpretativos de naturaleza gramatical, histórica o sistemática, el asidero más firme para requerir que concurra una violencia armada lo proporciona, en términos de lesividad, la ausencia de posibilidades de éxito (y por ello de afección al bien tutelado) de una opción diferente (*vid. infra*).

(7) La tipicidad objetiva de la rebelión, como delito de consumación anticipada y en concreto de resultado cortado, se satisface con la verificación de una conducta enderezada a la consecución de una finalidad determinada («los que se alzaren violenta y públicamente *para*»), sin que sea necesario que esta última llegue a materializarse. Por exigencias del principio de ofensividad, en todo caso, la relevancia penal de los hechos se supedita a la constatación *ex ante* de su idoneidad objetiva para alcanzar el resultado ambicionado por los rebeldes (que en el caso del art. 472.5 Cp se cifra en la independencia de una parte del territorio). En otro caso, si no ha concurrido violencia o lo ha hecho en un grado insuficiente, nos hallamos ante un intento inidóneo carente de contenido lesivo relevante y atípico al menos desde la perspectiva del delito examinado.

En el caso del art. 472.5 Cp, la idoneidad no debe vincularse con la aptitud de la conducta para conducir a una mera declaración retórica de secesión no seguida de su implementación efectiva (inocua para el bien protegido), sino con su capacidad para desembocar en la constitución del territorio en cuestión en una nueva entidad política independiente. Por otra parte, la violencia concurrente debe ser preordenada o finalística, esto es, directamente encaminada a hacer realidad la pretensión que espolea a los sublevados, quedando fuera de consideración típica la que pueda emerger puntualmente de un modo periférico o incidental.

(8) Para valorar la viabilidad de la empresa rebelde, además de su carácter plural y organizado, resulta imprescindible poner en relación su capacidad para poner en jaque el orden constitucional con la solidez del Estado para sofocarla. Y es que las expectativas de triunfo del alzamiento violento son inversamente proporcionales — resulta obvio— a la robustez del orden legítimo para oponerle resistencia. A este respecto, la contundencia de los mecanismos de autodefensa de que dispone el Estado, teniendo en sus manos el monopolio de la violencia legítima, comporta que todo pulso lanzado por una intentona insurgente sin el recurso a las armas se vea abocado al fracaso. En ese contexto, se ha propuesto en la doctrina penal, como posible baremo para ponderar la idoneidad de la insurrección, el dato de que sea capaz de suscitar (sin que sea necesario que llegue a producirse) la declaración del estado de sitio, esto es, que el Estado se vea precisado a recurrir a la fuerza militar para su neutralización (LO 4/1981, de 5 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio). Subsidiariamente, puede resultar asimismo indicativo de su nivel de peligrosidad el hecho de que la gestión de la crisis requiera la declaración de una 'situación de interés para la seguridad nacional' en los términos expresados en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre.

Que las posibilidades de triunfo del levantamiento se asocien a su carácter armado implica una restricción considerable del universo de conductas penalmente relevantes. Esa consecuencia no puede extrañar: se trata de tutelar un bien jurídico difícilmente susceptible de ser puesto en peligro de un modo inquietante en las coordenadas geopolíticas en las que nos situamos. Esta elevación del umbral de relevancia típica se justifica asimismo por razones de proporcionalidad, en atención a la extraordinaria gravedad de la pena que el delito de rebelión lleva aparejada.

(9) Por lo que se conoce hasta el momento de concluir este trabajo, a partir de los hechos que aparecen indiciariamente recogidos en la Causa Especial 20907/2017, en el denominado proceso contra el *procés* independentista catalán, y con la cautela que exige no poder tomar en consideración lo acontecido en fase probatoria, no parece posible una condena por el delito de rebelión del art. 472.5 Cp. Para ello sería preciso constatar que durante los meses de septiembre y octubre de 2017 se habrían registrado actos de violencia física (o de violencia psíquica, entendida como amenaza de violencia física) contra las personas, finalísticamente encaminados a posibilitar la constitución de Cataluña en un estado independiente (no una mera declaración formal de independencia) y objetivamente idóneos para conseguirlo. Esto es, debería concluirse que los hechos atribuidos a los acusados (dicho esto sin atender a requerimientos adicionales de imputación objetiva o subjetiva) revestían un grado de violencia suficiente —que aquí se ha identificado con su carácter armado— para que el Estado pudiera verse forzado a claudicar y resignarse a la secesión. Lo antedicho no es óbice para que un intento inidóneo de socavar el orden constitucional a través de vías ilegales (no violentas o insuficien-

temente violentas), atípico en relación con el delito de rebelión, no pueda ser subsumido *de lege lata* en otras tipologías penales más acordes con el verdadero alcance lesivo de lo ocurrido.

(10) Por último, en la Causa Especial 20907/2017 tampoco parece viable la calificación de conspiración para la rebelión del art. 477 en relación con el art. 17.1 Cp. La sanción por dicho acto preparatorio, una vez constatada la atipicidad de los hechos realmente acaecidos (por no revestir violencia alguna o no hacerlo con la intensidad necesaria), requeriría comprobar la concertación de los acusados en fase preejecutiva para llevar a cabo una actuación manifiestamente distinta a la efectivamente realizada. A diferencia de esta última, para la conspiración punible haría falta probar que sus planes y *resolutio finis* sí se habrían proyectado sobre una conducta dotada de un grado de violencia bastante para que el alzamiento pudiera ser tenido como objetivamente idóneo para alcanzar el fin perseguido. Por lo que se conoce hasta el momento de dar por finalizadas estas consideraciones, tampoco concurren elementos suficientes que permitan avalar dicha hipótesis.