



LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS CON OCASIÓN DE LA REACCIÓN PENAL AL 1 DE OCTUBRE Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 155 CE

MAYO 2018

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

LA VULNERACIÓN DE
DERECHOS
FUNDAMENTALES Y
LIBERTADES
PÚBLICAS CON OCASIÓN
DE LA REACCIÓN PENAL
A PARTIR DEL 1-O Y LA
APLICACIÓN DEL 155 CE

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1ª edición: Mayo 2018

Informe sobre la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas con ocasión de la reacción penal a partir del 1 de octubre y la aplicación del 155 CE. Mayo 2018

Maquetación: Síndic de Greuges

Foto cubierta: Pixabay

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. CONTEXTO	7
2. LA REACCIÓN ESTATAL (I): MEDIDAS ADOPTADAS EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 155 CE QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS	19
3. LA REACCIÓN ESTATAL (II): ACTUACIONES POLICIALES Y JUDICIALES QUE VULNERAN DERECHOS	23
3.1. Inviolabilidad parlamentaria	23
3.2. Juez predeterminado por la ley	24
3.3. Derecho de defensa	26
3.4. Principio de legalidad penal	28
▪ Rebelión	
▪ Sedición	
▪ Otras calificaciones penales desproporcionadas	
3.5. Prisión provisional, libertad personal, libertad ideológica y derechos políticos .	34
3.6. Imparcialidad judicial	36
3.7. Derecho a la tutela judicial efectiva	38
3.8. Libertad de expresión, reunión y manifestación	39
3.9. Libertad de información.	41
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	43

INTRODUCCIÓN

El Síndic de Greuges de Cataluña, en ejercicio de su función estatutaria y legal de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidas por la Constitución y el Estatuto, ha manifestado en varias ocasiones su profunda preocupación por lo que, con carácter general y en el informe emitido en abril de 2017, ha calificado como retrocesos en materia de derechos humanos en el Reino de España. Esta preocupación se ha acentuado a raíz de la convocatoria y celebración en Cataluña de la consulta popular del día 1 de octubre y de los hechos posteriores, entre los que destaca la aplicación del artículo 155 de la Constitución española (CE) y la reacción penal del Estado.

El Síndic considera conveniente efectuar una consideración de conjunto de esta situación y, a tal fin, ha elaborado este informe, que se estructura en tres partes: (I) en primer lugar, se contextualiza la situación en la que se ha producido la aplicación del artículo 155 de la Constitución y la reacción del Estado al proceso político soberanista en Cataluña; (II) en segundo lugar, se examina la afectación de los derechos fundamentales que produce la aplicación de medidas extraordinarias del Estado, como por ejemplo el artículo 155 CE, y (III) en tercer lugar, se analiza la afectación que se deriva de las acciones policiales y judiciales que se han emprendido, y especialmente la reacción penal a través de la Fiscalía y de diferentes órganos judiciales. Este informe se cierra con los datos disponibles a 30 de abril de 2018.

1. CONTEXTO

El Parlamento de Cataluña aprobó, en el marco del proceso soberanista que había impulsado la mayoría parlamentaria de la XI legislatura, resultante de las elecciones de septiembre de 2015, las leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Ambas leyes fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional (TC), que las suspendió de forma automática en aplicación del artículo 161.2 CE, realizándose notificaciones personales a los miembros de la Mesa del Parlamento, del Gobierno y de la Sindicatura Electoral de Cataluña, nombrados por el Parlamento después de la aprobación de la Ley 19/2017, advirtiéndoles del deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que fuera contraria a las suspensiones decretadas. Posteriormente, ambas Leyes fueron declaradas inconstitucionales y nulas por el TC, mediante las sentencias 114/2017, de 17 de octubre, y 124/2017, de 8 de noviembre, respectivamente.

El Decreto de convocatoria del referéndum (139/2017, de 6 de septiembre) y el Decreto de normas complementarias (140/2017, de 6 de septiembre), publicados en el DOGC del día 7, fueron igualmente impugnados por el Gobierno del Estado y suspendidos automáticamente por el TC, mediante providencias del mismo 7 de septiembre, publicadas en el BOE el día 8 de septiembre. Ambas providencias ordenaban la notificación personal (en la relativa al decreto de normas complementarias, además de los miembros del Gobierno, a 60 cargos públicos de la Administración de la Generalitat y a todos los

alcaldes y alcaldesas de Cataluña) advirtiendo del deber de no realizar ninguna actuación contraria a la suspensión. El mismo día 7 de septiembre el Parlamento nombró a los miembros de la Sindicatura Electoral de Cataluña, mediante la Resolución 807/XI, que fue impugnada por el Gobierno estatal y suspendida por el TC por providencia del mismo día 7 de septiembre, publicada en el BOE el día 8, con la orden de notificación personal a diferentes cargos y personas, entre ellas las personas nombradas, y la advertencia del deber de no actuar en contra de la suspensión. A instancias del Gobierno estatal, el TC, mediante Auto 126/2017, de 21 de septiembre, impuso a los miembros de la Sindicatura una multa coercitiva por entender que el día 8 de septiembre habían llevado a cabo alguna actuación que se circunscribía dentro del ámbito de la suspensión. Los miembros de la Sindicatura renunciaron a sus cargos y el TC levantó las multas mediante Auto de 14 de noviembre de 2017.

Tras la aprobación de la Ley del referéndum y del Decreto de convocatoria, el Gobierno estatal intervino las finanzas de la Generalitat, con la exigencia, primero, de una certificación de que no se financiaba “ninguna actividad no amparada en la ley, ni contraria a las decisiones de los tribunales”¹ y con el establecimiento, después, de la falta de disponibilidad de créditos presupuestarios y la intervención de los pagos de la Generalitat.² En estas mismas fechas, el Fiscal Superior de Cataluña dictó una instrucción por la que asignaba a un alto cargo del Ministerio del Interior la coordinación de las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado con los Mossos d’Esquadra-Policía de Cataluña en referencia al dispositivo policial para impedir el referéndum.³

¹ Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 15 de septiembre de 2017, por el que se adoptan medidas en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña, BOE de 16 de septiembre de 2017.

² Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por la que se declara la no disponibilidad de créditos en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para 2017, BOE de 21 de septiembre de 2017. Esta medida y la anterior fueron justificadas expresamente al amparo de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera, a pesar de que ni por su finalidad ni por el procedimiento seguido se ajustan a ella, como ya puso de manifiesto el Síndic en el informe de 22 de septiembre de 2017: <http://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=53&ui=4713&prevNode=408&month=8>

³ Instrucción 4/2017, de 22 de septiembre, dirigida a las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado y los Mossos d’Esquadra. El Fiscal no tenía facultad para dirigir las actuaciones de la policía judicial en el asunto de la desobediencia al TC y sus consecuencias jurídico-penales cuando emitió la Instrucción 4/17, porque esta facultad correspondía exclusivamente al juez de instrucción que ya conocía de la causa. Tampoco tenía facultad para dirigir a la policía gubernativa para el control del orden público en los incidentes relacionados con el referéndum, porque en ningún caso corresponde al Fiscal esa función gubernativa. El nombramiento por el Fiscal de la autoridad que desempeña tal control carecía de soporte legal. La coordinación y la

Igualmente, a partir de aquel momento se intensificó la acción policial para impedir la celebración del referéndum, a cargo especialmente de la Policía Nacional y de la Guardia Civil, con efectivos desplazados expresamente a Cataluña a tal fin, con el registro de empresas, domicilios particulares y otros locales, incluido el intento de entrada en la sede de un partido político con representación parlamentaria, el decomiso de diferente material de votación y el cierre de sitios web, entre otras actuaciones que también incluyeron la prohibición de actos públicos relativos al referéndum y la detención de varias personas, altos cargos y técnicos de la Generalitat. Estas acciones se llevaron a cabo en gran parte en el marco de una investigación abierta en el Juzgado de Instrucción n. 13 de Barcelona, en febrero de 2017, a partir de una denuncia de Vox (partido político extraparlamentario de ultraderecha) y de un particular a raíz de unas manifestaciones de un senador en varios actos públicos sobre los preparativos que, en su opinión, se estaban realizando sobre el referéndum en Cataluña.

El día 1 de octubre tuvo lugar la consulta, sin sindicatura electoral, tarjetas censales ni designación previa de las mesas electorales. Las mesas fueron constituidas mayoritariamente por personas que ya se encontraban en los locales electorales, muchas de ellas desde la noche anterior. La votación se realizó en urnas y con un censo electrónico universal. La policía, en cumplimiento de la orden judicial

de 27 de septiembre de 2017,⁴ que disponía un conjunto de medidas para evitar la celebración del referéndum, clausuró a lo largo del día 250 colegios (aprox. 160 los Mossos d'Esquadra, y 90 la Policía Nacional y la Guardia Civil). A pesar de que la orden judicial advertía que debía impedirse la celebración del referéndum “sin afectar la normal convivencia ciudadana”, durante la jornada se produjeron numerosos incidentes debido a las cargas e intervenciones de los cuerpos y las fuerzas de seguridad del Estado para impedir o detener la votación, con un resultado de 991 personas lesionadas.⁵ Respecto a estos hechos, la Estructura de Derechos Humanos de Cataluña, integrada por el Síndic de Greuges y el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, ha exigido una investigación objetiva, clarificadora y con determinación de responsabilidades respecto a la vulneración de derechos fundamentales por las alegaciones de uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos y las fuerzas de seguridad del Estado, tal y como también han solicitado el Consejo de Europa y las Naciones Unidas, y tal y como se comprometió el Gobierno del Estado ante el secretario general del primero de estos organismos.⁶

El día 10 de octubre se celebró una sesión plenaria del Parlamento de Cataluña, con un orden del día que preveía la “comparecencia del presidente de la Generalitat para informar sobre la situación política actual”, en sustitución de la que el TC había suspendido para el día 9 de octubre para valorar los

planificación de los cuerpos policiales corresponde a órganos legalmente establecidos, reglamentariamente organizados, en ninguno de los cuales tiene preeminencia el Fiscal, ni capacidad de decidir por ellos, ni de presidir ni representar. Esta función corresponde, en cada caso, al Ministro de Interior, a los gobernadores civiles (delegados del Gobierno desde la ley 6/97), al consejero de Interior (antes de Gobernación), a la Junta de Seguridad de Cataluña y hasta a los alcaldes en las Juntas locales de Seguridad. Nunca al Fiscal (véase Ley 2/86, art 48 a 50, Real Decreto 769/87 arts. 32 y 33, y Ley 4/2003 arts. 4, 6 y 8).

⁴ Auto de 27 de septiembre, dictado por la instructora de la Sala Civil y Penal del TSJC en las diligencias previas 3/2017, en que se acumulaban dos querellas presentadas por el Fiscal Superior de Cataluña contra miembros del Gobierno de la Generalitat, centradas “en la desatención del Executiu a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que había admitido a trámite los recursos planteados por la Abogacía del Estado contra los Decretos 139/2017 de convocatoria del referéndum de autodeterminación y el 140/2017 de normas complementarias para dicha celebración, así como contra la de la Ley del referéndum 19/2017, con la consecuente suspensión, mediante el dictado de tres providencias del 7 de septiembre pasado, de las tres normas en cuestión, respecto de las cuales, además, el Tribunal Constitucional hacía especial advertencia a los miembros del Govern, notificándoselo personalmente, de abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación que permita la preparación o celebración del referéndum previsto para el próximo 1 de octubre”.

⁵ CatSalut. 2017. *Informe sobre los incidentes de los días 1 al 4 de octubre de 2017. Pacientes atendidos durante la jornada electoral y días posteriores a consecuencia de las cargas de los cuerpos policiales del Estado* http://premsa.gencat.cat/pres_fsdp/docs/2017/10/20/11/15/232799c8-755f-4810-ba56-0a5bbb78609c.pdf

⁶ http://www.sindic.cat/site/unitFiles/5080/EDHC_declaracio_1Oct.pdf

resultados del referéndum.⁷ En este pleno, el presidente Puigdemont manifestó: “Asumo, al presentarles los resultados del referéndum ante todos ustedes y ante nuestros conciudadanos, el mandato del pueblo que Cataluña se convierta en un estado independiente en forma de república” y de inmediato dijo: “Con la misma solemnidad, el Gobierno y yo mismo proponemos que el Parlamento suspenda los efectos de la declaración de independencia para que en las próximas semanas emprendamos un diálogo sin el cual no es posible llegar a una solución acordada”.⁸ Después de esta sesión parlamentaria, los diputados de Junts pel Sí y de la CUP hicieron pública la Declaración de los representantes de Cataluña, con un contenido propio de una declaración de independencia.⁹

A raíz de este pleno y la declaración, el Gobierno del Estado puso en marcha el proceso de aplicación del artículo 155 CE, mediante un requerimiento¹⁰ al presidente de la Generalitat en el que se le pedía que confirmara si alguna autoridad de la Generalitat había declarado la independencia de Cataluña o si la declaración del día 10 de octubre implicaba una declaración de independencia, al margen de que estuviera o no en vigor. En caso de que la respuesta fuera positiva, se le requería que revocara esta declaración y ordenara el cese de cualquier actuación dirigida a la configuración de Cataluña como estado independiente y al cumplimiento de las resoluciones del TC. Se añadía, además, que cualquier contestación al requerimiento diferente a una mera respuesta afirmativa o negativa

se consideraría una confirmación. El presidente de la Generalitat contestó con dos cartas,¹¹ en que, después de varias consideraciones sobre la situación política en Cataluña, se pedía una reunión con el presidente del Gobierno español para empezar un proceso de diálogo y abría la posibilidad de que el Parlamento, si persistía la falta de diálogo, pudiera proceder, si lo estimaba oportuno, a votar la declaración formal de independencia que no votó el día 10 de octubre.

El Gobierno estatal entendió que estas cartas no daban respuesta al requerimiento formulado, lo consideró desatendido y el día 21 de octubre acordó solicitar al Senado la aprobación para adoptar una serie de medidas aplicación del artículo 155 CE,¹² con los objetivos de “restaurar la legalidad constitucional y estatutaria, asegurar la neutralidad institucional, mantener el bienestar social y el crecimiento económico, y asegurar los derechos y libertades de todos los catalanes”. Las medidas se articulaban en cinco ámbitos: (A) presidente de la Generalitat, vicepresidente y Gobierno; (B) Administración de la Generalitat; (C) determinados ámbitos de actividad administrativa; (D) Parlamento de Cataluña; (E) medidas transversales. Las medidas más significativas autorizadas pueden verse en el cuadro n. 1. Se prevé que este conjunto de medidas se mantengan vigentes hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno de la Generalitat que resulte de las elecciones que se convoquen, y que, durante su vigencia, el Gobierno pueda plantear al Senado su modificación o pueda anticipar su cese.

⁷ Auto del TC (ATC) 134/2017, de 5 de octubre, que establece esta medida cautelar en la admisión a trámite del recurso de amparo presentado por el Grupo Parlamentario Socialista del Parlamento de Cataluña el mismo día 5 de octubre.

⁸ Texto íntegro (DSPC-P-83, 10 de octubre de 2017).

⁹ https://www.ara.cat/2017/10/10/Declaracio_Independencia_amb_logo_-1.pdf.

¹⁰ Requerimiento formulado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2017.

¹¹ Cartas de los días 16 y 19 de octubre de 2017 dirigidas al presidente del Gobierno estatal.

¹² Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M.H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, para que la Generalitat de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

Cuadro 1. Medidas propuestas por el Gobierno del Estado en aplicación del artículo 155 CE

(A) Cese del presidente, vicepresidente y Gobierno y su sustitución en el ejercicio de sus funciones por los órganos o las autoridades que designe o cree el Gobierno estatal. En especial, la facultad del presidente de convocar elecciones se traslada al presidente del Gobierno.

(B) Colocación de la Administración de la Generalitat bajo las directrices de los órganos creados o designados por el Gobierno estatal y la habilitación para que estos órganos puedan adoptar las disposiciones, actos y órdenes para ejercer sus competencias; el sometimiento de las actuaciones de la Administración de la Generalitat a un régimen de comunicación o autorización previa, con la consecuencia de nulidad si se adoptan sin este requisito, previéndose que en el caso de las actas que requieran comunicación previa, los órganos creados o designados por el Gobierno estatal puedan oponerse, con carácter vinculante; el nombramiento y el cese o la sustitución temporal de cualquier autoridad, cargo público y personal de la Administración de la Generalitat y de sus organismos y entidades vinculadas; la exigencia de responsabilidades disciplinarias al personal de la Generalitat en caso de incumplimiento de las disposiciones, actos y órdenes adoptados por los órganos designados por el Gobierno estatal.

