



LA SENTENCIA
459/2019 DEL
TRIBUNAL SUPREMO Y
SU REPERCUSIÓN EN
EL EJERCICIO DE
DERECHOS
FUNDAMENTALES

ENERO 2020

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

LA SENTENCIA
459/2019 DEL
TRIBUNAL SUPREMO
Y SU REPERCUSIÓN
EN EL EJERCICIO DE
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1ª edición: Enero 2020

La Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo y su repercusión en el ejercicio de los derechos fundamentales. Enero 2020

Maquetación: Síndic de Greuges

Foto de portada: Pixabay

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA SENTENCIA 459/2019 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CONDENADAS	7
▪ Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley	
▪ Derecho de defensa: la fragmentación de la causa	
▪ Derecho de defensa: el interrogatorio de testigos	
▪ Derecho de defensa: la acusación de rebelión y la prisión provisional	
▪ Derecho a la legalidad penal	
▪ Derecho a una resolución razonada y razonable	
3. AFECTACIONES GENERALES DE LA SENTENCIA 459/2019 A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA SEPARACIÓN DE PODERES	19
▪ Los derechos de reunión y manifestación y la libertad de expresión tras la Sentencia	
▪ Inviolabilidad parlamentaria y separación de poderes	
4. AFECTACIONES A DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	27
5. LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS CONDENADAS COMO CONDICIÓN DE UNA SALIDA POLÍTICA AL CONFLICTO	31
6. UNA REFLEXIÓN FINAL: ACTIVISMO JUDICIAL Y GARANTISMO EN LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA NORMA	33
7. CONCLUSIONES	35

1. INTRODUCCIÓN

AA lo largo de los últimos dos años y medio, el Síndic de Greuges, 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 alertado en diversos informes sobre la regresión de derechos y libertades fundamentales en el Reino de España. El último de estos informes (mayo de 2018), ya con dirigentes políticos y sociales acusados de rebelión y en situación de prisión preventiva, señalaba que la actuación de los poderes del Estado se estaba caracterizando por la aplicación de medidas excepcionales que limitaban –e incluso criminalizaban –el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, especialmente la libertad de expresión.

La Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, del Tribunal Supremo (STS), que condena a doce líderes políticos y sociales, a nueve de los cuales a penas de prisión de entre nueve y trece años, confirma los temores del Síndic expresados en informes anteriores. A pesar de que la condena principal es por el tipo penal de sedición, en vez de la de rebelión que pedía la Fiscalía, el Síndic entiende que se trata de una condena desproporcionada que puede haber vulnerado derechos constitucionales procesales y sustantivos de las personas condenadas y que puede tener afectaciones en el disfrute de derechos y libertades fundamentales por parte de toda la ciudadanía. En este sentido, se han expresado numerosas personas que se han dirigido al Síndic en forma de quejas o consultas después de tener conocimiento de la Sentencia.

El objeto del informe, por tanto, es el análisis de la Sentencia 459/2019 en esta

doble perspectiva, y parte de las aportaciones y las reflexiones del seminario de trabajo que tuvo lugar en la sede del Síndic el 13 de noviembre de 2019. Por un lado, en la dimensión que afecta a las personas concretamente condenadas y sus derechos fundamentales en el marco del proceso penal. Por el otro, la potencial extensión de una interpretación restrictiva de derechos fundamentales, como por ejemplo la libertad de reunión y manifestación o la libertad de expresión en toda la geografía del Estado, la perspectiva de posibles derechos afectados del Convenio europeo de derechos humanos, y también el principio de inviolabilidad parlamentaria y la separación de poderes.

A partir de aquí, se abordan cuestiones más concretas como por ejemplo la consideración de la libertad de las personas condenadas como paso previo o paralelo a la resolución del conflicto político en Cataluña y, por último, una reflexión sobre el papel de la judicatura en la aplicación del derecho y los derechos fundamentales.

