

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Sala Civil i Penal

Diligències Prèvies nº 1/2015

Causa penal nº 16/2014

**AL IL·LUSTRÍSSIM SR. MAGISTRAT INSTRUCTOR DE LA
SALA DEL PENAL DEL TSJC**

JAUME GUILLEM RODRÍGUEZ, Procurador del Tribunals i de la Il·lustre Sra. **IRENE RIGAU I OLIVER**, Diputada al Parlament de Catalunya, la representació de la qual tinc degudament acreditada en aquestes actuacions, comparec davant de la Ilma. Sala i MANIFESTO:

Que un cop practicades les diligències essencials del procediment i acreditada la més absoluta manca de rellevància penal dels fets que s'atribueixen a la Sra. Rigau, mitjançant aquest escrit sol·licito que declari el **SOBRESEÏMENT LLIURE I ARXIU** de les actuacions, una petició que baso en les següents

AL·LEGACIONS

PRIMERA.- Concreció dels fets investigats

Un cop practicades les diligències essencials del procediment, aquesta representació considera que ha quedat plenament confirmada l'absoluta manca de rellevància penal dels fets que són objecte de la instrucció, com ja va exposar aquesta defensa en el seu recurs de súplica contra la interlocutòria inicial d'admissió de la querella interposada pel Ministeri Públic. Cap de les conductes realitzades per l'Il·lustre Diputada i ex Consellera d'Ensenyament Irene Rigau

en relació amb el procés participatiu que tingué lloc a Catalunya el dia 9 de novembre de 2014 mereix ser considerada, en general, com a constitutiva de delictes i, de manera més concreta, **no pot considerar-se com a constitutiva d'un delictes de desobediència, de malversació de cabals públics o de prevaricació**, que són els tres tipus penals esmentats en la Interlocutòria de 8 de gener de 2015 (p. 16) per la qual la Ilma. Sala va admetre a tràmit la querella de la Fiscalia.

Abans de procedir a fonamentar aquesta conclusió, i per tal de centrar adequadament l'objecte del procediment, convé en primera instància recordar breument el marc temporal en què cal situar els fets s'investiguen. Així, des del punt de vista fàctic, l'objecte de la instrucció –i, per tant, d'aquesta petició d'arxiu- **ha de centrar-se exclusivament en aquelles actuacions realitzades amb posterioritat al dia 4 de novembre de 2014**, en què es va dictar la Providència del Tribunal Constitucional suspent l'anomenat "Procés de Participació Ciutadana", per bé que segurament la data més exacta sigui el dia **al 6 de novembre de 2014**, és a dir, la data en què **va tenir entrada en el registre de la Generalitat de Catalunya** la Providència esmentada.

La instrucció ha confirmat de manera inqüestionable que aquest procés de participació no té res a veure amb la prèvia "*consulta popular no refrendària sobre el futur polític de Catalunya*" que havia estat suspesa pel Tribunal Constitucional el dia 29 de setembre de 2014. Les diferències entre ambdós són evidents: 1) Els preceptes legals en què s'emparaven l'una i l'altre no són els mateixos: mentre la consulta es basava en els arts 10 a 39 de la Llei 10/2014 del Parlament de Catalunya, el procés tenia la seva base en l'art. 40 i següents d'aquest text legal; 2) Mentre la consulta havia estat convocada per la Generalitat i havia de ser conduïda per funcionaris, el procés participatiu fou realitzat íntegrament per voluntaris i la Generalitat només en tingué la primera iniciativa; 3) La consulta havia de basar-se en el cens electoral i, en canvi, el procés no tenia un registre

previ de votants, sinó que registrava els participants en el mateix moment de manifestar la seva opinió. Per altra banda, la mostra més evident de què “consulta” i “procés” són fets diferents l’aportà el propi Govern espanyol – posterior demandant de la seva suspensió- ja no només per les reaccions públiques d’alguns dels seus membres negant la identitat entre dues convocatòries, i fins i tot ridiculitzant la segona, sinó pel fet d’interposar un recurs d’inconstitucionalitat independent contra el procés participatiu en comptes d’instar un incident d’execució de la Providència suspenent la consulta del 29 de setembre, que hauria estat l’actuació coherent si entre totes dues actuacions hagués existit identitat.