(C) Adopción de diferentes medidas singulares en materia de seguridad y orden público (colocación de los Mossos d'Esquadra-Policía de la Generalitat bajo las órdenes de las autoridades y los órganos designados por el Gobierno estatal; la sustitución de los Mossos por efectivos de las fuerzas y los cuerpos de Seguridad del Estado); de gestión económica, financiera, tributaria y presupuestaria (ejercicio de las competencias de la Generalitat en estos ámbitos por los órganos designados por el Gobierno estatal, en especial con el objetivo de garantizar que los fondos transferidos por el Estado y los ingresos obtenidos por la Generalitat no se destinaran a "actividades o fines relacionados o vinculados al proceso secesionista o que contravengan las medidas" contenidas en el Acuerdo de aplicación del artículo 155 CE); de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales (ejercicio de las funciones de la Generalitat en materia de telecomunicaciones, servicios digitales y tecnologías de la información por los órganos designados por el Gobierno estatal; y garantía, respecto de los medios de comunicación de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales, de la "transmisión de una información veraz, objetiva y equilibrada, respetuosa con el pluralismo político, social y cultural, y también con el equilibrio territorial; así como el conocimiento y respeto de los valores y principios contenidos en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña".

(D) Prohibición de que el Parlamento de Cataluña pueda efectuar una investidura de un presidente de la Generalitat hasta la constitución de un nuevo parlamento, surgido de unas elecciones convocadas por el presidente del Gobierno estatal; la exclusión de las funciones de control del Parlamento sobre las actuaciones de los órganos designados por el Gobierno, con la atribución de esta función de seguimiento y control al Senado; la prohibición de dirigir propuestas de impulso político y de gobierno a los órganos designados por el Gobierno estatal; el establecimiento de un régimen de control previo de las iniciativas parlamentarias, de carácter legislativo y no legislativo, por parte de un órgano designado por el Gobierno estatal, que debe dar su conformidad previa para su tramitación.

(E) Competencia del control judicial de las medidas adoptadas por los órganos designados por el Gobierno estatal (que se especifica que deben ajustarse a la legislación vigente, estatal o autonómica) en función del rango de estos órganos; la prohibición de cualquier acto por parte de la Generalitat que contravenga las medidas adoptadas, bajo sanción de nulidad de pleno derecho; la intervención previa por parte de los órganos designados por el Gobierno de la publicación de actos en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* y en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, con la consecuencia de que las disposiciones y actos publicados sin la autorización o en contra de lo que acuerden estos órganos no tendrán vigencia ni validez y eficacia, respectivamente; la creación de órganos y la designación de autoridades para ejercer las funciones y asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas, y la consideración del incumplimiento de las medidas adoptadas como un incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución y al Estatuto, a efectos disciplinarios.

Mientras se estaba tramitando en el Senado la autorización para la aplicación del artículo 155 CE, en el Parlamento de Cataluña, los días 26 y 27 de octubre, se celebró un pleno para hacer un “debate general sobre la aplicación del artículo 155 de la Constitución española en Cataluña y sus posibles efectos”. Al fin de la sesión plenaria, el 27 de octubre, el Parlamento aprobó una propuesta de resolución presentada por los grupos Junts pel Sí y la CUP, que reproducía la Declaración de los representantes de Cataluña que habían suscrito los diputados el día 10 de octubre.¹³

Por otra parte, el Senado, el mismo día 27 de octubre, autorizó las medidas propuestas por el Gobierno estatal,¹⁴ con algunas modificaciones y condiciones, las más significativas de las cuales fueron:

- la atribución directamente al Gobierno del Estado, o a las autoridades y órganos que cree o designe, de las funciones en sustitución del presidente de la Generalitat y de los miembros del Gobierno catalán destituidos;
- la exclusión de las previsiones relativas al servicio público audiovisual de la Generalitat (medios de la CCMA);
- la supresión del control previo de las iniciativas parlamentarias;
- el mandato para utilizar las medidas aprobadas de una forma “proporcionada y responsable”, “atendiendo a la evolución de los acontecimientos y de la gravedad de la situación”.

El mismo día 27 de octubre se publicaron en el BOE los acuerdos del Consejo de Ministros y del Senado de los días 21 y 27 de octubre, respectivamente, y al día siguiente se

publicaron las primeras medidas del Gobierno en aplicación de las facultades autorizadas por el Senado, consistentes, principalmente, en:

- la destitución del presidente de la Generalitat,¹⁵ el vicepresidente y el resto de miembros del Gobierno;¹⁶
- la disolución del Parlamento de Cataluña y la convocatoria de elecciones para el día 21 de diciembre;¹⁷
- la supresión de varios órganos de la Generalitat (oficinas del presidente y de vicepresidente, Consejo Asesor para la Transición Nacional, Comisión Especial sobre la Violación de Derechos Fundamentales en Cataluña, Patronato Catalunya-Món-DIPLOCAT y delegaciones del Gobierno en el extranjero, excepto la de la Unión Europea) y el cese de los titulares de los órganos suprimidos;¹⁸
- la designación de órganos y autoridades para hacer efectiva la aplicación de las medidas autorizadas por el Senado, especialmente las de sustitución de las autoridades catalanas destituidas. Esta designación se hizo a favor del presidente del Gobierno, la vicepresidenta, el Consejo de Ministros y los ministros;¹⁹
- la destitución de diferentes altos cargos de la Generalitat (delegado del Gobierno en Madrid, representante permanente ante la Unión Europea, secretario general del Departamento de Interior, director general de la policía²⁰ y mayor de los Mossos d’Esquadra).²¹

De forma complementaria a estas medidas, durante los días siguientes igualmente se aprobó la supresión de otros órganos de la Administración de la Generalitat y el cese

¹³ La resolución se aprobó por 70 votos a favor, 10 en contra y 3 abstenciones. Los diputados de los grupos parlamentarios Socialista, Ciudadanos y Popular abandonaron la sesión antes de la votación.

¹⁴ Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución. Los dos acuerdos fueron publicados en el BOE n. 260, de 27 de octubre de 2017.

¹⁵ RD 942/2017, de 27 de octubre.

¹⁶ RD 943/2017, de 27 de octubre.

¹⁷ RD 946/2017, de 27 de octubre.

¹⁸ RD 945/2017, de 27 de octubre.

¹⁹ RD 944/2017, de 27 de octubre.

²⁰ RD 945/2017, de 27 de octubre.

²¹ Orden INT/1038/2017, de 28 de octubre.

de sus titulares y del personal eventual adscrito a los cargos cesados, situación que puntualmente se ha reproducido posteriormente.²²

Las elecciones convocadas por el presidente del Gobierno estatal en virtud del artículo 155 CE se celebraron el día 21 de diciembre de 2017. Con el mayor nivel de participación registrado en unas elecciones al Parlamento de Cataluña desde la restauración de la Generalitat en 1980 (un 79,09%), los resultados otorgaron una mayoría absoluta a las candidaturas favorables a la independencia (70 diputados sobre 135) y, después de la constitución del Parlamento, empezó el proceso de investidura del presidente de la Generalitat, en que el presidente del Parlamento propuso como candidato a Carles Puigdemont. Esta candidatura fue impugnada por el Gobierno estatal ante el Tribunal Constitucional, que, sin pronunciarse expresamente sobre la admisión a trámite de la impugnación, adoptó como medida cautelar la suspensión de cualquier sesión de investidura que no cumpliera con las condiciones que el propio TC había dictado:

- que fuera presencial;
- que el debate y la votación de investidura de Carles Puigdemont no pudieran celebrarse por medios telemáticos ni por sustitución de otro diputado;
- que no pudiera procederse a la investidura del candidato sin autorización judicial, aunque compareciera ante la cámara, si estaba vigente una orden judicial de busca y captura e ingreso a prisión;
- que los miembros de la cámara sobre los que pese un orden de búsqueda y captura e ingreso a prisión no puedan delegar su voto en otros parlamentarios.²³

Ante la imposibilidad de cumplir con estos requerimientos, el presidente del Parlamento propuso subsecuentemente (6 de marzo) al diputado Jordi Sànchez, actualmente en situación procesal de prisión preventiva, como candidato a la presidencia de la Generalitat. Su solicitud de permiso extraordinario para poder asistir al pleno de investidura fue denegada por el juez instructor del Tribunal Supremo (TS) por Auto de 9 de marzo por un supuesto riesgo de reiteración delictiva. La decisión fue impugnada ante la Sala Penal del TS y Jordi Sànchez denunció estos hechos también ante el Comité de Derechos Humanos que se deriva del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A continuación, el presidente del Parlamento propuso a Jordi Turull como candidato a la presidencia de la Generalitat y se celebró el primer debate de investidura la tarde del 22 de marzo, que no prosperó. El segundo debate, 48 horas más tarde, no pudo concluir porque el candidato había estado enviado a prisión provisional por el juez instructor del TS.

Por último, el presidente del Parlamento volvió a proponer la investidura de Sànchez (9 de abril), pero la solicitud del candidato para poder asistir al pleno de investidura o, cuando menos, participar por videoconferencia fue de nuevo denegada por el juez instructor (12 de abril).

Además de las situaciones descritas hasta ahora, hay que indicar que, como consecuencia de la celebración de la consulta del 1 de octubre y de la declaración del 27 del mismo mes, el Estado inició una serie de acciones penales que también afectan gravemente a los derechos y las libertades de la ciudadanía.

²² RD 954/2017, de 31 de octubre (BOE 2 de noviembre). Según el informe Inventari de Danys, del colectivo ServidorsCAT, con datos de 15 de febrero de 2018, se han cesado a 254 personas de su cargo (<https://www.servidorscat.cat/inventari-de-danys/inventari-de-danys-document-complet/>). Posteriormente se ha producido la destitución de otras personas, como el secretario de Difusión y Atención Ciudadana o la directora del Instituto de Seguridad Pública de Cataluña.

²³ En el comunicado de 30 de enero de 2018, el Síndic puso de manifiesto que el TC había adoptado unas medidas cautelares no solicitadas, que no están previstas ni en la CE, ni en su ley orgánica, y en un procedimiento (impugnación de disposiciones autonómicas) que no prevé. Estas medidas cautelares tienen una afectación directa a los derechos de un diputado elegido en las últimas elecciones del 21 de diciembre, al derecho de representación popular del Parlamento, así como, en general, a los derechos de participación política de toda la ciudadanía de Cataluña, y se han adoptado sin escuchar a las partes en el procedimiento.

Estas actuaciones se han dirigido contra los miembros del Gobierno destituido, la presidenta y tres miembros de la Mesa del Parlamento, incluida la presidenta de la cámara, los dirigentes de las dos principales asociaciones independentistas (Jordi Sànchez y Jordi Cuixart), decenas de altos cargos de la Generalitat (como el mayor de los Mossos d'Esquadra, Josep Lluís Traperó; la intendente, Teresa Laplana; el secretario general del Departamento de Interior, Cèsar Puig, y el director general de la Policía, Pere Soler), más de 700 alcaldes, personal de empresas que prestaron servicios relacionados con la consulta, entre otros. Los delitos de que se les acusa van desde la rebelión y sedición hasta la malversación de fondos públicos, pasando por la desobediencia a las resoluciones del TC, entre otros. En este contexto, también se ha inculcado por delitos de odio a varias personas que habían expresado su protesta contra la actuación de la Policía Nacional y la Guardia Civil el día 1 de octubre.

A cuatro de las personas investigadas, y ahora ya procesadas, se les aplica desde hace más de seis meses, con extraordinario rigor, la medida cautelar de privación de libertad. La mayor parte del gobierno cesado ha pasado por esta situación, y a todos ellos y a los miembros de la Mesa se les decretó la libertad bajo fianza o prisión eludible mediante fianza y prohibición de salir del territorio español. La situación se ha agravado cuando, en ocasión de la notificación a las personas investigadas del Auto de procesamiento por parte del juez instructor del TS (23 de marzo) se decretó medida provisional de prisión provisional comunicada y sin fianza para cuatro exconsejeros y la expresidente del Parlamento.

A pesar de que los hechos de los que se acusa a las personas investigadas y procesadas se produjeron dentro del territorio de Cataluña, y además algunos de ellos eran aforados ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), tanto el TS como la Audiencia Nacional (AN) instruyen las causas más relevantes. El TS, las dirigidas contra la Mesa del Parlamento, los miembros del Gobierno destituido, y el expresidente de la Asamblea Nacional

Catalana y el aún presidente de Òmnium Cultural; la AN, las de los exdirigentes de los Mossos y del Departamento de Interior. El resto de querellas están residenciadas en el Juzgado de Instrucción n. 13 de Barcelona, mientras que las causas contra los alcaldes que supuestamente dieron apoyo a la convocatoria del 1 de octubre están dispersas en diferentes juzgados de instrucción de Cataluña.

Como se analizará en los siguientes apartados, estas actuaciones judiciales afectan de manera grave a derechos tan relevantes como son la inviolabilidad parlamentaria, el derecho al juez predeterminado por la ley, a la defensa, a la legalidad penal, a la libertad individual, a la tutela judicial efectiva, a la libertad de expresión y de información, a reunirse y manifestarse, entre otros. Sin embargo, como se verá, casi ninguna de las resoluciones judiciales dictadas en referencia a hechos del 1 y el 27 de octubre realiza un análisis que pondere adecuadamente la afectación de los derechos implicados.

En referencia a esta situación, y para situar bien el contexto de los hechos que originan este informe, adicionalmente hay que efectuar algunas consideraciones.

En primer lugar, cabe destacar que el delito de convocatoria u organización de referéndums por parte de autoridades sin competencia para hacerlo fue expresamente excluido del Código Penal, que había introducido este tipo mediante una reforma del Código dos años antes.²⁴ Resulta significativo tener en cuenta que la exposición de motivos de la Ley orgánica justifica la derogación de estos delitos porque, “se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se prevé es la prisión”. Y añade que “[...] las conductas que prevén este tipo penal no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya disponen de los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a

²⁴ Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que deroga los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis, que habían sido introducidos en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre.

las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos”.

En segundo lugar, en efecto, el ordenamiento español dispone de un amplio abanico de instrumentos jurídicos para hacer frente a eventuales infracciones de la Constitución y de las leyes. En este sentido, destaca especialmente, respecto de las posibles vulneraciones de la Constitución, los medios de impugnación ante el TC, entre los que están la impugnación de disposiciones y actos de las comunidades autónomas por parte del Gobierno, por cualquier motivo,

con el efecto de su suspensión automática (art. 161.2 CE), un instrumento de que se ha hecho uso de forma amplia y efectiva, tal y como se recoge en el cuadro 2.

También debe recordarse que recientemente se han reforzado de forma muy notable los poderes del TC para ejecutar sus resoluciones, mediante la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, que le permite imponer multas coercitivas, ordenar la ejecución sustitutoria, deducir testimonio a efectos penales, e incluso acordar la suspensión cautelar de autoridades y empleados públicos.²⁵

Cuadro 2. Intervenciones del Tribunal Constitucional a instancias del Gobierno del Estado durante la crisis catalana (marzo 2017-abril 2018)

- Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno estatal el 31 de marzo de 2017 contra la Ley de presupuestos de la Generalitat para 2017, resuelto por STC 90/2017, de 5 de julio, que declara inconstitucionales y nulas varias partidas de la Ley de presupuestos si se destinan a financiar el referéndum sobre el futuro político de Cataluña.
- Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno estatal contra la reforma del Reglamento del Parlamento de Cataluña de 26 de julio de 2017, sobre la tramitación de leyes por el procedimiento de lectura única, resuelto por STC 139/2017, de 29 de noviembre, que declara la reforma del Reglamento conforme a la Constitución siempre y cuando no impida el trámite de enmiendas.
- Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno estatal contra la Ley del Parlamento de Cataluña del referéndum de autodeterminación, resuelto por STC 114/2017, de 17 de octubre, que la declara inconstitucional y nula.
- Impugnación del Gobierno estatal del nombramiento de los miembros de la Sindicatura Electoral de Cataluña por parte del Parlamento, resuelta por STC 120/2017, de 31 de octubre, que anula los nombramientos. Previamente, el TC impuso una multa coercitiva a los miembros de la Sindicatura, por entender que habían realizado actuaciones contrarias a la suspensión ordenada (ATC 126/2017, de 20 de septiembre), que levantó posteriormente (ATC de 14 de noviembre de 2017) cuando hubieron renunciado a los cargos. Igualmente, se impusieron, y después se levantó, multas coercitivas a varios cargos públicos responsables de la Administración Electoral de Cataluña (ATC de 21 de septiembre e ATC de 8 de noviembre, respectivamente).
- Impugnación del Gobierno estatal del decreto de convocatoria del referéndum, resuelta por STC 122/2017, de 31 de octubre, que lo declara inconstitucional y nulo.
- Impugnación del Gobierno estatal del decreto de normas complementarias del referéndum, resuelta por STC 121/2017, de 31 de octubre, que lo declara inconstitucional y nulo.

²⁵ Nuevo artículo 92 LOTC. Las nuevas facultades del TC relativas a la ejecución de sus resoluciones, y especialmente las que permiten la suspensión de cargos públicos, han sido duramente criticadas por la Comisión de Venecia, tal y como reflejó el Síndic en el informe *Regresiones en materia de derechos humanos en el Reino de España...*, y más recientemente, entre otros, Costa-Tulkens-Kaleck-Simor, *Catalonia human rights review judicial controls in the context of the 1 October referendum*, de 19 de diciembre de 2017.

- Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno estatal contra la Ley de la transitoriedad jurídica y fundacional de la República, resuelto por STC 124/2017, de 8 de noviembre, que la declara inconstitucional y nula.
- Incidente de ejecución presentado por el Gobierno estatal respecto a la Declaración de los representantes de Cataluña, aprobada por el Parlamento el día 27 de octubre de 2017, así como de la declaración “El proceso constituyente”, aprobada en la misma fecha, que fue resuelto por el TC (ATC 144/2017 de 8 de noviembre de 2017) y que anula las mencionadas declaraciones porque contravienen varias resoluciones anteriores del TC (en especial, la STC 114/2017, que anuló la Ley del referéndum, y la providencia que admitía a trámite y suspendía la Ley de transitoriedad jurídica).
- Impugnación del Gobierno estatal de la candidatura de Carles Puigdemont como presidente de la Generalitat, que dio lugar a que el TC, antes de decidir sobre su admisión a trámite, estableciera la suspensión y una serie de condiciones como medidas cautelares, tal y como se explica en el apartado siguiente, ATC de 27 de enero de 2018). La admisión a trámite definitivo se produjo por ATC de 26 de abril de 2018.

En todos los casos del cuadro las disposiciones y los actos impugnados fueron suspendidos automáticamente a partir de la admisión a trámite de la impugnación por parte del Gobierno del Estado, en virtud de la facultad especial que le confiere el artículo 161.2 CE. Además, el TC ordenó que se efectuaran notificaciones personales y advertencias de impedir o paralizar cualquier actuación que supusiera ignorar o eludir la suspensión, con el apercibimiento de responsabilidades penales en caso de incumplimiento.

Igualmente, se han presentado ante el TC varios incidentes de ejecución de sentencias e autos dictados anteriormente por el TC para paralizar la celebración de sesiones del Parlamento o de tramitar determinadas iniciativas parlamentarias. Cabe destacar en este apartado los autos de 19 de septiembre de 2017, que anulan los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña que permitieron votar las leyes del referéndum y de transitoriedad jurídica, y que ponen en conocimiento del Fiscal la actuación de la presidenta del Parlamento.²⁶

También cabe indicar que, a través de recursos de amparo presentado por algunos diputados del Parlamento de Cataluña, el TC ha adoptado medidas respecto de determinadas actuaciones del Parlamento y ha suspendido la celebración de determinadas sesiones.²⁷

Todas estas actuaciones ponen de manifiesto la existencia de instrumentos jurídicos para hacer frente a posibles actuaciones contrarias a la Constitución, y su eficacia para impedir las, incluso preventivamente, revisarlas y corregirlas, en su caso, con las responsabilidades que puedan derivarse en términos de desobediencia si se incumplen las resoluciones dictadas por el TC.

A lo largo de este proceso, el Síndic de Greuges ha mostrado su profunda preocupación por la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas que se han podido producir, hecho que ha puesto de manifiesto en varios comunicados (cuadro n. 3).

²⁶ ATC 123 y 124/2017, de 19 de septiembre. Véase igualmente providencia del TC de 7 de septiembre de 2017, por la que se suspenden varios acuerdos de la Mesa del Parlamento.

²⁷ Recursos de amparo presentados por el Grupo Parlamentario Socialista el 5 de octubre de 2017, contra el acuerdo de convocar un pleno del Parlamento el día 9 de octubre para valorar los resultados del referéndum del 1 de octubre, y el 27 de octubre, contra la tramitación de dos propuestas de resolución presentada por los grupos de JuntsxSí y la CUP. En relación con la suspensión del Pleno que se solicita, el TC no la acuerda porque ya se había celebrado el mismo día 27 de octubre.

Cuadro 3. Comunicados e informes del Síndic de Greuges en el período septiembre 2017-abril 2018

- Carta del Síndic de Greuges (15 de septiembre de 2017), <http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=53&ui=4701&prevNode=408&month=8>
- Comunicado del Síndic de Greuges de Catalunya (20 de septiembre de 2017) <http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=53&ui=4711&prevNode=408&month=8>
- Informe del Síndic de Greuges de Catalunya (22 de septiembre de 2017) <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4713/Informe%20del%2022%20de%20setembre%20de%202017.pdf>
- Comunicado del Síndic de Greuges de Catalunya (26 de septiembre de 2017) http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4716/comunicat_fiscalia_set17.pdf
- La participación de los niños y adolescentes y el pluralismo en las escuelas (29 de septiembre de 2017) <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4727/La%20participació%20dels%20infants%20i%20adolescents%20i%20pluralisme.pdf>
- Actuación de los cuerpos y las fuerzas de seguridad del Estado durante el primero de octubre (2 de octubre de 2017) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4730&prevNode=408&month=9>
- Propuesta para el diálogo y la mediación ante el contexto actual (4 de octubre de 2017) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4743&prevNode=408&month=9>
- El comisario europeo de Derechos Humanos ha comunicado al síndic de greuges que ha pedido que se investiguen las cargas policiales del 1-O, (9 de octubre de 2017) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4753&prevNode=408&month=9>
- El Síndica manifiesta que no puede criminalizarse el independentismo y apela al diálogo político (18 de octubre de 2017) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4773&prevNode=408&month=9>
- Comunicado del Síndic de Greuges (3 de noviembre de 2017), <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4818&prevNode=408&month=10>
- El Síndic analiza los hechos en torno al 1-O, monitoriza la aplicación del artículo 155 de la CE y estudia la actuación de la Junta Electoral Central ante las elecciones del 21-D (1 de diciembre de 2017) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4894&prevNode=408&month=11>
- El Síndic reclama que se garantice el derecho de participación el 21-D de los candidatos en prisión preventiva (5 de diciembre de 2017), <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4902&prevNode=408&month=11>
- El Síndic reitera ante la Junta Electoral Central y el Comisario Europeo de Derechos Humanos que hay que conciliar el derecho de sufragio pasivo de los candidatos encarcelados con su situación de privación de libertad (15 de diciembre de 2017) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4920&prevNode=408&month=11>
- El Síndic reclama respeto por los resultados electorales y que todos los diputados puedan ejercer el cargo sin limitaciones (22 de enero de 2018) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4976&prevNode=462&month=0>
- El Síndic defensa los derechos de los ciudadanos ante la posible alteración del marco jurídico vigente y contravención del Estado de derecho (30 de enero de 2018) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=4993&prevNode=462&month=0>
- La Estructura de Derechos Humanos de Cataluña insta al Estado a investigar de forma urgente la actuación policial del 1 de octubre, como se comprometió ante el Consejo de Europa (2 de marzo de 2018) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=5080&prevNode=462&month=2>
- El Síndic alerta que prohibir que Jordi Sánchez ejerza sus derechos políticos es un ataque grave a los principios que sustentan el Estado de derecho en España y el Código europeo de derechos humanos (9 de marzo de 2018) <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=5097>

- El Síndic pide a las autoridades policiales y judiciales que actúen con proporción y medida a la hora de perseguir posibles delitos de disidentes con la unidad de España (10 de abril de 2018), <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=5212&prevNode=462&month=3>
- El Síndic reitera que impedir la investidura de Jordi Sànchez vulnera sus derechos políticos y vulnera la independencia del Parlamento de Cataluña (12 de abril de 2018), <http://www.sindic.cat/Ca/page.asp?id=53&ui=5214&prevNode=462&month=3>

Con carácter general, el Síndic considera que, ante la gravedad del curso de los acontecimientos, hay que ofrecer una visión de conjunto sobre la afectación de derechos fundamentales en ocasión de la aplicación del artículo 155 CE y en la aplicación de la legislación penal a los hechos sucedidos alrededor del 1 y el 27 de octubre. Como ha se ha indicado, el Estado dispone de un amplio repertorio de medios jurídicos de respuesta frente a posibles actuaciones contrarias a la Constitución, que, además, han mostrado su eficacia para intervenir sobre las situaciones producidas. Pero en vez de ceñirse a estos medios, la reacción ha sido recurrir a medidas excepcionales en aplicación del artículo 155 CE que afectan a derechos fundamentales y a actuaciones

judiciales de carácter penal, impulsadas por la Fiscalía General del Estado, que fuerzan la aplicación del derecho penal y afectan a derechos fundamentales reconocidos por la CE y los tratados internacionales suscritos por España. Esta aplicación desproporcionada de la legislación penal, a la que el artículo 155 CE no puede dar cobertura legal, puede haber producido una situación de “suspensión” de derechos fundamentales de amplio alcance, sin recurrir a ninguno de los estados excepcionales constitucionalmente previstos para esta eventualidad (art. 55.1 y 116 CE), tal y como se justificará en el apartado siguiente y sin, por tanto, la correspondiente notificación de suspensión de derechos fundamentales al secretario general del Consejo de Europa.

2. LA REACCIÓN ESTATAL (I): MEDIDAS ADOPTADAS EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 155 CE QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Dos de las medidas principales que se han adoptado en aplicación del artículo 155 CE (la disolución del Parlamento y la destitución del presidente de la Generalitat, el vicepresidente y todos los miembros del Gobierno) afectan de forma directa al derecho de participación política que reconoce el artículo 23 CE en un doble sentido: por un lado, resulta afectado el derecho de los cargos públicos destituidos y el de los representantes cesados por la disolución anticipada del Parlamento; y, por el otro, también resulta afectado el derecho de participación política de la ciudadanía, en general, en la medida en que los representantes que han escogido no han podido ejercer su función por el tiempo por el que fueron elegidos.²⁸

Así mismo, la disolución del Parlamento y la destitución del Gobierno difícilmente pueden considerarse habilitadas por el artículo 155 CE por dos motivos principales: por un lado, parece claro que medidas de esta excepcionalidad tengan que estar, si se quieren introducir, expresamente previstas en la Constitución, tal y como hacen, por ejemplo, algunos sistemas constitucionales.²⁹ En España, sin embargo, no sólo no están previstas explícitamente, sino que, además, se rechazaron, y hasta tres veces, en el proceso constituyente durante la discusión parlamentaria del artículo 155.³⁰ Y, por otro lado, el artículo 155 CE no permite suspender o limitar derechos fundamentales, que tan sólo podría hacerse, con carácter colectivo, en aplicación de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 CE y, con carácter

individual, en los términos que dispone el artículo 55.2 CE. La aplicación del artículo 155 CE no puede, pues, afectar a derechos fundamentales, entre los que figura el derecho de participación política, reconocido en el artículo 23 CE.

En efecto, el artículo 23.2 CE, en los términos en los que ha sido interpretado por el propio TC, incluye, como parte integrante del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, el *ius in officium*, por el que los cargos públicos, una vez hayan accedido, puedan mantenerse y ejercer sus funciones sin perturbaciones, porque, en caso contrario, si una vez respetado el acceso al cargo público, su ejercicio pudiera ser mediatizado o impedido, el derecho constitucionalmente reconocido perdería su eficacia.³¹ De forma específica, el TC ha señalado que incluye el derecho de las personas que ocupan cargos públicos a permanecer en condiciones de igualdad en los cargos a los que accedieron, sin que puedan ser destituidos si no es por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.³² En este sentido, debe remarcarse que las causas de cese del presidente de la Generalitat y de los miembros del Gobierno, así como las causas de finalización del mandato de los diputados del Parlamento se prevén en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y, de acuerdo con esta norma, en la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat, y, en referencia a los diputados y diputadas, en el Reglamento del Parlamento de Cataluña. Cesar anticipadamente de sus cargos a las personas que los ocupan, por causas y con procedimientos no previstos, constituye pues una vulneración del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE.

²⁸ En este punto hay que mencionar los recursos de inconstitucionalidad presentados por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y por el Parlamento de Cataluña, que, además, impugnan las disposiciones dictadas en aplicación de estas medidas.

²⁹ Constituciones de Austria (art. 100), de Italia (art. 126) y de Portugal (art. 236).

³⁰ Art. 12 del voto particular presentado por Alianza Popular (Fraga Iribarne) en el título VIII del Anteproyecto de Constitución; enmienda n. 736, de Unión de Centro Democrático (Ortí Bordas) en el Anteproyecto de Constitución, y enmienda n. 957, de Unión de Centro Democrático (Alberto Ballarín), en el Proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados.

³¹ STC 5/1983, de 4 de febrero; 32/1985, de 6 de marzo; 161/1988, de 20 de septiembre; 27/2000, de 31 de enero; 203/2001, de 15 de octubre; 298/2006, de 23 de octubre, entre muchas otras.

³² STC 10/1983, de 21 de febrero, y 298/2006, de 23 de octubre, entre otras.

La vulneración del derecho *in officium* de los cargos públicos también afecta al derecho de participación política de la ciudadanía, reconocido en el artículo 23.1 CE, puesto que, como ha señalado el propio TC, “el derecho que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos quedaría vacío de contenido o sería ineficaz si el representante político se viera privado o se perturbara su ejercicio”.³³ Hay una conexión estrecha entre el derecho de participación política de la ciudadanía y el derecho de representantes y cargos públicos a ejercer sin perturbaciones y para el tiempo que corresponda las funciones que son propias del cargo, de forma que su cese fuera de las causas legalmente previstas también es una vulneración del derecho de participación de la ciudadanía en general, que ve frustrado su ejercicio. Porque no cabe la menor duda que la mayor perturbación que puede sufrir el derecho de los cargos públicos a ejercer sus funciones es que los cesen o los obliguen a dejar de ejercerlas antes del tiempo que corresponda y por causas y procedimientos no previstos legalmente.

El derecho de participación política (art. 23 CE) también se ve afectado por los actos que, después de las elecciones celebradas el día 21 de diciembre, impiden que algunas personas que han sido elegidas, y que están en posesión de sus derechos políticos, puedan ser candidatas a la presidencia de la Generalitat, en el proceso de investidura que tiene que servir para formar un nuevo gobierno.

Así, en primer lugar, hay que considerar la irregularidad que supone que el TC, antes de decidir si admite a trámite un recurso del Gobierno estatal, adopte unas medidas cautelares que impiden de facto que el Carles Puigdemont pueda ser presentado como candidato a la presidencia de la Generalitat ante el Parlamento.³⁴ En este sentido, es significativo el dictamen, preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado de 25 de enero de 2018, expresando que no existe fundamento jurídico para impugnar la propuesta de Puigdemont como

candidato a la investidura.³⁵ Según el Consejo de Estado, dada la regularidad jurídica de la propuesta, la impugnación sería puramente preventiva y contraria por este motivo a la jurisprudencia del TC. Los eventuales vicios de la tramitación parlamentaria de la propuesta ya tienen vías de depuración posterior mediante el propio TC. El Auto del TC en que finalmente se admite a trámite el recurso del Gobierno, de 26 de abril de 2018, no hace ninguna mención en sus 33 páginas del dictamen del Consejo de Estado.

Y, en segundo lugar, el Síndic, como ya ha manifestado en los comunicados de 9 de marzo y 12 de abril de 2018, considera que es especialmente grave que el juez del TS que instruye la causa especial n. 20907/2017 deniegue a Jordi Sànchez los permisos necesarios para participar, como candidato, en la sesión de investidura convocada por el presidente del Parlamento de Cataluña.

En efecto, el artículo 23 de la Constitución y el artículo 3 del Protocolo adicional n. 1 al Convenio europeo de derechos humanos, al reconocer el derecho al sufragio activo y pasivo, determinan que las personas que no incurren causa de inhabilitación pueden ser elegidas como representantes populares. Sin embargo, el derecho de sufragio pasivo no se limita al derecho a ser votado o elegido, sino que se despliega, una vez elegido, al derecho a desempeñar la función de representación para la que se ha sido elegido. Así lo manifestó en su día la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el año 1984, al considerar que “no es suficiente que una persona tenga el derecho a ser candidata, también tiene que tener el derecho de ejercer como parlamentaria una vez escogida. Adoptar una opinión contraria significaría vaciar de contenido el sentido del derecho a ser candidato en unas elecciones”.³⁶ En el caso de Cataluña, el Estatuto (art. 67) establece que para ser candidato o candidata y convertirse en presidente o presidenta de la

³³ STC 203/2001, de 15 de octubre, entre otras.

³⁴ ITC de 27 de enero de 2018.

³⁵ Expediente 84/2018 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2018-84>.

³⁶ Caso M. contra el Reino Unido, decisión de la Comisión de 7 de marzo de 1984, n. 10316/83.

Generalitat hay que ser diputado o diputada en el Parlamento. La condición de diputado o diputada, por tanto, genera un derecho potencial a convertirse en presidente o presidenta del Gobierno, si se cuenta con el apoyo mayoritario de la cámara. Esto sólo puede constatarlo y, por tanto, decidirlo, el presidente del Parlamento, después de las consultas a los grupos parlamentarios. El poder judicial no puede sustituir esta función democrática.

En este sentido, a pesar de existir diferencias muy claras entre las dos situaciones –sobre todo desde el punto de vista procesal –, hay que recordar que en el año 1987, ante la petición de excarcelación previa, la Audiencia de Pamplona permitió la participación en pleno de investidura del Parlamento Vasco a quien fue candidato a la lehendakaritza por Herri Batasuna, Juan Karlos Yoldi.