Ha quedat, per tant, **plenament confirmada l’afirmació ja efectuada per la Sala en les seves resolucions de 8 de gener i 30 d’abril de 2015 en el sentit de què els fets anteriors al 4 de novembre de 2014 no poden, en cap cas, considerar-se com a constitutius de delictes**. Un cop feta aquesta consideració inicial, passarem a continuació a rebatre de manera individualitzada el fonament de les diverses imputacions penals que s’adrecen contra la Sra. Rigau.

Finalment, als efectes de centrar l’objecte de la imputació que es dirigeix contra la nostra representada també té una especial importància l’escrit de data 2 de febrer de 2016 presentat pel Ministeri Fiscal, en què **es redueixen a dues concretes les causes de la imputació de la Sra. Rigau**: la pretesa utilització per part seva dels caps dels serveis territorials del seu Departament per garantir que els centres d’ensenyament secundari obrissin el dia 9 de novembre; i la seva suposada intervenció per tal que els voluntaris disposessin d’ordinadors aquell diumenge.

SEGONA.- Irrellevància penal dels fets imputats des del punt de vista del delictes de desobediència (art. 410 CP)

En les seves Interlocutòries d'admissió de les diverses querelles, la Ilma. Sala va considerar que una sèrie de fets produïts amb posterioritat a la Providència del Tribunal Constitucional de 4 de novembre de 2014 podrien donar lloc a un delictes de desobediència, concretament, *“los actos preparatorios, la publicidad institucional, la aparente realización de actos administrativos de desarrollo de carácter verbal o por la vía de hecho hasta llevar a cabo, en edificios públicos de Catalunya, las votaciones el día 9 de noviembre de 2014”* (p. 16 de la Interlocutòria d'admissió parcial de la querella de la Fiscalia). Però un cop culminada la instrucció, considera en canvi aquesta defensa que **en els fets acreditats indiciàriament de cap manera hi concorren els elements exigits per aquest concret delictes**.

L'art. 410 del Codi Penal castiga com a autors de desobediència *“las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales”*. Aquest delictes requereix, bàsicament, la concurrència de **tres elements objectius**: 1) L'existència d'una resolució, decisió o ordre judicial o d'una autoritat superior que obligui un determinat funcionari o autoritat a obrar d'una determinada manera o abstenir-se de fer-ho; 2) L'existència d'una negativa al compliment de l'anterior mandat; 3) I, finalment, que aquesta negativa per part del funcionari o autoritat es manifesti *“obertament”*.

1) Pel que fa al primer requisit (**existència d'un mandat concret**), la Sala Segona del Tribunal Suprem ha declarat (veure, per totes, la Sentència 8/2010, de 20 de gener) que *“la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de desobediencia ha destacado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida, exigencia [que] es continuamente señalada por la jurisprudencia de esta Sala. Así en las SSTs 285/2007 y 394/2007, por citar dos Sentencias recientes, destacan ‘el delito de desobediencia, desde el punto de la vista de la tipicidad, requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato expreso,*

concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias”.

En el cas que ens ocupa la Providència del Tribunal Constitucional de 4 de novembre es limita de declarar la suspensió de l'anomenat “Proces de participació ciutadana”, fent-la extensiva a “*los actos impugnados así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella*” i ordenant que es comuniqui aquesta decisió, exclusivament, al Molt Honorable President de la Generalitat. D'aquesta part dispositiva és evident que **no se'n desprèn la imposició del “mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta” i encara menys un mandat que es dirigeixi de manera individualitzada a la persona de l'aleshores Consellera Irene Rigau**, a qui ni tan sols s'acorda comunicar la Providència, malgrat que en l'esmentada Sentència 8/2010 del Tribunal Suprem s'exigeix per a l'existència d'aquest delictes “*que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido*”. Cal concloure, per tant, que en el cas concret de l'ex-Consellera és evident que no hi concorre aquell “*requerimiento previo, directo e individualizado, que actúe como presupuesto del juicio de tipicidad*” que en la seva interlocutòria de 24 de març de 2014 la Sala a la qual tenim l'honor de dirigir-nos va exigir per apreciar aquest delictes.

2) Tampoc s'observa en els fets imputats l'existència del segon requisit, és a dir, d'un **acte de negativa** al compliment de l'ordre que sigui imputable a la Sra. Rigau ni, de fet, a cap altre càrrec o funcionari de la Generalitat de Catalunya. En efecte, **un cop rebuda la providència de 4 de novembre la decisió de la Generalitat no fou cap altra que presentar dins de termini un escrit davant del propi Tribunal Constitucional** –concretament el dia 7 de novembre– plantejant un recurs de súplica contra la Providència esmentada i alhora demanant, per atressí i de manera subsidiària, que se n'aclarís el tenor literal a fi de poder procedir al seu compliment de manera adequada atesa la

complexitat del procés i les nombroses actuacions realitzades amb anterioritat a la seva impugnació per part del Govern central.