La negativa del juez instructor a permitir su participación en una sesión de investidura en la que es el candidato propuesto vulnera de forma flagrante estos derechos y va en contra de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que considera que “el papel de los órganos judiciales no puede en ningún caso modificar la expresión del pueblo” (STEDH Kerimova contra Azerbaiyán, del 30 de septiembre de 2010). Esta jurisprudencia reconoce que los derechos políticos de las personas privadas de libertad no son absolutos y pueden ser limitados, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, por la legislación electoral de los estados. Una vez más, sin embargo, el Auto del TS no hace ningún tipo de modulación sobre la situación personal y singular del diputado, a quien se deniega todas y cada una de las medidas que propone para participar en las sesiones del Parlamento. Además, en este caso resulta afectado el derecho de participación política de toda la ciudadanía, puesto que el artículo 23.1 de la Constitución no se limita a la elección de unos candidatos en unas elecciones, sino que, como ya se ha señalado, incluye el derecho que las personas que han sido elegidas puedan ejercer el cargo y las funciones que conlleva.

Así mismo, en el Auto del juez instructor de 6 de marzo de 2018 se introduce (FJ 13 y 14), de forma indirecta, una apreciación o cálculo de tipo político que no parece procedente en una resolución judicial. En este sentido, la diferencia de tratamiento entre el caso Yoldi y el caso Sánchez se basaría en el hecho de que en el primero el apoyo parlamentario a la investidura era “una eventualidad”, mientras que en el segundo es una “posibilidad razonable”.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el oficio de acuse de recibo de la comunicación enviada por Sánchez por la presunta vulneración del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Como. n. 3160/2018), ha recordado a las autoridades españolas que deben “tomar todas las medidas necesarias para asegurar que Jordi Sánchez Picanyol puede ejercer sus derechos políticos de acuerdo con el artículo 25 del Pacto”. Esta advertencia se ha formulado en el marco del artículo 92 del Reglamento de procedimiento del Comité, que permite a este órgano “comunicar al Estado su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la vulneración denunciada”.

Igualmente, debe ponerse en relieve el hecho de que el juez instructor del TS tampoco haya concedido a los diputados que se encuentran en situación de prisión provisional permiso para poder asistir a las sesiones de constitución del Parlamento y de investidura del presidente o presidenta de la Generalitat. En vez de esto, y ejerciendo funciones de interpretación del Reglamento del Parlamento que corresponden a los órganos de la cámara, ha decidido autorizar la delegación del voto. De esta forma, y a pesar de que formalmente no se altere la composición del Parlamento resultante de las elecciones, se afecta de forma grave no sólo al derecho de los diputados a ejercer la función por la que fueron elegidos– sino que la situación de prisión provisional en que se encuentran suponga ninguna privación legal de sus derechos políticos–, sino también a la función deliberativa, que es propia y esencial de todo parlamento.

Por último, en referencia a la aplicación del artículo 155 CE, hay que poner énfasis en el hecho de que el TC ha renunciado de facto a pronunciarse sobre la adecuación a la Constitución de las medidas adoptadas por el Estado mientras estén en vigor, y niega así su revisión en tiempo útil. Esto es así porque ésta es la consecuencia directa de la decisión del TC de suspender la tramitación de los recursos de inconstitucionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En común Podem-En marea y por el Parlamento de Cataluña contra los acuerdos del Consejo de Ministros y del

Senado de aplicación del artículo 155 CE hasta que el Gobierno de la Generalitat pueda formular alegaciones.

Dado que el propio TC inadmitió un recurso del Gobierno de la Generalitat, presentado poco antes del Acuerdo del Senado por el que se aprueban las medidas propuestas por el Gobierno, por prematuro, y que la aplicación del artículo 155 CE se prevé hasta que no haya un nuevo gobierno de la Generalitat, esta decisión, que podría verse como garantista, constituye de hecho una denegación de justicia.

³⁷ ATC 142/2017, de 31 de octubre.

3. LA REACCIÓN ESTATAL (II): ACTUACIONES POLICIALES Y JUDICIALES QUE VULNERAN DERECHOS

El Síndic ha manifestado de forma reiterada la desproporción de la Fiscalía General del Estado y de los diferentes órganos judiciales que intervienen para calificar penalmente los hechos que son objeto de este informe, así como las consecuencias que se han derivado para muchas personas investigadas, incluyendo la medida cautelar de privación de libertad. Respetando las actuaciones del ministerio público y el poder judicial, el Síndic ha mostrado su preocupación por la forma en la que la aplicación desproporcionada del Código Penal a unos determinados hechos puede suponer una vulneración de derechos y libertades fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional e internacional. En las páginas siguientes se hace referencia algunos de estos motivos de preocupación.

3.1. Inviolabilidad parlamentaria

El informe presentado en el mes de abril de 2017 ya se hacía eco de que el artículo 57 del Estatuto establece que “los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo”, principio avalado por consolidada jurisprudencia que se inicia con la Sentencia 36/1981 del TC.³⁸ En este sentido, se subrayaba que las decisiones de la entonces presidenta del Parlamento y de los miembros de la Mesa en la determinación del orden del día y la admisión a trámite de las iniciativas son actuaciones de dimensión o transcendencia política, y no meramente administrativa, puesto que son elementos esenciales para la formación de la voluntad libre del Parlamento, siendo esta formación libre de voluntad en el sentido teleológico más profundo que el TC da a la prerrogativa de la inviolabilidad.

Con más razón, la votación por el Pleno del Parlamento de cualquier tipo de texto, incluso de uno de manifiestamente inconstitucional y antiestatutario como la presunta declaración unilateral de

independencia, no puede tener ningún tipo de consecuencia penal para los diputados y diputadas que participaron en ello. Si, como se ha afirmado en sede judicial, aquella declaración tenía un valor simbólico, la irrelevancia penal sería manifiesta. Pero incluso si hubiera querido tener valor legal, la única consecuencia posible debería haber sido su impugnación y eventual declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, cabe destacar las limitaciones crecientes que la inviolabilidad parlamentaria (entendida en sentido amplio, como autonomía parlamentaria, derechos de participación de los miembros del Parlamento e inviolabilidad por los votos y las opiniones emitidas) viene sufriendo recientemente en Cataluña. Estas limitaciones se plasman sobre todo en una serie de resoluciones del TC que imponen o amenazan con imponer sanciones administrativas o penales, especialmente por delitos de desobediencia, a los miembros de la Mesa y a cualquier persona que desatienda sus resoluciones, e incluso que no impida iniciativas que sean contrarias a las mismas.

Buen ejemplo de ello es el Auto 6/2018, de 30 de enero, del TC, que, en su fundamento jurídico sexto, rehúsa una alegación del Parlamento que sostenía que el control efectuado por el Tribunal sobre la interpretación del Reglamento de la cámara por parte de la Mesa vulneraba “la autonomía parlamentaria y la inviolabilidad de los parlamentarios”. El rechazo del TC se basa, sin más razonamiento, en la afirmación pretendidamente apodíctica y sin ponderar los derechos de los parlamentarios, que este control es fruto de las potestades que le atribuye el nuevo artículo 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) dirigidas a “preservar su jurisdicción y el cumplimiento de sus resoluciones” y a “garantizar la CE”. En el mismo sentido pueden verse los autos 24 y 123/2017 (FJ 9 y 8 y 9, respectivamente).

En la Sentencia 185/2016 (FJ 10º) se apuntaba la cuestión de la posible incidencia de las nuevas competencias del TC en el ámbito de la autonomía parlamentaria y de los

³⁸ Informe *Retrocesos en materia de derechos humanos en España: libertad de expresión de los cargos electos y separación de poderes*, abril 2017, p. 29.

derechos de los diputados. El TC no negaba que en algún caso podrían plantearse problemas, pero afirmaba que sería necesario enjuiciarlos caso por caso y no en abstracto”. Pues bien, yendo caso por caso, cabe destacar que en los últimos meses, en los casos relacionados con el proceso catalán, la aplicación que efectúa el TC de las potestades de ejecución que le otorga el nuevo artículo 92 LOTC ha convertido todo aquello que el Tribunal considera desobediencia a sus resoluciones en la justificación para entrar a controlar actuaciones parlamentarias antes protegidas de injerencias externas y para imponer o amenazar con imponer (con el consiguiente efecto disuasivo) sanciones administrativas y penales a los parlamentarios que desobedezcan las referidas resoluciones.

Conductas no delictivas, e incluso conductas protegidas por derechos fundamentales, como la inviolabilidad parlamentaria o el derecho a la participación política devienen conductas delictivas por el cómodo procedimiento de que el TC prohíba que el Parlamento debata determinadas cuestiones con el solo argumento de que previamente las ha declarado inconstitucionales.

Este procedimiento socava la fundamentación más básica de la democracia parlamentaria (como el de la irrestricta libertad de los parlamentos de debatir cualquier cuestión que consideren relevante) y pervierte la propia esencia del derecho penal de las democracias liberales, en la medida en que deja de actuar como última ratio sancionadora al poder “añadir” una sanción penal o convertir en ilícito penal cualquier actuación que el TC considere que contraviene una declaración de inconstitucionalidad dictada por el propio tribunal.

Un ejemplo muy reciente de ello es el Auto del juez instructor del TS de 21 de marzo de 2018, en el que se procesa, entre otros, a los miembros de la Mesa del Parlamento por desobediencia a las resoluciones del TC, sin ponderar ni siquiera efectuar la más mínima mención a la concurrencia y afectación evidente del derecho a la inviolabilidad de los miembros del Parlamento en este caso.

3.2. Juez predeterminado por la ley

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley implica la exigencia de que los órganos jurisdiccionales y sus atribuciones estén determinadas legalmente – y, por tanto, que sean conocidas por la ciudadanía – antes del caso que deban enjuiciar.

Este requisito del artículo 24.2 CE y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), adicional a las exigencias de independencia y de imparcialidad, quiere evitar que la organización del sistema judicial en una sociedad democrática quede a la libre discreción y arbitrariedad del poder ejecutivo. La expresión de tribunal establecido por ley “refleja el principio del estado de derecho, inherente a todo sistema del Convenio y de sus protocolos. En efecto, un órgano que no fuera establecido de conformidad con la voluntad del legislador quedaría forzosamente carente de la legitimidad requerida por una sociedad democrática para conocer de los litigios de los particulares”.

La expresión “establecido por ley” hace referencia no solamente a la base legal que da existencia al tribunal, sino también a la composición de la instancia en cada caso concreto”.³⁹ Este requisito también incluye cualquier otra norma de derecho interno que, en caso de que no sea respetada, puede conllevar la irregularidad de la participación de uno o más jueces en el examen de un asunto.⁴⁰

En este caso, los hechos presuntamente sediciosos o rebeldes se están juzgando en tres instancias jurisdiccionales diferentes (además de la dispersión judicial de los 700 alcaldes), principalmente en el TS, que ha sustraído la competencia del TSJC, instancia que inicialmente conocía de las querellas contra las personas aforadas por su condición de miembros del Parlamento de Cataluña.

En efecto, el artículo 57.2 del Estatuto de Cataluña establece que en las causas contra los diputados es competente el TSJC, y que fuera del territorio de Cataluña la

³⁹ Sentencia Lavents contra Letonia, de 28 de noviembre de 2002, par. 114.

⁴⁰ Sentencia Coeme contra Bélgica, de 22 de junio de 2000, par. 99.

responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala Penal del TS.

El Auto del TS de 31 de octubre de 2017 asumió la competencia de la causa iniciada a querrela del Fiscal General del Estado por delito de rebelión y subsidiariamente de sedición, y delitos conexos, con el argumento de que el juicio competencial definitivo ha de hacerse acumulando al criterio personal (la condición de diputados autonómicos de algunos de los investigados) otro de naturaleza geográfica, a saber, el lugar de comisión del hecho ilícito. Y este argumento geográfico lo desarrolla en un doble sentido. Por un lado por extraterritorialidad respecto de la jurisdicción del TSJC, por referencia a los hechos con efectos jurídicos o políticos en España, pero fuera de Cataluña, y por otro lado por extraterritorialidad respecto de hechos supuestamente realizados en el extranjero.

El alcance del delito en el territorio español, más allá de Cataluña, lo deduce de que la desobediencia, calificada como rebelde o sediciosa, menoscaba la autoridad del TC que es de ámbito español, y así dice que “el delito de rebelión adquiere una incuestionable vocación territorial proyectada sobre el conjunto del Estado”. Y lo argumenta afirmando que “el daño al proceso constitucional y a la integridad del órgano jurisdiccional que lo conoce constituye un dato trascendental para afirmar la proyección extraterritorial, respecto del ámbito de la Comunidad Autónoma, de los delitos que se imputan”.

Sin embargo, es evidente que la pretendida conducta delictiva de desobediencia al TC se ejecutaría, en su caso, en el lugar en que el desobediente incumpliera la orden recibida,

siendo irrelevante el lugar en que se impartió la orden o dónde se encuentre el que la dio. Y es evidente que la desobediencia y el referéndum se produjeron en Cataluña.

Por eso el Fiscal en su querrela, y el TS en sus autos de 31 de octubre de 2017 y 18 de diciembre 2017 buscan otro argumento para justificar su absorción de competencia. Para completar el doble argumento de competencia “geográfica” dice que la existencia de una actuación ejecutada fuera de España, tendencialmente dirigida a hacer realidad el designio independentista, permite tener por colmada la referencia geográfica a la que el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña asocia la competencia de esta sala. Este alcance extraterritorial lo deduce la querrela del Fiscal del artículo 18 del Decreto 140/17 de la Generalitat, regulador de las normas complementarias para la realización del referéndum, en el que bajo la rúbrica “Custodia del voto de los catalanes residentes en el exterior”, establece que deberá dirigirse la documentación y el voto a las delegaciones de la Generalitat en el exterior.

En la querrela el Fiscal expone detalladamente las actuaciones de la Generalitat en el extranjero⁴¹ Es particularmente relevante que no se haya podido señalar ninguna conducta concreta, con empleo de violencia rebelde o sediciosa, o intencionadamente determinante de tales violencias, efectuadas en el extranjero.⁴² La querrela sólo describe actuaciones de propaganda, de lobby, de información “sesgada”, e incluso de soporte informático del referéndum desde el extranjero. Pero debe recordarse, una vez más, la despenalización del referéndum ilegal operada por la Ley Orgánica 2/2005, y el derecho a preparar o defender concepciones que pretendan modificar el

⁴¹ III.29. p. 89 a 92.

⁴² La querrela del Fiscal General del Estado describe las actividades independentistas, sin que señale ninguna conducta relacionada con la violencia rebelde o sediciosa. Dice así: “En cada etapa, la Generalitat ha realizado actos concretos, bien en el extranjero, bien con agentes y operadores de terceros países, con la finalidad de crearse una imagen internacional que les coloque en una posición de fuerza para conseguir su objetivo final. Estos actos se exponen en el apartado III, subapartado vigésimo noveno, de la presente querrela (papel de las Delegaciones del Govern en el exterior, campaña internacional de imagen de la Generalitat, creación de páginas web internacionales, actividad de las delegaciones en el exterior en la jornada del referéndum ilegal, actividad de Diplocat, dimensión internacional de la logística del referéndum, internacionalización del conflicto mediante la presión para la mediación y efectos supracomunitarios e internacionales)”.

fundamento mismo del orden constitucional.⁴³ Ninguna de las actuaciones descritas por la querella del Fiscal en su extensa relación contiene comportamientos que integren los elementos esenciales de los tipos penales de rebelión o sedición. El ordenado y cívico comportamiento consistente en preparar, publicitar, incentivar o realizar la acción de votar, custodiar el voto y remitirlo a Barcelona no constituye violencia rebelde, ni tumulto sedicioso. Y ni siquiera constituirían una desobediencia autónoma susceptible de tipificación separada. Sólo serían una parte inescindible de una actividad compleja, plurisubjetiva, dilatada en el tiempo y el espacio, programada e iniciada previamente en Cataluña, y concluida también en Cataluña con el recuento del voto, sin que consten, ni se indaguen, autores materiales identificados como responsables individuales actuantes en lugares concretos del extranjero.

Por otra parte, la simple promulgación normativa del artículo 18 del Decreto 140/17, evidentemente, no implica un acto delictivo. Sería necesario que, en cumplimiento del Decreto, se realizara una conducta posterior punible. Por eso la magistrada Lamela, de la AN, creyó necesario completar el argumento de la pretendida extraterritorialidad señalando al Diplocat (Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña), “encargado de promover en el exterior acciones tendentes a obtener apoyos y simpatizar con el proyecto secesionista buscando su reconocimiento internacional y la expansión internacional del conflicto”. Esta promoción de simpatías y reconocimientos tampoco es posible enmarcarla en ningún precepto penal. Así, el doble argumento de la extraterritorialidad esgrimido por el TS carece de fundamento sólido. Y sin ese argumento desaparece el presupuesto de extraterritorialidad que determinaría la exclusión de la competencia a favor del juez predeterminado por la ley según el artículo 57.2 del Estatuto de Cataluña, que es el TSJC.

Por todo ello, la absorción de la competencia por el TS y la AN resulta un artificio procesal que, objetivamente, no tiene más alcance que evitar que el conocimiento de la causa del “procés” recaiga sobre el TSJC, competente de acuerdo con el artículo 57.2 del Estatuto de Cataluña, y por tanto juez predeterminado por la ley.

3.3. Derecho de defensa

Si bien España es un estado de derecho y las personas acusadas de delitos pueden disponer del derecho de defensa en condiciones homologables a los estándares europeos, en el transcurso de los procesos penales en curso mencionados con anterioridad se han producido algunos hechos que hacen temer una afectación de este derecho. En particular:

1. En la instrucción de la causa que se conoce en el Juzgado de Instrucción n. 13 de Barcelona se han denunciado varias indefensiones como, por ejemplo, que la causa empezó por unos hechos particulares (declaraciones del senador Santi Vidal) y ha terminado convirtiéndose en un tipo de causa general contra el independentismo, en la que se incluyen todo tipo de hechos que sucedieron meses después del inicio de la investigación. También el hecho de que muchas decisiones judiciales se adoptan por providencia cuando por su contenido deberían ser autos, hecho que dificulta la posibilidad de presentar recursos o la amplia investigación paralela de la policía judicial al margen del juez instructor. Además, en algunos casos las personas investigadas han denunciado que declararon sin tener claros los hechos y los delitos por los que eran investigadas.

2. Actuaciones de la AN. Se cita a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart a declarar inicialmente sin conocer la denuncia del Ministerio Fiscal (6 de octubre). En una segunda comparecencia (16 de octubre) se les decreta la prisión provisional sin fianza.

⁴³ STC 48/03: “No solo vulneran el derecho fundamental a la legalidad sancionadora aquellas aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que son constitucionalmente rechazables aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5)”.

A los miembros del Gobierno, se les cita con una antelación de menos de 48 horas (con un día festivo entre medio), tiempo claramente insuficiente para preparar la defensa de delitos tan graves como los imputados. El resultado fue que para todos ellos se decretó prisión provisional sin fianza (menos a Santi Vila, a quien se impuso una fianza de 50.000 euros, pero que, no obstante, pasó una noche en prisión).

3. Las actuaciones del TS tuvieron, en un primer momento, un carácter más respetuoso con el derecho de defensa, como demuestra el hecho de que, mientras la AN no había dado tiempo material para preparar las declaraciones de las personas acusadas, el TS las citó una semana más tarde.

Ahora bien, en el transcurso de la instrucción se han producido algunos incidentes que podrían considerarse limitativos del derecho de defensa, como son el hecho de que al letrado de uno de los acusados en rebeldía, el expresidente Puigdemont, no se le dé acceso al expediente (hasta su detención en Alemania). También hay que señalar que cuando el día 23 de marzo se notifica el auto de procesamiento a las personas acusadas de rebelión (68 páginas) se les da sólo dos horas antes de empezar la vista que, eventualmente, acaba con la determinación por el instructor de la medida cautelar de privación de libertad para todas ellas.

El TEDH se ha pronunciado sobre el derecho de defensa en múltiples ocasiones a partir del apartado tercero del artículo 6 CEDH, que enuncia con carácter de mínimos unos derechos precisos de tipo procesal garantizados a la persona acusada. El derecho de toda persona acusada a ser informada en el plazo más corto posible de la naturaleza y de la causa de acusación formulada contra ella. El TEDH recuerda que las exigencias del párrafo 3 a) del artículo 6 representan aspectos particulares del derecho a un proceso equitativo garantizado por el párrafo 1, así como la particular atención que hay que poner al notificar un procesamiento. En este sentido, ha afirmado: “El acto de acusación tiene un papel determinante en el proceso

penal: a contar desde la notificación, la persona interesada tiene conocimiento oficial de la base jurídica y fáctica de los agravios que le son formulados. La persona acusada debe ser informada ‘dentro del plazo más corto’ y ‘de una forma detallada’ de la causa de acusación, es decir, de los hechos materiales sobre los que se fundamenta la acusación y la naturaleza de ésta, esto es, la calificación jurídica de los hechos. El TEDH considera que, en materia penal, la información precisa y completa de los cargos que pesan contra una persona acusada es una condición esencial de la equidad del proceso”.⁴⁴ Y concluyó que se había producido una vulneración del párrafo 3 a) y b) del artículo 6 CEDH, combinado con el párrafo 1 de la misma disposición, porque estimó lo siguiente: “La defensa ha tenido que afrontar dificultades excepcionales. Visto que las informaciones contenidas en el acto de inculpación se caracterizaban por su imprecisión en cuanto a detalles esenciales como la fecha y el lugar del delito, que han sido varias veces contradichos y modificados a lo largo del proceso [...]”.⁴⁵

Cuando un tribunal, en uso de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento vigente, recalifica los hechos, debe facilitar a la persona procesada la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, dándole el tiempo necesario y aplazando, si es necesario, la vista pública para que pueda organizar su línea de defensa en función de la recalificación.⁴⁶ Disponer de las facilidades necesarias para organizar la defensa también presupone que la defensa letrada pueda disponer del tiempo suficiente para prepararse debidamente.

El Síndic entiende que la citación a principios de octubre de Jordi Sánchez y de Jordi Cuixart por parte de la AN sin conocer la denuncia del Ministerio Fiscal, la citación de todos los miembros del Gobierno con una antelación de menos de 48 horas, la negativa a dar acceso al expediente al abogado de una de las personas acusadas en rebeldía hasta su detención, y la notificación del auto de procesamiento a las personas encausadas de rebelión sólo dos horas antes de empezar la

⁴⁴ Sentencia Mattoccia contra Italia, de 25 de julio de 2000, par. 58 y 59.

⁴⁵ Sentencia Mattoccia contra Italia, de 25 de julio de 2000, par. 71 y 72.

⁴⁶ Sentencia Sadak y otros contra Turquía, de 17 de julio de 2001, par. 57 y 58.

vista, entre otras actuaciones, vulneran y dificultan los derechos de defensa.

3.4. Principio de legalidad penal

El análisis sobre la aplicabilidad del derecho penal a los hechos tiene que partir, tal y como se señala en el primer apartado y como se apuntaba en el informe-síntesis en torno a los hechos del 1-O, del hecho de que convocar consultas populares no amparadas legalmente no tiene relevancia penal. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2005, mencionada previamente, señala:

“El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no puede privarse a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento existen otras formas de control de la legalidad diferentes a la vía penal. Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas para quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal.”

En ausencia de este tipo penal, el Ministerio Fiscal y los diferentes juzgados que instruyen las causas penales señaladas intentan encajar los hechos en otro tipo delictivo. Este encaje, que eventualmente podría encontrarse en otro tipo penal de mucha menor intensidad, resulta del todo improcedente cuando pretende calificarse los hechos dentro de los tipos de sedición o rebelión u otros, como se señalará seguidamente.

El principio de legalidad se quebrantó desde el momento en que los órganos judiciales (AN, TSJC y TS) asumieron la tesis del Fiscal calificando indiciariamente los hechos como delitos de rebelión y sedición. El principio de legalidad abarca “la garantía material de tipicidad sancionadora concretada en el mandato de taxatividad (o de *lex certa*), que se concreta en la exigencia

de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes”. Esta exigencia afecta al legislador y al intérprete jurisdiccional (STC146/17) y, en todo caso debe ser “coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible” (STEDH Caso del Río contra España. Par. 92). La interpretación propuesta por el Fiscal y asumida por los órganos judiciales es sospechosamente novedosa, y por ello no es razonablemente previsible. Además, no es coherente con el significado posible del marco histórico y vigente de la previsión legal contenida en el texto de los artículos que describen y castigan los delitos de rebelión y sedición.

También se quebranta el principio de legalidad, en su vertiente de exigencia de proporcionalidad, cuando los órganos judiciales asumen la calificación inicial del Fiscal, que atribuye a determinados responsables políticos y cívicos responsabilidad criminal en base a los preceptos penales de máxima severidad punitiva de las vigentes leyes penales, como son los delitos de rebelión y sedición, castigados con penas muy superiores a otros delitos de máxima reprobación social o humanitaria.⁴⁷

3.4.1. Rebelión

La base para la atribución del delito de rebelión es la descripción de un pretendido concepto de *violencia*, elemento esencial del delito de rebelión, que consiste en alzarse violenta y públicamente para conseguir, entre otros, el objetivo de declarar la independencia de una parte del territorio nacional (artículo 472 CP). El objeto formal del proceso, conforme al artículo 472, debe ser el alzamiento público y violento. Sin embargo, el objetivo efectivo de la indagación y persecución acometida por el Fiscal General del Estado, la AN y el TS es la actividad política y cívica independentista, según reconoce explícitamente el magistrado instructor.⁴⁸

⁴⁷ A los jefes rebeldes se les impone pena de 15 a 25 años de prisión, a los mandos subalternos de 10 a 15, y a los meros partícipes de 5 a 10. Si con ocasión de la rebelión “se han distraído caudales públicos de su legítima inversión” la pena sería de 25 a 30 años. Para una correcta apreciación de la ausencia de proporcionalidad de esas penas, es bueno recordar que el homicidio está penado con prisión de 10 a 15 años; el asesinato, de 15 a 25, y la violación, de 6 a 12 años.

Los hechos descritos por el Fiscal y los jueces instructores para sustentar ese objetivo específico de indagación y persecución son argumentalmente artificiosos y no se corresponden suficientemente con la realidad acaecida.⁴⁹

Si el alzamiento público para conseguir ese mismo fin se hubiera realizado sin violencia, no se completarían los elementos del tipo penal, es decir, no habría delito de rebelión. Otra cosa sería que en el curso de esa manifestación se produjeran hechos merecedores de reproche penal, como daños, lesiones o desórdenes públicos, imputables a quienes fueran sus autores, pero no atribuibles a los organizadores y participantes de la manifestación ajenos a dichos hipotéticos posteriores delitos. Pero debe insistirse: la actividad política, cívica o parlamentaria, dirigida a conseguir la independencia de una parte del territorio del Estado, no es, por sí sola, constitutiva de delito. Así debe deducirse de la doctrina del TC (STC 42/14).⁵⁰

Según el TC el independentismo tiene cabida en nuestro ordenamiento, es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, político, parlamentario y cívico. Cuando el TC determina que el intento de consecución efectiva de la independencia sólo puede realizarse por los procedimientos de reforma de la Constitución, evidentemente se está refiriendo a los procedimientos parlamentarios previstos en los artículos 166 y ss. CE, es decir, a los cauces procesales. Con ello no está prohibiendo cualesquiera otras actividades constitucionalmente válidas que precedan o acompañen aquella tramitación y sean conducentes a ese mismo fin, en el marco del derecho de manifestación, de la libertad de expresión, etc. Sólo es reprochable penalmente cuando se prepare o defienda vulnerando principios democráticos, derechos fundamentales o mandatos constitucionales que hayan sido previstos legalmente como bienes jurídicos tutelados penalmente. Y consecuentemente, no es admisible, para el TC, la criminalización del planteamiento

⁴⁸ A (1) El instructor concreta cuál es el objetivo de su indagación cuando en su Auto de 22 de Enero de 2018 (FJ 2, par. 5) deniega la petición de la Fiscalía de activar la orden internacional de detención de Puigdemont en Dinamarca. El magistrado instructor argumenta que la estrategia de Puigdemont consistiría en “alcanzar la investidura, el voto que parlamentariamente no puede obtener [...]”. Y esta “estrategia anticonstitucional e ilegal [...] este procedimiento está llamado a poner término [...]”. Está claro: según el magistrado instructor el procedimiento no está llamado a investigar y en su caso sancionar la pretendida violencia como modo ilícito de intervención política, sino a poner término a una actividad política y parlamentaria simplemente ilegal, pero no necesariamente punible.

⁴⁹ El siguiente fragmento es especialmente ilustrativo del carácter segado y tendencioso de la descripción de hechos que proporciona el auto: “Las movilizaciones y las concentraciones tumultuarias desarrolladas en oposición a las órdenes de las autoridades judiciales, las convocatorias masivas para impedir a los agentes de la autoridad cumplir con sus funciones, los actos de acoso en forma de escraches a los miembros de la Policía Nacional y de la Guardia Civil en sus lugares de trabajo y de descanso, ejemplifican cómo por parte de los querellados no se buscaba simplemente contar con el apoyo de los ciudadanos para llevar a cabo su proyecto independentista dentro de la legalidad constitucional, lo cual no sería objeto de reproche alguno, sino de llamamientos directos o indirectos, a través de las entidades soberanistas, a la movilización popular o ciudadana como medio intimidatorio y violento para conseguir el fin secesionista. La actitud de abierta oposición contra el orden legal y constitucional de una multitud de personas movilizadas creaban una fuerza intimidatoria suficiente para, por sí solo, impedir a las fuerzas del orden establecido de actuar o disuadirles de ello ante el peligro de que ese movimiento insurrecto de la multitud pueda degenerar en abierta violencia, como así ocurrió en algunos episodios relatados, en los que la agentes de la autoridad hubieron de replegarse para evitar esas indeseadas consecuencias. En efecto, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, además de encontrarse ante una muchedumbre enardecida que desplegaba toda la fuerza de su superioridad numérica, o de concentraciones presionándoles para que no pudieran cumplir con sus obligaciones, también fueron objeto de actos de violencia material con daños en vehículos policiales y de violencia física como en la jornada del día 1 de octubre, en que además de esa violencia compulsiva, acompañada de gritos e insultos, llegaron a producirse actos violentos, también relatados, como patadas a agentes de la autoridad o lanzamiento de sillas y de piedras contra ellos. El FGE en las páginas 58 a 66 de su querrela enumera y describe los incidentes que, en su criterio, constituyeron los actos de violencia física contra los agentes de la Policía Nacional y la Guardia Civil”.

⁵⁰ “Ahora bien, la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, ‘un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento [...]’

independentista por sí mismo. Por todo ello el Fiscal General del Estado construyó su querrela sobre la base de la violencia constitutiva de la rebelión, modo imprescindible para alcanzar las máximas cotas de reacción punitiva.⁵¹

La pretensión punitiva exasperante del Fiscal General del Estado se ha ido confirmando con las resoluciones del magistrado instructor, todas ellas prefiguradas o corroboradas por los atestados de la Guardia Civil, y ratificadas por el TS. Ese concepto de *violencia*, esencial para constituir el delito de rebelión, implica una clara interpretación extensiva incompatible con la exigencia del artículo 4.1 del Código Penal y el artículo 4.2 del Código Civil. Significa una interpretación del concepto de *violencia* que es contradictoria, errática y distorsionada. Abarca indistintamente situaciones dispares. Unas veces se refiere a incidentes de leve violencia reactiva ante la intervención de la fuerza

pública, notoriamente desproporcionada. Otras veces llega a sostener que para que el alzamiento público sea violento no es necesario que incorpore hechos lesivos o dañosos contra personas o bienes. Así se construye un concepto extensivo de violencia moral o intimidatoria que desborda las previsiones legales y la interpretación jurisprudencial hasta ahora consolidada. Alude a la fuerza intimidatoria de la multitud que puede degenerar en abierta violencia. O habla de la muchedumbre enardecida que desplegaba toda la fuerza de su superioridad numérica.⁵²

El TS confirma y refuerza el criterio del instructor en su Auto de 5 de enero de 2018 con un argumento ciertamente imaginativo, asegurando la futura viabilidad de tal calificación, perfilando y matizando el concepto de *violencia*. Según el TS existe la violencia desde el momento en que actuaron pretendiendo la declaración de

y, en primer lugar, a la Constitución' (STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que 'no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional' (entre otras, STC 31/2009, FJ 13).

El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4)".

⁵¹ Es necesario recordar que la redacción del vigente artículo 472 CP que define el delito de rebelión fue objeto de un intenso debate parlamentario cuando se redactó el llamado Código Penal de la democracia, de 1995. De ese debate resultó una modificación trascendental respecto a los precedentes artículos 214 y siguientes, vigentes hasta entonces. Hasta la reforma del 95 había dos tipos de rebelión, que llamaban rebelión propia (art. 214) y rebelión impropia (art. 217). En la propia se requería solamente "alzarse públicamente" para los fines previstos, y entre ellos "declarar la independencia de una parte del territorio nacional". La impropia la perpetraban "los que, sin alzarse contra el Gobierno, cometieren, por astucia o por cualquier otro medio, alguno de los delitos del art. 214". La reforma de 1995 eliminó la rebelión impropia y, a propuesta transaccional del Grupo Parlamentario de IU-IC, añadió al alzamiento público el requisito de "violencia".

⁵² Si nos atenemos al concepto legal de *intimidación* deberemos recordar que el artículo 1.267 del Código Civil define la intimidación como acción que inspira el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes. La sentencia del TS de 8 de febrero de 2007 expone: "Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.