Pretendre que està desobeint una resolució judicial aquella persona o institució que, en temps i en forma, decideix demanar-ne l'aclariment i presentar un recurs previst legalment no només resulta impossible amb una interpretació gramatical del verb "negar-se", sinó que porta a conseqüències absolutament inacceptables en un Estat de Dret que pretengui ser considerat com a tal. **És evident que qui recorre o qui demana un aclariment judicial no està desacatant cap mandat, sinó exercint els seus drets més legítims.** Que per raons que aquesta defensa ignora el Govern espanyol decidís esperar pràcticament al darrer moment a impugnar el "Procés de participació ciutadana", quan podia haver-ho fet molts dies abans i que, en conseqüència, el Tribunal Constitucional no tingués massa temps de respondre la posterior súplica i l'aclariment presentats per la Generalitat –tot i que la Llei li imposa un termini de tres dies per resoldre (art. 267.2 LOPJ)- no és quelcom que hagi de portar a entendre que ha existit un acte de desobediència per part dels càrrecs de l'Administració catalana. En aquest sentit, cal recordar que altes institucions de l'Estat Espanyol no han dubtat en alterar la seva agenda –reunint-se fins i tot en dies festius- quan s'ha tractat de donar tràmit a algunes impugnacions del Govern central contra decisions del Govern català, cosa que perfectament es podia haver fet en aquest mateix cas si hagués existit voluntat de respondre les peticions i impugnacions de la Generalitat i requerir personalment als càrrecs corresponents.

En tot cas, la resposta del Govern central i de la pròpia Fiscalia davant d'aquesta actuació de la Generalitat –pública i notòria- en cap moment fou, com sembla que hauria estat procedent si entenien que s'estava desacatant la Providència, la d'instar el Tribunal Constitucional per tal que es pronunciés sobre si calia requerir en un determinat sentit els alts càrrecs catalans, sinó la més absoluta passivitat. Per aquest motiu **sorprèn notablement que qui al seu**

dia no es va preocupar de vetllar pel compliment de la resolució pretesament desobeïda ara argumenti que ens trobem davant d'un fet penalment rellevant.

En resum: recórrer i/o demanar un aclariment d'una resolució judicial no és una negativa al seu acatament i, per tant, en els fets imputats hi manca també de manera evident el segon element del delict de desobediència.

3) Finalment, en els fets que motiven la imputació de la Sra. Rigau **no s'observa de cap manera que la seva pretesa negativa a obeir s'hagi realitzat de manera "oberta"**. Aquest element ha estat interpretat pel Tribunal Suprem exigint que *"frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde"* (STS 8/2010), afegint la mateixa Sala Segona en altres sentències que *"«abiertamente" ha de ser identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca»"* (SSTS 54/2008, de 8 d'abril i 263/2001 de 24 de febrer) o que *"ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer"* (STS 485/2002, 14 de juny).

"Persistència", "reiteració" o "oposició tenaç, contumaç i rebel" són característiques que de cap manera concorren en l'actuació dels càrrecs de l'Administració catalana i, encara menys, en el cas de la Diputada Rigau, a qui ni tan sols –com s'ha exposat– va dirigir-se cap mandat concret i individualitzat per part del Tribunal Constitucional que la comminés a obrar o

deixar de fer-ho d'una determinada manera en relació amb el "Procés de participació ciutadana". L'única resposta de la Generalitat davant de la Providència del 4 de novembre, com ja s'ha manifestat, fou recórrer-la en súplica i demanar-ne un aclariment, una actuació que de cap de les maneres es pot interpretar com un acte de negativa persistent, reiterada, contumàç o rebel a obeir.

Tots aquests arguments obliguen, per ells mateixos, a concloure afirmant que **als fets que s'imputen a la Sra. Rigau hi manca de manera evident la totalitat dels requisits d'aquest primer delictes**. Una conclusió que no hauria de sorprendre a ningú ja que, **com és públic i notori, la comparteix el propi Sr. Fiscal que va signar la querella, com es desprèn de l'Informe de la Junta de Fiscals de la Fiscalia Superior de Catalunya de data 17 de novembre de 2014**. I la compartia també el mateix 9 de novembre la pròpia Fiscalia General de l'Estat que, malgrat les constants notícies aparegudes en els mitjans de comunicació de tot l'Estat, no va promoure l'evitació del suposat delictes aquell mateix dia o les setmanes següents, doncs és de coneixement general que fins al 25 de novembre els ciutadans que ho van voler van continuar participant en les delegacions de la Generalitat. Precisament perquè és públic que els mateixos Srs. Fiscals que impulsen la querella són perfectament conscients que la Sra. Rigau no ha comès cap delictes, la Sra. Diputada va preferir no respondre les seves preguntes el dia de la seva declaració davant del Sr. Instructor.