Parece inconcebible que esa fuerza moral quepa ejercerse sobre el Estado o sus instituciones, por la naturaleza psíquica exigible en la víctima. No cabe atribuir al Estado capacidad para sufrir un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave, atendidas las circunstancias de evidente inadecuación entre la pretendida violencia intimidatoria y la clamorosa superioridad de la capacidad de autoprotección de las instituciones del Estado.

independencia, y situándose fuera del Estado de Derecho, haciéndolo “desde el ejercicio del poder, lo que explica que no necesitaran utilizar en ese momento la violencia para asaltar el mismo como paso previo para la ejecución del plan” (FJ2º). Y aún perfila más la conceptualización de la violencia cuando en el Auto de 5 de enero de 2018 afirma que “se deducía de la desobediencia frontal a la legalidad vigente y por la incitación a sus partidarios a movilizarse en la calle, hasta enfrentarse, incluso físicamente, con la finalidad de obligar al Estado a reconocer la independencia que proclaman [...]”. A tan novedosa aportación jurisprudencial se añade otra novedad igualmente preocupante, consistente en introducir una especie de dolo eventual de futura violencia ejercida por terceros, incluso si es reactiva ante la intervención de la fuerza pública con una energía que, según el TS, también debería ser prevista por las personas imputadas.⁵³

El TS completa esta artificiosa argumentación con la insólita construcción de una violencia sin violencia, “violencia incruenta”. Asume como plausible una aportación hecha por la querrela del Fiscal General (p. 103) aportando una doctrina jurisprudencial esgrimida en un supuesto

bien distinto, como fue el caso del golpe de estado del 23 de febrero de 1981. En aquella sentencia (STS de 22/04/84) afirmó que la rebelión es violenta aunque sea incruenta porque “lo que se proyecta como incruento se torna violento y belicoso tan pronto se ofrece resistencia u oposición a los planes de los rebeldes”. Se refería el TS a algunos ejemplos de pronunciamientos militares de la reciente historia de España, como fueron los de Pavía (1884), Martínez Campos (1875) y Primo de Rivera (1923). La equiparación de aquellos generales golpistas, o de la conducta de Tejero y sus cómplices, con la de las personas querrelladas por los hechos del “procés” resulta desproporcionada, distorsionada, injusta y muy preocupante.⁵⁴

3.4.2. Sedición

Concluida prácticamente la fase de investigación del TS y la AN, se dictaron los pertinentes autos de procesamiento. El magistrado instructor del TS lo hizo el 21 de marzo de 2018, procesando por delitos de rebelión, desobediencia y malversación. El Juzgado Central 3 de la AN lo hizo el 4 de abril, procesando a otras personas por los mismos hechos, calificándolos como delitos de sedición y organización criminal.

⁵³ Dice el TS en su FJ 2, punto 4, lo siguiente: “Como miembro del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, [Junqueras] ha incitado a sus partidarios a oponerse a la acción del Estado que tratara de impedir la ejecución de su plan. Esta forma de proceder implica, por su propia naturaleza, que los partidarios de esta opción debían acudir a defenderla mediante tales vías de hecho, ya que su propio planteamiento excluía la referencia al Derecho como vía útil para alcanzar el objetivo propuesto. Es claro que el recurrente sabía que [...] el Estado tendría que actuar para evitar que, mediante hechos consumados, lograran ese mismo objetivo. En esas condiciones [...] era previsible que, con una alta probabilidad, se fueran a producir enfrentamientos contra los agentes de las fuerzas del Estado que pretendieran el cumplimiento de las leyes vigentes, y que también previsiblemente y con una alta probabilidad, degenerarían en episodios de violencia. Así ocurrió, entre otros, en los días 20 y 21 de setiembre y en el mismo día del referéndum, 1 de octubre”. Y sigue argumentando a continuación: “Es cierto que no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos. Tampoco consta que diera órdenes directas en tal sentido. Pero, mediante la defensa pública de la independencia unilateral y fuera de toda consideración y respeto a la ley vigente en el Estado, [...] ha impulsado a los partidarios de su posición a movilizarse públicamente, ocupando espacios públicos, con la finalidad de hacer efectiva la declaración unilateral de independencia. Es llano que tanto el recurrente como los demás sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos, que desconocen e impiden la aplicación de las leyes que rigen el Estado democrático de Derecho, y que actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal, proporcionado y justificado, de la fuerza. Era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia”.

⁵⁴ A mayor abundamiento, en su comparecencia ante el Senado de 18 de enero de 2018 el Ministro del Interior presentó los hechos objeto de investigación penal como resistencia pasiva organizada, nunca de alzamiento violento.

El siguiente día, 5 de abril, sobrevino la resolución del Tribunal Superior de Justicia del Land Schleswig-Holstein, denegando provisionalmente la orden de detención y entrega cursada por el magistrado del TS español contra Puigdemont por el delito de rebelión. El tribunal alemán estimaba que la violencia no tenía entidad suficiente para doblegar al Estado. El TS confirmó el procesamiento dictado por el magistrado instructor (17 de abril), aunque aprovechó la ocasión, en su fundamento jurídico cuarto, apartado dos, para mostrar su contrariedad con la decisión del tribunal alemán, al que rebatió de modo extemporáneo y desconsiderado.

En el Auto de procesamiento del Juzgado Central 3 de la AN de 4 de abril de 2018, se afirma categóricamente que no existió violencia en los acontecimientos de septiembre y del 1 de octubre.⁵⁵ Y el TS, en su Auto de 17 de abril, confirmando el Auto de procesamiento de 21 de marzo, admitió la eventualidad “del supuesto de que no se constatará suficientemente el elemento de la violencia en el caso concreto” (FJ 4. 3). Con este planteamiento alternativo acogía la posición del Ministerio Fiscal, que en su querella inicial había propuesto la calificación alternativa de sedición ante la alta probabilidad de que la calificación jurídica de los hechos acaecidos los días 20 y 21 de septiembre y 1 de octubre como delito de rebelión no fuera, finalmente, sostenible por inconsistencia de su artificioso argumento de la violencia.

Según el artículo 544 del Código Penal son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones, o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

Por lo tanto, hay dos modos de cometer la sedición, impidiendo a la autoridad o a sus

agentes cumplir su función, o por la fuerza o fuera de las vías legales. Descartada la fuerza o la violencia, tal como hace el juzgado de la AN, o admite eventualmente el TS, la calificación de los hechos de 21 y 22 septiembre y 1 de octubre como delitos de sedición no podría ser en aplicación de la previsión del artículo 544 del Código Penal consistente en “impedir por la fuerza”. Sólo puede serlo en aplicación de la otra previsión, consistente en actuar “fuera de las vías legales”.

La movilización, ocupando espacios públicos, para manifestar la voluntad independentista, o para reclamarla o exigirla, no es actuar fuera de las vías legales. Es parte esencial del derecho de manifestación previsto en el artículo 21 CE. En ninguna de las numerosas resoluciones judiciales que expresan las razones de las persecuciones penales en curso se motiva como base de la pretendida ilicitud que los manifestantes portaran armas, o que la autoridad hubiera prohibido las manifestaciones por concurrir peligro para personas o bienes, únicos supuestos previstos por la Constitución para limitar el derecho de reunión y manifestación.

3.4.3. Otras cualificaciones penales desproporcionadas

1. Organización criminal

El Auto de procesamiento del Juzgado 3 de la AN invade la función del legislador creando un nuevo tipo de sedición agravado que no está previsto en el Código Penal. Simultáneamente invade el ámbito de la jurisdicción del TS al negar la existencia de violencia en los mismos hechos que el TS afirma que son constitutivos de violencia, si bien finalmente admite la posibilidad de que no fuera suficiente. Esta invasión de la jurisdicción también se observa en la exasperación penal resultante del procesamiento por organización criminal: “Se ha podido comprobar la existencia de una compleja y heterogénea organización

⁵⁵ El Auto contiene este razonamiento: “La sentencia del Tribunal Supremo de 3-7-1991 indica que “la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar, y la sedición tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar”, ello no es obstáculo para calificar jurídicamente los hechos como sedición cuando sin concurrir el elemento de la violencia (que exige la rebelión ex art. 472 CP) la finalidad de los partícipes en el alzamiento sea no sólo impedir la aplicación de las leyes, el legítimo ejercicio de las funciones de autoridades, corporaciones oficiales o funcionarios, el cumplimiento de sus acuerdos o de las resoluciones administrativas o judiciales, sino además declarar ilegalmente la independencia de una parte del territorio nacional”.

unida por el propósito de lograr la secesión de la Comunidad Autónoma de Cataluña y su proclamación como República independiente, alterando de esta forma la organización política del Estado y con ello la forma de Gobierno, con clara contravención del orden constitucional y estatutario. Para lograr su propósito, los integrantes de la organización han elaborado una premeditada estrategia perfectamente coordinada, con arreglo a un plan común y con reparto de papeles y responsabilidades entre autoridades gubernamentales, parlamentarias y civiles, principalmente a través de asociaciones independentistas, como ANC (Asamblea Nacional Catalana) y Òmnium (Òmnium Cultural)”(Antecedente de hechos, tercero).

Es opinión casi unánime que los delitos de rebelión y sedición son tipos penales cuya consumación se produce sin necesidad de que se haya materializado el propósito último buscado por los autores. Por lo tanto, la organización y distribución de funciones en el grupo son parte integrante de la conducta típica. Las disposiciones comunes a ambos delitos (art. 546 y 549 que remiten a los arts. 474 y 479 a 484) prevén expresamente la existencia de organización, jefes conocidos o presuntos, participación de autoridades y funcionarios. Estas previsiones típicas evidencian que la organización es parte esencial de los tipos penales de rebelión o sedición. Por esta razón, el TS, refiriéndose a los mismos hechos, no procesa por organización criminal, explicando que “el delito de rebelión es un delito tendencial y que presenta una configuración plurisubjetiva o de intervención múltiple, que hace de la rebelión una realidad delictiva esencialmente acorde con el reparto de tareas entre sus distintos partícipes. Y la realización de aportaciones parciales, pero relevantes y esenciales en la ejecución, comporta un dominio funcional del hecho, que conduce a la responsabilidad cuando se acompaña del contenido intelectual e intencional del tipo delictivo”.

Es imposible que unos mismos hechos sean valorados jurídicopenalmente por tres jueces de instrucción, TS, AN y Juzgado 13 de Barcelona, como si se tratara de hechos distintos, con el peligro, ya consumado, de que las valoraciones sean

distintas. Ni siquiera se trata de un supuesto de delito continuado del artículo 74 (actuar según un plan preconcebido y con infracción de iguales o similares preceptos). Se trata de una conducta plurisubjetiva de convergencia, que requiere la unión de voluntades para la consecución de un propósito común. Sin esta convergencia de voluntades la rebelión o la sedición son imposibles. La calificación de sedición y además de organización criminal es, por lo tanto, redundante e implica infringir el mandato de *non bis in idem*.

Todo esto comporta una grave inseguridad jurídica: 1. En la descripción de los hechos. 2. En la determinación de los delitos objeto del proceso. 3. En la imputación de los hechos a las personas procesadas. 4. Y en la determinación del juez competente.

El evidente objetivo de esta reduplicación punitiva no es únicamente exasperar la severidad de la persecución penal. Es, ante todo, construir el antecedente necesario para hacer posible la detención y entrega automática de los procesados que no están a disposición de la justicia española. El magistrado instructor del TS, tras diversos avatares procesales que no son del caso en este momento, dictó orden de detención y entrega contra Puigdemont y otros procesados. La Ley 23/14, que incorpora a la legislación española la Decisión marco de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea, establece en su artículo 47.1 que cuando se emita la orden europea por alguno de los delitos del artículo 20.1 “se acordará la entrega sin control de la doble tipificación de los mismos”. El primer delito de la larga enumeración del artículo 20.1 es la organización criminal. Si los tribunales de los países receptores aceptaran la existencia de una organización criminal la entrega a España de las personas reclamadas sería indiscutible e inmediata.

El cambio de calificación apuntado por la AN, sin alteración de los hechos, tiene apariencia de fraude de ley para sortear la argumentación del tribunal alemán, pero podría significar un cambio cualitativo del proceso, si de él se derivan nuevas detenciones en el extranjero, entregas a la justicia española y consiguientes prisiones.

2. Terrorismo

La Ley Orgánica 2/15 modificó el tratamiento del terrorismo en el Código Penal con una redacción tan imprecisa que, desde perspectivas ultrarrepresivas, se ha sugerido que el actual texto permitiría la aplicación del delito de terrorismo a las conductas que son objeto de los procesos del TS y la AN.

El vigente artículo 573 castiga a los que cometieren un delito grave contra la vida, la integridad física, la libertad y otros intereses, con la finalidad, entre otras, de subvertir el orden constitucional. El artículo 573 bis dispone las penas aplicables según la gravedad del resultado lesivo. En su punto cuarto dispone una pena de 10 a 15 años cuando resulte “otra lesión”. Aquellas sugerencias ultrarrepresivas entienden que las lesiones sufridas por los agentes de la autoridad el día 1 de octubre serían adecuadas para completar el encaje de los hechos del 1-O en el delito de terrorismo, que, además, es de los que imponen la entrega inmediata conforme al artículo 20.1 de la Ley 23/14.

Esta perspectiva ultrarrepresiva es insostenible. La aplicación de un delito de resultado penado con tanta severidad requiere que la conducta causante del resultado sea directamente imputable al acusado, y que este actúe con dolo directo. Imputar tan grave conducta a quienes tan solo se les acusa de haber movilizad a personas que podrían producir los efectos lesivos es desproporcionado y antijurídico. Por otra parte, la previsión inicial del artículo 573 exige que se cometa un delito grave, calidad que no alcanzan las lesiones sufridas por los agentes.

La aplicación del delito de terrorismo a los acusados por los hechos del 1-O es, sobre todo, inaceptable, porque no se corresponde con el espíritu de la Ley Orgánica 2/2015. En la exposición de motivos de esta ley orgánica se señala que responde a la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2178 (2014), de 24 de septiembre, recogiendo la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista, y en particular el terrorismo internacional de corte yihadista,

con nuevas formas de agresión crueles. Servirse de unas previsiones legales destinadas a la persecución de los peores crímenes terroristas para perseguir conductas políticas prácticamente siempre pacíficas es una distorsión inaceptable del Código Penal, y un uso torticero de una voluntad internacional de autoprotección que, en el hipotético caso, no deseable, de que encontrara acogida en sede judicial, llevaría aparejada la unánime repulsa de la comunidad internacional.

3.5. Prisión provisional, libertad personal, libertad ideológica y derechos políticos

El artículo 6 CEDH establece que toda persona tiene derecho a un juicio equitativo y, en concreto, que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida. A su vez, el artículo 5. 3 CEDH reconoce al derecho “a ser juzgado en un plazo razonable o a ser liberado durante el procedimiento”: no se trata de una opción entre juzgar o liberar, sino que hay que dejar en libertad a una persona detenida a partir del instante en el que mantenerla privada de libertad deja de ser razonable.⁵⁶

Desde esta perspectiva, que la CE comparte, la prisión provisional—previa a una condena penal de privación de libertad—, en tanto que supone una gravísima lesión del derecho fundamental a la libertad individual, sólo puede entenderse con carácter absolutamente excepcional cuando se da alguna de las causas tasadas legalmente, que deben interpretarse restrictivamente: riesgo de fuga, de reiteración delictiva, de destrucción u ocultación de pruebas, y para evitar que pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

En este mismo sentido, cabe destacar que el TC desde hacía décadas había establecido una doctrina consolidada, que hoy parece olvidada en referencia al proceso catalán, en que se declaraba que, al aplicar las causas tasadas que justifican la prisión provisional, los órganos judiciales debían

⁵⁶ Sentencia Neumeister contra Austria, de 27 de junio de 1968, par. 4.

ponderar “la concurrencia de los intereses en juego: la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de justicia y la evitación de hechos delictivos, por el otro”, añadiendo que la prisión provisional sólo podía legitimarse si los órganos judiciales al aplicarla lo entendían como “una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines constitucionales que la legitiman” (véase STC 128/1995, 66/1997, 44/1997). Es más, de forma muy significativa, el TC añadía que “no pueden considerarse motivaciones (de prisión provisional) ajustadas a las exigencias constitucionales las que no ponderan los derechos y los intereses en conflicto de la forma menos onerosa para la libertad” (STC 165/2000 FJ 6).

Pues bien, en los casos que aquí se analizan se han decretado nueve prisiones provisionales al apreciar riesgo de fuga y peligro de reincidencia delictiva apartándose de los criterios fijados reiteradamente por el TC y, además, se ha añadido una causa de privación de libertad, el ideario político de los presos, que no solamente no está prevista legalmente, sino que es contraria al derecho a la libertad ideológica.

Así, por ejemplo, la reiteración delictiva se aplica a pesar de que las personas investigadas/procesadas hayan sido destituidas o hayan dejado los cargos desde los que pretendidamente habían cometido los delitos que se les imputan, y a pesar de que han manifestado de forma clara y reiterada en sede judicial su decisión de no llevar a cabo las actuaciones por las que se les ha procesado. En algún auto la reincidencia se basa, sin más, no a la actuación de las personas procesadas, sino a las hipotéticas y futuras actuaciones de terceras personas. La misma debilidad presentan, a partir del canon de constitucionalidad establecido por el TC, los argumentos relativos al riesgo de fuga: no parece que los jueces instructores hayan tenido en cuenta el carácter extraordinario y subsidiario de la prisión provisional, ni

que hayan ponderado los intereses y derechos concurrentes, y menos aún que hayan tenido en cuenta la exigencia de la aplicación menos onerosa para el derecho a la libertad.

Aún resulta más reprochable, sin embargo, el hecho ya mencionado de que el juez instructor del TS argumente el riesgo de reiteración delictiva sobre la base del ideario político de las personas encarceladas y de una parte de la sociedad.⁵⁷ Este ideario –la independencia de Cataluña– no es punible ni ilícito, tal y como se desprende inequívocamente de la Sentencia 42/2014 del TC. En esta decisión, el TC afirmó que tienen cabida en el seno del ordenamiento constitucional todas las ideas, incluso las que pretenden alterar el fundamento mismo del orden constitucional, y que pueden desplegarse actividades preparatorias tendentes a este objetivo.⁵⁸

Estos mismos reproches pueden aplicarse *mutatis mutandis* en referencia a las medidas cautelares adoptadas por los jueces instructores y por el propio TC que limitan desproporcionadamente los derechos políticos de los miembros del Parlamento encarcelados o que están en el extranjero.

En la jurisprudencia del TEDH, se justifica la privación de libertad de una persona imputada por un delito cuando existen indicios que permiten creer que intentará huir y sustraerse de la justicia y la detención aparece como el solo medio que permite garantizar el buen desarrollo del procedimiento y su comparecencia a juicio, dada su personalidad, la naturaleza de la infracción que le es imputada y la gravedad de la pena que le puede ser impuesta. Sin embargo, es necesario:

“Que las razones invocadas por las autoridades para justificar la aplicación de una medida privativa de libertad se completen con elementos factuales concretos referidos al sospecho. Dicho de otra forma, es necesario que los motivos invocados por las autoridades puedan ser, en las circunstancias de la causa, convincentes y pertinentes [...]. En el caso del demandante [...], las autoridades no han

⁵⁷ Para todas, Auto de 12 de abril de 2008, FJ 6.

⁵⁸ Informe-síntesis de las actuaciones del Síndic de Greuges en torno al 1 de octubre, noviembre 2017, p. 18.

examinado la posibilidad de aplicar medidas menos intrusivas previstas en el derecho interno [...], ordenar su conducción a la audiencia por la policía, [...] imponerle una fianza [...], la garantía personal de un tercero [...], ponerlo bajo vigilancia policial. El Tribunal señala que el Código de procedimiento penal impone al juez examinar con anterioridad la aplicación de medidas menos severas que la privación de libertad y, en el caso de que opte por esta última, explicar las razones que la justifican”.⁵⁹

No parece que estos criterios se estén respetando en las decisiones de decretar medidas provisionales de privación de libertad, y aún menos en cuanto a las solicitudes de permisos especiales para acudir a plenos del Parlamento de Cataluña.

La decisión de mantener una persona en detención provisional tiene que ser debidamente y suficientemente motivada, sobre todo cuando se suceden demandas de libertad condicional y decisiones judiciales denegatorias. En cada ocasión, las autoridades judiciales deben valorar de forma concreta los argumentos invocados por la persona interesada. El riesgo de que la persona imputada se sustraiga a la acción de la justicia que pueda ejercer presiones sobre los testigos o alterar medios probatorios, el peligro que pueda repetir las infracciones de las que se la acusa, la complejidad del asunto o las necesidades de la instrucción pueden justificar la detención y el mantenimiento en detención, en todo caso en un primer momento, pero después el paso del tiempo hace cambiar las cosas y los motivos que inicialmente justificaban la medida pierden consistencia y dejan de ser pertinentes y suficientes.

Invocar la gravedad de la infracción e imperativos de orden público puede ser un elemento pertinente en el primer estadio de la detención, pero ya no lo será más tarde si no se hace evidente que el orden público resulta efectivamente amenazado; el riesgo de huir no puede apreciarse sólo según la gravedad de la pena que pueda ser impuesta a la persona imputada y, en lo que concierne

al riesgo de reincidencia, la simple referencia a sus antecedentes penales no es suficiente para justificar la denegación de la libertad condicional.⁶⁰

Un tema relacionado con la prisión provisional es el del acercamiento de las personas privadas de libertad, con sentencia firme o de forma cautelar, a centros penitenciarios próximos a los domicilios familiares. Si bien el CEDH no reconoce el derecho a elegir una prisión para el cumplimiento de las penas, aquí podría entrar en juego el Protocolo adicional n. 12, que establece que “todo derecho establecido por la ley” debe disfrutarse “sin ninguna discriminación basada, en particular, en [...] las opiniones políticas o cualquier otra opinión”.

Desde este punto de vista, en la medida en que la proximidad de las personas privadas de libertad a sus lugares de residencia forma parte de los principios rectores de la Ley y el Reglamento penitenciario, el caso de las personas que han sido privadas de libertad en el marco del proceso y que permanecen en centros penitenciarios situados en la Comunidad Autónoma de Madrid podría interpretarse como una medida discriminatoria contraria al artículo 1 del Protocolo adicional n. 12, desde el momento en que soliciten el traslado a cárceles catalanas y, en especial, a partir del momento en que no haya más prueba a practicar ni motivos por los que estén a disposición inmediata del juzgado instructor, en este caso el TS.

3.6. Imparcialidad judicial

Varias situaciones acaecidas durante el curso del conflicto de Cataluña han comprometido en serio la necesaria imparcialidad con que tiene que actuar el poder judicial, que constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la Constitución (art. 24.2),⁶¹ y está también explícitamente reconocido como parte del derecho a un proceso equitativo en el CEDH (art. 6.1), imparcialidad judicial que aún es más importante cuando están en marcha

⁵⁹ Sentencia Ambruszkiewicz contra Polonia, de 4 de mayo de 2006, par. 29 y 32.

⁶⁰ Sentencia Richet contra Francia, de 13 de febrero de 2001, par. 61 a 64.

⁶¹ Com a part del dret reconegut en l'article 24.2 CE (síntesi en STC 149/2013, de 9 de setembre).

procedimientos penales de una extrema gravedad, como por ejemplo los de sedición y rebelión.

La imparcialidad judicial presenta dos vertientes, como han reconocido tanto el TC⁶² como el TEDH. El TC ha diferenciado entre una dimensión subjetiva de la imparcialidad, por la que los órganos judiciales no pueden tener lo que el TC ha calificado en general como relaciones indebidas con las partes; y otra objetiva, por la que el juez o jueza no puede conocer de un asunto con una posición previamente toma sobre éste.

El TEDH, por su banda, también lo ha vinculado al concepto de *juez independiente*. Este concepto parte de la premisa de la libertad absoluta del juez o jueza y de la ausencia de subordinación a ningún tipo de autoridad. Esta afirmación se traduce en la prohibición de cualquier interferencia por parte de los órganos ejecutivo y legislativo en los procedimientos de nombramientos de jueces y magistrados, en la duración de sus mandatos, en su inamovilidad, en la composición de las jurisdicciones y en la previsión y la aplicación de las garantías contra presiones exteriores, que incluyen la preservación de las apariencias de su independencia.⁶³ En cuanto al concepto de *tribunal imparcial*, esta noción, entendida como prejuicio o de toma de posición, contiene primero un análisis subjetivo, para determinar la convicción y el comportamiento personal de un juez determinado en un caso concreto, y seguidamente un análisis objetivo que permita asegurar que se dan las garantías suficientes porque el justiciable pueda excluir cualquier duda legítima.⁶⁴

En el primer test –el subjetivo– la imparcialidad personal del magistrado o magistrada se presume siempre, a menos que se demuestre el contrario.⁶⁵ De lo que se trata es de que el

juez o jueza tenga la capacidad de tomar la distancia necesaria y que se resista a caer en cualquier influjo de carácter subjetivo. El TEDH señala que la discreción que se impone a las autoridades que tienen la función y la responsabilidad de juzgar se extiende igualmente a su relación con la prensa, incluso para dar respuesta a provocaciones, porque así lo quieren los imperativos superiores de la justicia y la grandeza de su función. En particular, “el hecho de utilizar (el presidente o el miembro del tribunal que tiene que resolver un asunto) públicamente expresiones que puedan dar a entender una apreciación negativa de la causa de una de las partes es incompatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, consagradas en el artículo 6. 1 del Convenio”.⁶⁶

Pues bien, desde estos diversos puntos de vista se han producido situaciones que contravienen la imparcialidad judicial.

Desde la perspectiva subjetiva, esto ha sucedido, por ejemplo, en relación con el propio TC, cuando, según se reconoció públicamente,⁶⁷ ese produjeron contactos directos entre los magistrados y miembros del Gobierno del Estado en plena deliberación sobre la admisión a trámite de la impugnación del Gobierno de la candidatura de Carles Puigdemont a la presidencia de la Generalitat, en una relación que compromete al menos la apariencia de independencia y de imparcialidad.

Desde la perspectiva objetiva, se ha comprometido la imparcialidad judicial cuando desde las más altas instancias judiciales, incluido el presidente del TS, públicamente se han hecho manifestaciones en el sentido de considerar que es misión del poder judicial (junto con los otros poderes del Estado, se dice) garantizar la unidad de España,⁶⁸ de forma que abiertamente se toma parte en contra de las

⁶² STC 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3.

⁶³ Sentencia Kleyn y otros contra Holanda, de 6 de mayo de 2003, par. 190.

⁶⁴ Sentencia Piersack contra Bélgica, d'1 de octubre de 1982, par. 30.

⁶⁵ Sentencia Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, par. 47.

⁶⁶ Sentencia Lavents contra Letonia, de 28 de noviembre de 2002, par. 118.

⁶⁷ NNoticia aparecida en este sentido en varios periódicos de alcance estatal, por ejemplo en *El País*: “El Gobierno trasladó al Constitucional la gravedad del intento de Puigdemont” (29 de enero de 2018) https://politica.elpais.com/politica/2018/01/28/actualidad/1517164077_657245.html.

⁶⁸ Discurso del presidente del TS en el acto de apertura del año judicial 2017-2018: “Cuando su artículo 2 – de la CE– residencia el fundamento constitucional en la insoluble unidad de la Nación española, no lo hace a modo de frontispicio programático, sino como basamento último, nuclear e irreductible de todo el Derecho de un Estado. Es, por tanto, un mandato jurídico directo que corresponde garantizar al Poder Judicial junto al resto de los poderes del Estado, en definitiva, un deber para todos nosotros de inexcusable cumplimiento.”

posiciones políticas sostenidas por las personas que han sido encausadas en los procedimientos judiciales abiertos, y se olvida la doctrina hecha explícita por el TC sobre el carácter no militante de la democracia establecida en la Constitución y la legitimidad de todas las aspiraciones políticas, incluidas las que supongan cambios constitucionales profundos, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales y su implementación práctica respete la legalidad.⁶⁹ En esta peculiar tesis jurídica, el artículo 2 CE (“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española [...]”) pasa a tener primacía sobre cualquier otra disposición de la Carta Magna, incluyendo singularmente el artículo 1, en que, entre los “valores superiores del ordenamiento” no hay referencia a la unidad nacional: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

Igualmente, el propio instructor del TS, en alguno de sus autos,⁷⁰ parece que se siente parte ofendida de los presuntos delitos que investiga, y muestra de esta forma una falta de imparcialidad que afecta a su función como juez, incluso como juez instructor.

3.7. Derecho a la tutela judicial efectiva

Además de su dimensión constitucional, la jornada del 1 de octubre provocó un alud de denuncias penales de diferente signo en diferentes juzgados de instrucción de Cataluña (tanto por presuntas lesiones sufridas por la actuación de Policía Nacional y Guardia Civil como por presunta inacción de los agentes del cuerpo de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra (PG-ME) en su obligación de impedir la celebración de la consulta). El caso más notorio es el del Juzgado de Instrucción n. 7 de Barcelona, que ha acumulado 257 denuncias contra la policía por lesiones. La mayor parte de

estos juzgados están tramitando con normalidad las denuncias, pero cabe destacar que tres de estos juzgados han procedido a archivar o sobreseer provisionalmente todas o buena parte de las denuncias, como los juzgados de instrucción n. 5 de L'Hospitalet (5 denuncias archivadas o sobreseídas), n. 2 de Sabadell (2), n. 4 de Amposta (97 de las 99 denuncias recibidas) y n. 1 de la Bisbal d'Empordà (4).⁷¹ En todos estos casos se compromete el derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de acceso a la justicia.

Un caso relevante de posible vulneración de este derecho viene dado por la reciente reforma de la Ley Orgánica del TC, que permite al máximo intérprete de la norma fundamental imponer fuertes sanciones económicas e institucionales, sin las necesarias garantías procesales. Tal y como se señalaba en el *Informe sobre regresiones de derechos en el Reino de España*, la Comisión de Venecia desaconsejó en su día que el ejecutivo central cargara sobre el TC esta responsabilidad. La Comisión de Venecia manifiesta expresamente que “la atribución de responsabilidad total y directa de la ejecución de sus sentencias al propio tribunal debería reconsiderarse, a fin de promover la percepción del tribunal como un árbitro neutro, como juez de las leyes”. De hecho, señala que en derecho comparado la fórmula vigente en el Reino de España es la excepción, puesto que, por norma general, esta función se atribuye a otro poder estatal.

Un reciente informe liderado por el expresidente del TEDH, Jean Paul Costa, se hace eco de la opinión de la Comisión de Venecia y destaca la falta de claridad de las disposiciones relativas a sanciones por incumplimiento y el hecho de que, a pesar de que el TC ha establecido que estas sanciones no tienen carácter punitivo (STC 185/2016), son tan severas que deben considerarse equivalentes a la sanción penal y, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, deben contar con las garantías del artículo 6 CEDH.⁷²

⁶⁹ STC 42/2014, de 25 de marzo (FJ 4.c), con citación expresa de otras sentencias anteriores.

⁷⁰ Significadamente, el ATS de 12 de abril de 2018, denegando la petición de libertad de Jordi Sànchez para poder acudir a la sesión de investidura a la presidencia de la Generalitat.

⁷¹ Estos datos, actualizados por última vez el 24 de enero de 2018, pueden consultarse en la web del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Diligencias-previas-abiertas-en-los-juzgados-de-Cataluna-a-24-de-enero>.

⁷² Jean-Paul Costa - Françoise Tulkens - Wolfgang Kaleck - Jessica Simor: *Catalonia Human Rights Review. Judiciales controles in the context of the 1 October referendum*, p. 40-45. Puede encontrarse en: <https://www.elnacional.cat/uploads/s1/38/83/74/3/final-opinion.pdf>

Los riesgos a que hacía referencia la Comisión de Venecia en su informe sobre la reforma de la LOTC se han hecho realidad con la imposición de multas de cuantías desorbitadas (hasta 12.000 euros periódicos) por parte del TC a los miembros de la Sindicatura Electoral por presunta desobediencia a las resoluciones tendentes a evitar la celebración del referéndum. El Síndic entiende que estas multas pueden representar una vulneración del artículo 6 CEDH, en especial en cuanto al principio de contradicción. Este carácter punitivo no depende de la denominación legal o de la clase de proceso que las vehicula, sino de su carácter materialmente aflictivo. La prueba radica en el hecho de que se fundamenta el importe de la multa en la gravedad de la presunta infracción y del nivel de autoridad de los sancionados (véase el Auto ATC-p de 21/9/2017). Así pasa, por ejemplo, en el caso de las multas coercitivas impuestas por la Administración, que, como actos administrativos, deben seguir el procedimiento establecido y pueden ser revisadas en vía jurisdiccional (o también por los propios tribunales), y también pueden ser revisadas en vías jurisdiccional. En cambio, las multas coercitivas impuestas por el TC se imponen:

- *Inaudita parte:* pueden ser impuestas de oficio o a instancia del Gobierno, sin ni escuchar a las personas afectadas. El informe que prevé que se les pida es para informar sobre el cumplimiento de la resolución del TC por la que han sido requeridas (art. 92.4 LOTC) y, por tanto, no cumple con las condiciones mínimas de una audiencia previa. Pero, además, las multas pueden ser impuestas en algunos casos sin ni siquiera haber emitido este informe (art. 92.5 LOTC). Esto último es lo que ha sucedido respecto a algunas de las personas a las que se ha impuesto estas multas a través de los autos mencionados.
- Sin posibilidad de revisión judicial posterior, puesto que las resoluciones del TC no pueden ser objeto de recurso. Incluso en caso de que se admitiera un recurso de súplica (que tampoco está previsto expresamente), éste naturalmente no podría considerarse un recurso que

permitiera revisar judicialmente el acto impugnado, dada la contaminación de todo el órgano si la multa ha sido impuesta por el pleno (como es el caso). El hecho de que pueda considerarse que en algunos casos las multas no tienen carácter sancionador o punitivo no significa que estén exentas de revisión judicial. Y más aún si se han impuesto sin seguir ningún procedimiento en el que las personas afectadas hayan podido ejercer su derecho de defensa y ni siquiera hayan sido escuchadas.