En tot cas, resulta evident que **cap de les dues concretes conductes que motiven, segons la Fiscalia, la imputació de la Sra. Rigau poden emmarcar-se dins d'aquest delictes**. En primer lloc, l'ara Diputada no va donar cap instrucció a cap càrrec del seu Departament per tal que garantís que els directors obrissin els centres d'ensenyament, sinó que **simplement des del Departament es van promoure diverses reunions informatives per posar en coneixement dels directors que aquell diumenge la Generalitat, com a titular dels centres, permetria que hi tingués lloc el procés participatiu i informant de com havien**

de procedir. Si alguns directors més endavant van intervenir en el procés ho varen fer sempre a títol individual i com a voluntaris. En tot cas, **aquestes reunions van tenir lloc durant el mes d'octubre, és a dir, molt abans del dia d'inici de la suspensió per part del Tribunal Constitucional, raó per la qual de cap manera es poden considerar un desacatament d'aquesta suspensió.** Per altra banda, **aquells centres els directors dels quals no van voler col·laborar no ho van fer**, la qual cosa demostra que no hi va haver cap instrumentalització de cap funcionari per forçar que s'obrissin els locals.

Finalment, i **pel que fa als ordinadors, cal dir que ja estaven adquirits des de molt abans del dia de la suspensió per atendre necessitats dels centres, a disposició dels quals es troben al dia d'avui.** Van ser voluntaris els que es van ocupar de recollir-los i portar-los als centres, en una decisió que ja estava presa des d'abans del dia 4 (o, més acuradament 6) de novembre i que, per tant, difícilment podria contravenir una suspensió encara inexistent. En tot cas, el fet de no haver aturat aquestes actuacions, si és que tenia capacitat real de fer-ho, difícilment se li pot retreure penalment a la Sra. Rigau si es té en compte que, com ja s'ha exposat àmpliament, **mai fou requerida per a què actués en cap sentit per part del Tribunal Constitucional o cap altre òrgan judicial.**

TERCERA.- Irrellevància penal dels fets imputats des del punt de vista del delictes de prevaricació (404 CP)

Menys evident encara resulta la concurrència d'un possible delictes de prevaricació per part de la Il·lustre Diputada: **en cap dels fets que s'imputen contra la persona de la Sra. Rigau és possible observar-hi la concurrència de l'element bàsic sobre el que el Codi Penal construeix aquest delictes: la resolució arbitrària dictada en un assumpte administratiu.** Resulta totalment sorprenent que pugui imputar-se a un càrrec públic aquest delictes sense que les

parts querellants s'hagin preocupat de detallar quina seria la concreta resolució que motivaria aquesta segona imputació.

En aquest darrer sentit cal assenyalar que és molt nombrosa la jurisprudència que assenyala que **no qualsevol acte administratiu o actuació *de facto* d'un funcionari o autoritat ja mereix ser considerada com a "resolució"**. Així, per exemple, es proclama a la Sentència del Tribunal Suprem 340/2012 de 30 d'abril que:

"(...) como hemos declarado (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1993), por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, **definido como «acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo»**.

(...) En el mismo sentido, la STS 621/2003, de 6 de mayo, nos dice que el tipo objetivo del delito de prevaricación del art. 404 CP requiere la infracción de un deber del funcionario que se debe manifestar en el dictado de una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Es decir, el delito de prevaricación **no consiste en cualquier conducta antijurídica de un funcionario, sino en una muy específica en la que ejerzan funciones administrativas**. O en la STS 939/2003, de 27 de junio, que citando la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42,1), y para lo que aquí interesa, el art. 87,

trata de «la resolución» como **una de las modalidades de finalización del procedimiento administrativo**. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada» (negrita añadida).

En una línea similar, a la STS 268/2007, de 9 de abril, es declara:

“Dentro de los actos administrativos concretos los resolutorios han de diferenciarse de los de trámite, en que aquellos dan definitivamente forma a la voluntad administrativa. Así el TC –sentencia 143/1985– señala que **los actos resolutorios ponen fin a los procedimientos administrativos**, mientras que los actos de trámite instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva. Y el TS precisa que la resolución es un acto de contenido decisorio que resuelve sobre el fondo del asunto con eficacia ejecutiva y que para determinar tal carácter ha de atenderse a la normativa que regula el sector de la actividad pública de que se trate; sentencias de 27.6.2003 y 12.2.1999”.

A cap de les actuacions que a la Interlocutòria de la Ilma. Sala van motivar l'admissió a tràmit de les diverses querelles contra la Sra. Rigau s'hi observa una conducta que pugui considerar-se com a constitutiva d'un acte consistent en “dictar una resolució” definida en els termes exposats. Com s'ha manifestat anteriorment, **els fets atribuïts als querellats amb posterioritat a la comunicació de la Providència del 4 de novembre consistirien en una sèrie de suposades actuacions que de cap manera podrien equiparar-se amb el concepte de resolució exigida en nombrosos precedents per la Sala Segona del Tribunal Suprem**. Afirmar, que no impedir activament –sense haver estat requerida a fer-ho- que particulars realitzin una determinada activitat en centres escolars fora de l'horari lectiu equival a “dictar una resolució en un procediment administratiu” només és possible si el sentit literal d'aquest termes es distorsiona i amplia fins al punt d'incórrer en una **evident vulneració del principi de legalitat penal** (art. 25 CE) i si, a més, es modifica *ad hoc* el que ha estat la jurisprudència tradicional dels tribunals espanyols.

De manera més concreta, com a resultat de la instrucció ha quedat també clarament palès que, sempre amb anterioritat al dia 4 de novembre, **el Departament que encapçala la Sra. Rigau es va limitar a informar els directors dels centres que el 9 de novembre cediria l'ús dels centres -dels quals la Generalitat és titular- als voluntaris** que durien a terme la consulta, però sense que aquesta informació pugui considerar-se de cap prevaricadora ja no només perquè **informar no pot equiparar-se a dictar una resolució administrativa, sinó perquè en aquell moment no hi havia cap suspensió vigent del procés participatiu.** I també ha quedat acreditat que, en cap moment amb posterioritat al 4 de novembre (o al 6 si, com resulta més correcte, partim de la data de notificació de la Providència de suspensió), es van donar ordres des del Departament a cap funcionari per tal que facilités l'activitat dels voluntaris, fins al punt que aquells directors que van decidir que el seu centre no s'obriria el 9 de novembre van aconseguir el seu propòsit. En aquest sentit, l'afirmació en la querella de la Fiscalia (p. 8) de què la contribució de la Consellera hauria consistit en sol·licitar als directors d'institut "*una colaboración consistente en la cesión de los locales de sus centros*" no té, amb tots els respectes, cap sentit, ja que ningú pot demanar a tercers que li cedeixin allò que ja li pertany. I el simple fet de què com a conseqüència de l'activitat dels voluntaris es lliuressin algunes claus o s'emetés puntualment algun rebut tampoc pot equiparar-se, de cap de les maneres, a la conducta consistent en dictar una resolució.

QUARTA.- Irrellevància penal dels fets imputats des del punt de vista del delictes de malversació de cabals públics (432-434 CP)

Encara més sorprenent resulta la inclusió en les querelles d'un possible delictes de **malversació de cabals públics**. De manera resumida cal assenyalar que en el Dret vigent quan succeïren els fets, les conductes objectives sancionades per aquest delictes eren bàsicament tres: a) "*sustraer o consentir que otro sustraiga*

caudales o efectos públicos” (art. 432 CP); b) *“destinar a usos ajenos a la función pública caudales o efectos puestos a su cargo”* (art. 433 CP); i c) *“dar aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración”* (art. 434 CP).

D’acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem *“sustraer”* equival a *“separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos del servicio para hacerlos propios (...) más también es cierto que la doctrina ha subrayado que el sinónimo jurídico gramatical más adecuado para ‘sustraer’ puede ser el de ‘apropiarse’”* (STS 201/2005, de 14 de febrer). Pel que fa al delictes de l’art. 433 CP la conducta de *“destinar a usos ajenos”* consistiria, segons el propi Tribunal, en *“disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio («animus utendi»)”* (STS 914/2012, de 29 de novembre) o en *“sustracción meramente provisoria con fines de uso temporal”* (IntTS de 28 de febrer de 2013). I, finalment, en el cas de l’art. 434 s’exigeix una *“aplicació”* entesa també com a *“utilització”* (STS 226/2006, de 19 de febrer).