- Además, la petición de informe sobre el cumplimiento de las resoluciones del TC puede, en sí misma, vulnerar el derecho de defensa si se han abierto paralelamente diligencias penales, como es en este caso, porque entonces se estaría obligando a declarar con eventual perjuicio propio, lo que constituye directamente una vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE (no declarar contra un mismo).⁷³

3.8. Libertad de expresión, reunión y manifestación

En el informe del mes de abril de 2017, el Síndic trató ampliamente el marco constitucional y europeo de la libertad de expresión. En aquel informe se señalaba, entre otras cosas, “la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática, las restricciones previstas en el artículo 10.2 del Convenio europeo deben justificarse únicamente en situaciones que presentan una gravedad particular. Para poder justificar estas restricciones de conformidad con el Convenio europeo, debe ser imperativo establecer que las informaciones o ideas causa son susceptible de conllevar un riesgo o daño real y serio –y no simplemente hipotético– para ‘la protección de la reputación o los derechos ajenos, la seguridad nacional, la divulgación de informaciones confidenciales o la autoridad e imparcialidad del poder judicial’. Es necesario que se trate de una gravedad objetiva y no meramente subjetiva decidida desde instancias gubernamentales o judiciales”.⁷⁴

⁷³ Informe-síntesis de las actuaciones del Síndic de Greuges en torno al 1 de octubre, noviembre 2017, p. 14

⁷⁴ Informe Retrocesos en materia de derechos humanos en España: libertad de expresión de los cargos electos y separación de poderes, abril 2017, p. 9.

Las restricciones injustificadas a la libertad de expresión y reunión que Amnistía Internacional denunciaba en su informe anual correspondiente a 2016/2017 se acaban de reiterar este año:

“Algunas autoridades restringieron de manera desproporcionada el derecho a la libertad de expresión y reunión pacífica tras la decisión de suspender cautelarmente la ley del referéndum catalán adoptado por el TC el 7 de septiembre.”⁷⁵

Estas excesivas limitaciones no son privativas del proceso catalán, pero tienen una clara incidencia en este contexto. En todos estos casos, resulta criticable que ninguna decisión no contenga un análisis de proporcionalidad entre la restricción a la libertad de expresión y los (legítimos) objetivos en que esta limitación podría ampararse; es decir, que se adopten restricciones a la libertad de expresión sin valorar si son realmente necesarias, y con qué alcance.

Quizás una de las potenciales transgresiones más graves a la libertad de expresión y manifestación está en la investigación policial y judicial de los hechos que se imputan a todas las personas investigadas. La Fiscalía y la instrucción engloban dentro del delito de rebelión (que incluye la violencia como elemento típico) las manifestaciones del 11 de septiembre celebradas pacíficamente en los últimos años; o de forma igualmente preocupante, alusiones a eventuales y futuras movilizaciones populares, que en ningún caso puede presumirse que tengan que

resultar violentas.⁷⁶ Estas aseveraciones⁷⁷ podrían interpretarse como una criminalización a la libertad de expresión y de manifestación, que son derechos de participación política imprescindible en un estado democrático.

Otro caso de vulneración de la libertad de expresión es la requisa de camisetas, bufandas y otras piezas de ropa de color amarillo (además de pancartas y camisetas con mensajes políticos como “libertad”) en la final de la Copa del Rey de Fútbol, celebrada en Madrid el día 21 de abril de 2018. Además, la policía filmó y fotografió antes del partido a los aficionados sentados en las gradas designadas para la afición azulgrana, aparentemente para recoger el momento en el que se producía la pitada al himno nacional español.⁷⁸

También es síntoma de una libertad de expresión amenazada, cuando no directamente vulnerada, el hecho de que la Fiscalía denuncie por delitos de odio, y algunos tribunales abran procedimientos penales, en referencia a determinadas actuaciones y expresiones de personas que han manifestado su protesta o rechazo por la actuación policial del 1 de octubre, cuando bajo ningún concepto razonable puede entenderse que los cuerpos o las fuerzas de seguridad de un estado puedan considerarse un grupo vulnerable susceptible de ser víctima de un delito de esta naturaleza.

En referencia a estas cuestiones, el TEDH, reiterando una jurisprudencia anterior,⁷⁹ ha

⁷⁵ Informe 2017/2018 Amnistía Internacional, p. 188. El Informe-síntesis del 1 de octubre recoge algunas de estas prohibiciones administrativas y jurisdiccionales.

⁷⁶ Comunicado del Síndic de Greuges de 5 de diciembre de 2017.

⁷⁷ El juez instructor asume acriticamente los atestados de la Guardia Civil y dice, entre otros, cosas como por ejemplo: “[...] a la movilización popular o ciudadana como medio intimidatorio y violento para conseguir el fin secesionista. La actitud de abierta oposición contra el orden legal y constitucional de una multitud de personas movilizadas creaban una fuerza intimidatoria suficiente para, por sí solo, impedir a las fuerzas del orden establecido de actuar o disuadirles de ello ante el peligro de que ese movimiento insurrecto de la multitud pueda degenerar en abierta violencia, como así ocurrió en algunos episodios relatados, en los que la agentes de la autoridad hubieron de replegarse para evitar esas indeseadas consecuencias”

⁷⁸ La Ley 19/2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, define como actos violentos o que incitan la violencia la exhibición de “pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que, por su contenido o por las circunstancias en las que se exhiban o utilicen de alguna forma inciten, fomenten o ayuden a la realización de comportamientos violentos o terroristas, o constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo”. También se prohíbe “la entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión en los recintos deportivos [...]”. El Síndic ha pedido al Defensor del Pueblo que investigue estas requisas y filmaciones, para dilucidar si los hechos sucedidos encajan en estas previsiones legales o, más bien, constituyeron vulneraciones de la libertad de expresión.

⁷⁹ Sentencia Castells contra España, de 23 de abril de 1992, par. 46.

señalado recientemente⁸⁰ que el alcance de la crítica a las autoridades políticas debe ser más amplio que el dirigido a particulares, alertando sobre una utilización impropia de los delitos de odio. En este sentido, las autoridades políticas se exponen, de forma inevitable y consciente, a que sus actos y comportamientos sean controlados tanto por periodistas como por la ciudadanía, y consiguientemente, deben mostrar más tolerancia, sobre todo cuando el propio Gobierno hace declaraciones públicas que pueden ser sometidas a la crítica.⁸¹

En todo caso, resulta altamente preocupante la finalidad y los efectos intimidatorios y disuasivos para el futuro ejercicio de la libertad de expresión y de los derechos de reunión y manifestación que derivan de estas acusaciones abusivas de delito de odio y de las restricciones injustificables de los derechos de reunión y manifestación.

Asimismo, el Síndic rechaza el uso del insulto, el desprecio y las descalificaciones colectivas como las que usan algunos cargos institucionales y dirigentes de partidos políticos de diferente signo. Estas expresiones son un obstáculo al diálogo social, político e institucional, además de resultar ofensivas para amplios sectores de la sociedad. Ahora bien, esto tampoco puede confundirse con el delito de discurso de odio, como se ha argumentado anteriormente, ni pueden banalizarse — con la crítica a estas expresiones— fenómenos gravemente lesivos para los derechos fundamentales tales como el racismo o la xenofobia.

Es en este mismo sentido que las actuaciones sobre el sistema educativo de

Cataluña deberían circunscribirse a la comunidad educativa y debe huirse de la tentación irresponsable del tratamiento partidista y electoralista.

3.9. Libertad de información

El 12 de septiembre el TSJC notificó a varias personas, incluyendo a los responsables de los medios de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales (CCMA-TV3 y Cataluña Radio), el acuerdo del pleno del TC de suspensión de la Ley 19/2017, en que también se prohibía “informar sobre cualquier acuerdo o actuación que permitiera la preparación y/o celebración del referéndum de autodeterminación en Cataluña” y advertía de posibles consecuencias penales en caso de desobedecer.⁸² Por otra parte, en el mes de febrero de 2018 se supo que la Guardia Civil consideraba al empresario periodístico Jaume Roures como miembro del “comité ejecutivo del procés” y un elemento capital para la difusión del mensaje independentista.⁸³

Según el TEDH, la libertad de información tiene un doble sentido, de ida y de vuelta, unos tienen derecho a comunicar informaciones e ideas al mismo tiempo que otros lo tienen a recibirlas. Tienen que ser materias que merezcan ser consideradas de interés público y general, que no quiere decir necesariamente de interés político. Es evidente que la posibilidad de comunicar informaciones e ideas y de criticar a las instituciones públicas con total libertad reviste de una importancia capital para la vida política y

⁸⁰ En la reciente Sentencia Stern Taulats i Roura Capellera contra España, de 13 de marzo de 2018, el TEDH afirma que quemar fotos del rey de España es una manifestación de crítica política protegida por la libertad de expresión y que incluir este acto dentro del discurso de odio pondría en riesgo el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin el cual no hay sociedad democrática.

⁸¹ Sentencia Oberschlick contra Austria (1), de 23 de mayo de 1991, par. 59.

⁸² Informe-síntesis del 1-octubre, p. 9.

⁸³ Noticia aparecida, entre otros medios, en <http://www.ccma.cat/324/la-guardia-civil-situa-jaume-roures-en-el-comite-executiu-del-proces-sobiranista/noticia/2838026/>

democrática de un país. El TEDH ha afirmado: “Si bien la prensa no debe traspasar los límites fijados en aras de la protección de la reputación de otros, le corresponde, no obstante, comunicar informaciones e ideas sobre las cuestiones debatidas en la arena política, como también sobre las que afectan a otros sectores de interés público. A su función de difundirlas, se añade el derecho del público a recibirlas”.⁸⁴

El derecho a recibir informaciones incluye al derecho de buscarlas y recogerlas cerca de todas las fuentes lícitas disponibles y

dispuestas a comunicarlas. Por tanto, las autoridades no pueden privar a nadie de recibir las informaciones que otros consienten a facilitar.⁸⁵ El artículo 10 incluye “no sólo el contenido de las informaciones, sino también los medios de transmisión o de captación, por lo que cualquier restricción impuesta a estos medios interfiere en el derecho de comunicar las informaciones”.⁸⁶ Así, de una forma general, deben entenderse incluidas, además de la prensa, la radio, la televisión, el cine y las grabaciones en video, y todas las comunicaciones por Internet.

⁸⁴ Sentencia Ligens contra Austria, de 8 de julio de 1986, par. 41.

⁸⁵ Sentencia Leander contra Suecia, de 26 de marzo de 1987, par. 74.

⁸⁶ Sentencia Autronic AG contra Suiza, de 22 de mayo de 1990, par. 47.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, que es la propia de este informe, la contravención de normas de rango constitucional y estatutario por parte de las instituciones catalanas, en particular a partir del mes de septiembre de 2017, podía responderse, tal y como efectivamente sucedió, mediante la utilización de diferentes instrumentos jurídicos de carácter ordinario de que dispone el Estado, especialmente ante el TC.

En cambio, la reacción de los tres poderes del Estado se ha caracterizado por el recurso a medidas excepcionales como son la aplicación del artículo 155 CE (interpretado, además, de forma extensiva) y la aplicación forzada del derecho penal, más allá de la desobediencia al TC, que ha sido explícita y palmaria. Las medidas adoptadas en este marco han afectado de forma significativa a derechos fundamentales y principios constitucionales, que han sufrido restricciones carentes de previsión legal, finalidad legítima y proporcionalidad. Todas estas afectaciones han sido examinadas en este informe y puede concluirse que las más destacables son las que hacen referencia a los derechos y los principios de libertad personal, participación política, libertad de expresión y derechos de reunión y manifestación, principio de legalidad penal y tutela judicial efectiva.

En efecto, la restricción a la libertad personal de diferentes dirigentes políticos y sociales por la vía de un uso abusivo y desproporcionado de la medida cautelar de privación de libertad constituye quizás la vulneración más flagrante de derechos fundamentales en el contexto de los hechos que se han explicado en este informe.

Así mismo, la disolución vía artículo 155 CE del Parlamento y la destitución de más de 250 altos cargos del Gobierno, incluyendo al presidente de la Generalitat y a todo el consejo ejecutivo, afectan de forma directa al derecho de participación política que reconoce el artículo 23 de la Constitución, en un doble sentido: por un lado, resulta afectado el derecho de los cargos públicos destituidos y el de los representantes cesados por la disolución anticipada del Parlamento;

y, por otra parte, también resulta afectado el derecho de participación política de la ciudadanía, en general, en la medida en que los representantes que han elegido no han podido ejercer su función por el tiempo por el que fueron elegidos.

El derecho de participación política del artículo 23 CE también se ve afectado por los actos que, después de las elecciones celebradas el día 21 de diciembre de 2017, impiden sin base legal que personas que han sido elegidas y que están en posesión de sus derechos políticos puedan ser candidatas a la presidencia de la Generalitat, en el proceso de investidura que debe servir para formar un nuevo gobierno.

También la libertad de expresión y los derechos de reunión y manifestación están sufriendo un retroceso del que no sólo la institución del Síndic de Greuges se ha hecho eco. Estas regresiones no se circunscriben a las expresiones o manifestaciones de carácter independentista en Cataluña, sino que tienen un alcance más amplio y se están aplicando a diferentes formas de protesta y disidencia.

En el marco de los procesos penales que se siguen en diferentes instancias jurisdiccionales por causas derivadas de la consulta del 1 de octubre y la declaración del 27 de octubre las posibles afectaciones a derechos fundamentales resultan muy preocupantes. Uno de los más notables es el que hace referencia al principio de legalidad penal, cuando se formulan acusaciones desproporcionadas, basadas en unos hechos manifiestamente distorsionados, sin la previsión legal típica. Esta vulneración del principio de legalidad penal en la instrucción de delitos como son rebelión, sedición, terrorismo u organización criminal, entre otros, parece buscar castigos ejemplarizantes y un efecto disuasivo de determinadas posiciones políticas en el futuro.

Así mismo, desde el punto de vista procesal, también son graves las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales al juez predeterminado por la ley, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho defensa, así como las manifestaciones públicas que se han producido a lo largo de los últimos tiempos y que ponen en cuestión la necesaria imparcialidad judicial.

Por último, en varias ocasiones durante el período sobre el que trata el informe, y en especial durante la jornada del primero de octubre de 2017, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía actuaron de una forma que podría considerarse desproporcionada, y provocaron un daño superior al mal que supuestamente querían evitar, con intervenciones ante personas con actitud pacífica que no han respetado los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad inscrita en las leyes que regulan la actuación de los cuerpos y las fuerzas de seguridad.

En este sentido, revistió de especial gravedad que las fuerzas y los cuerpos de Seguridad del Estado utilizaran durante la jornada del primero de octubre balones de goma, que provocaron algún herido grave. El Parlamento de Cataluña estableció la prohibición total de estos proyectiles a partir del 30 de abril de 2014, a propuesta de la Comisión de Estudio de los Modelos de Seguridad y Orden Pública y del Uso de Materiales Antidisturbios en Acontecimientos de Masas. Por este motivo, el Síndic considera que la mencionada prohibición debe ser respetada por todos los cuerpos de seguridad que actúen en Cataluña.

En este contexto, **el Síndic formula las siguientes recomendaciones:**

Primera. La liberación inmediata de las personas encausadas por los delitos de rebelión y sedición que están en prisión provisional mientras no se celebre un juicio con plenas garantías y haya sentencia firme.

Segunda. Nos encontramos ante problemáticas históricas y de carácter eminentemente político que tienen afectaciones sobre derechos fundamentales. Así pues, el inicio de un diálogo constructivo para lograr una solución política al conflicto. Este diálogo no debe ceñirse sólo al ámbito político e institucional, sino que debe tener

lugar, a su vez, entre las sociedades civiles de Cataluña y el resto del Estado, por un lado, y entre los actores de todas las sensibilidades políticas y sociales de Cataluña, por el otro.

Tercera. En el actual contexto de erosión de derechos, que no es privativo de nuestro entorno inmediato, es necesario fortalecer las garantías democráticas que aseguran el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales, como la libertad de expresión, de reunión y de manifestación.

Cuarta. Los posibles ilícitos que se hayan cometido (como una eventual desobediencia al Tribunal Constitucional) deben afrontarse en el marco del estricto principio de legalidad penal, previsto constitucionalmente.

Quinta. Ante la desproporción del tratamiento penal de estas cuestiones, hay que recomendar la recuperación, por parte del Fiscal General del Estado y el conjunto de instituciones que forman el poder judicial, de los principios democráticos de mínima intervención penal y proporcionalidad en la aplicación taxativa del Código Penal en cuanto a la descripción de eventuales hechos punibles vinculados al conflicto político en Cataluña.

Sexta. La dilucidación, como solicitan los organismos internacionales (Consejo de Europa y Naciones Unidas), de las responsabilidades por la violencia empleada el día 1 de octubre. En este sentido, hay que reclamar el respeto escrupuloso del principio de proporcionalidad por parte de los cuerpos y las fuerzas de seguridad cuando tengan que intervenir en movilizaciones ciudadanas y, en especial, la necesidad de respetar la prohibición de utilizar pelotas de goma.

Séptima. El restablecimiento completo del autogobierno de Cataluña, sin intervención en la gestión ni en las finanzas.

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya
Passeig Lluís Companys, 7
08003 Barcelona
Tel 933 018 075 Fax 933 013 187
sindic@sindic.cat
www.sindic.cat