A més d’aquests comportaments objectius, els delictes esmentats contenen també certes exigències subjectives a banda del dol, és a dir, del coneixement del caràcter públic dels cabals sostrets. Així, les modalitats de l’art. 432 i 434 CP demanden **l’existència d’ànim de lucre**, un element que el Tribunal Suprem ha definit *“en sentido amplio como «animus lucri faciendi gratia», es decir, considerándolo como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro era propio o ajeno, es decir, que se actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para un tercero (STS 986/2005, de 21 de juliol)”*.

Pel que fa a la modalitat de l’art. 433, i a diferència de l’art. 432, el Tribunal Suprem exigeix com a regla general –i encara que l’article no sembla que ho demandi expressament- la concurrència d’ànim de devolució dels cabals. Així, s’afirma a la STS 914/2012, de 29 de novembre, amb l’ànim de distingir entre els

arts. 432 i 433 que “*será aplicable el art. 433 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio («animus utendi»)* (véanse SSTs de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas). Es por esa razón que el art. 432 se refiere a la acción de sustraer mientras que en el art. 433 CP habla de usar (destinar al uso)”.

A la vista d'aquestes interpretacions **resulta realment sorprenent que s'imputi un delict de malversació a l'ex-Consellera sense que s'hagi pogut individualitzar la realització per part seva entre els dies 4 (o 6) i 9 de novembre de 2014 d'un sol acte de sostracció de cabals públics que anés acompanyat, a més, del propòsit d'enriquiment propi o d'un tercer** que exigeix el Codi Penal o, si més no, de l'ànim d'ús privat i posterior devolució exigida a l'art 433. Així, les úniques actuacions que s'esmenten en la querella de la Fiscalia queden clarament fora del lapse temporal de vigència de les resolucions suspensives de la consulta i el posterior procés participatiu, al marge de les competències de l'aleshores Consellera i sense que es concreti qui se n'hauria beneficiat (p. ex. elaboració de paperetes els dies 18 i 19 d'octubre, tramesa als ciutadans d'una carta convidant a la participació, despeses de manteniment d'una pàgina *web*), de tal manera que la imputació finalment sembla basar-se (pp. 12-13 de la querella de la Fiscalia) en unes **afirmacions absolutament genèriques pel que fa al temps, els beneficiaris i els pretesos perjudicis causats** –manifestant, per exemple, que “*se han producido gastos en informática y telecomunicaciones, en elaboración de material y en difusión institucional*”- que per elles soles haurien de considerar-se com a absolutament insuficients per fonamentar l'obertura d'un procediment penal. De tal manera que, finalment, les úniques despeses que en darrera instància es podrien considerar generades els dies a què es refereix la instrucció i en l'àmbit de competència de la Diputada serien les derivades dels subministraments. Però, com va exposar la mateixa Sra. Rigau, aquests són absolutament inexistents, ja que els subministres dels centres educatius es paguen per mòduls.

En definitiva: es podran compartir o no les motivacions polítiques que varen justificar el procés de participació que el dia 9 de novembre va portar més de dos milions de catalans a manifestar la seva opinió sobre el futur de Catalunya; però resulta inqüestionable que, **si una cosa no va moure els màxims responsables de la Generalitat a l'hora de donar suport a aquest procés, fou la voluntat d'enriquiment propi o de tercers**, per la qual cosa resulta absolutament desencertada la inclusió del delictes de malversació entre les imputacions que es dirigeixen contra aquests càrrecs i, particularment, contra la Sra. Rigau.

CINQUENA.- Conclusió final

És evident, en resum, que **els fets que s'imputen a la Il·lustre Diputada no són incardinables en absolutament cap figura delictiva prevista en el Codi Penal** vigent el dia 9 de novembre de 2014 i, de manera més concreta, no integren cap delictes de desobediència, prevaricació o malversació. Davant d'aquesta evidència cal procedir de manera immediata a acordar el sobreseïment lliure i arxiu de les actuacions.

Per tots aquests motius,

SOL·LICITO A LA SALA: que tingui per presentat aquest escrit i per formulades les anteriors al·legacions, en virtut de les quals es procedeixi en el termini més breu possible a acordar el sobreseïment lliure i arxiu de les actuacions.

Barcelona, a 8 de març de 2016

Jordi Pina Massachs

MOLINS & SILVA