El Síndic ha manifestado reiteradamente que el conflicto territorial que se vive entre Cataluña y el resto del Estado tiene un carácter eminentemente político y es fruto de una interpretación restrictiva de los preceptos constitucionales sobre el autogobierno territorial. Este conflicto político está produciendo graves afectaciones a derechos fundamentales, incluyendo los derechos de participación política por medio de los representantes elegidos, la libertad de expresión y de manifestación, y el derecho a la libertad individual. Un conflicto de este tipo tan sólo puede tener una solución política que se tiene que articular mediante el diálogo entre las diferentes opciones políticas y sociales en Cataluña y entre las instituciones del Estado y las catalanas.

2. LA SENTENCIA 459/2019 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CONDENADAS

En este apartado se hace referencia a una serie de derechos fundamentales que se podrían haber visto afectados a lo largo del procedimiento de la causa 20907/2017 y la vista oral que conduce a la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre.

2.1. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

Como es sabido, el derecho al juez ordinario o predeterminado supone básicamente cuatro garantías: la creación del órgano jurisdiccional mediante una ley orgánica previa, la determinación genérica de su competencia, la determinación apriorística de la propia competencia y, por último, la predeterminación legal de las normas de composición del órgano jurisdiccional.

En el caso de la Sentencia 549/2019, se entiende que la fijación de la competencia en el Tribunal Supremo (TS) se puede haber hecho con vulneración de este derecho.

Hay que recordar que en un primer momento se ocupó del caso la Audiencia Nacional. La razón que se dio en aquel momento fue que, a pesar de que la mayoría de las personas investigadas eran aforadas porque eran consejeros o diputados del Parlamento de Cataluña (aunque casi todos ya no lo eran en virtud de la aplicación del artículo 155 CE) y, por tanto, se tenían que juzgar en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dado que la Fiscalía había presentado una querrela por el delito de rebelión, la Audiencia Nacional tenía que ser competente porque el artículo 65.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial le atribuía la competencia para conocer los delitos contra la “forma de Gobierno”.

El Síndic entiende que esta interpretación no fue correcta, dado que esta rúbrica – delitos contra la forma de Gobierno – había desaparecido del Código Penal hacía mucho de tiempo, puesto que se refería sobre todo a delitos de carácter político en los cuales, ya en la época, tampoco se podía incluir en ningún caso la rebelión, como reconoció la interlocutoria del Tribunal Supremo de 26 de

mayo de 2009. Además, se daba la circunstancia de que la Sala Penal de la misma Audiencia Nacional había señalado expresamente en el año 2008 – interlocutoria de 2 de diciembre de 2008 – que este tribunal nunca había sido competente para conocer el delito de rebelión, para evitar aquel año la competencia para celebrar un macroproceso por los crímenes del franquismo. Después se rectificaba esta contundente y acertada declaración de 2008, con el fin de asumir una competencia que jurídicamente no se podía justificar.

Una vez que la mayoría de personas investigadas fueron encarceladas, el TS asumió la competencia del caso recuperando el argumento del aforo, a pesar de que en aquel momento ya no concurría para la mayoría de personas investigadas en virtud de la implementación del artículo 155, con remisión a lo establecido en el Estatuto de Cataluña en caso de que el delito cometido por el aforado se haya cometido “fuera del territorio de Cataluña” (art. 57.2).

El TS ofrece una triple razón para justificar que el presunto delito de rebelión se cometió fuera de Cataluña, con una razón adicional sobrevenida que se ha conocido con la STS. En primer lugar, dado que la rebelión estaba enfocada a alcanzar la independencia de Cataluña, esta era una cuestión que afectaba a todo el territorio nacional y no sólo a Cataluña. El argumento es inconsistente e implicaría, por ejemplo, que un fraude fiscal perpetrado por un diputado del parlamento autonómico con su empresa de alcance autonómico también sería competencia del TS porque la hacienda es estatal y, por tanto, la falta de recaudación de recursos públicos también afecta, obviamente, a las arcas de todo el Estado.

El segundo argumento es que el proceso supuestamente había tenido elementos internacionales. No aparecieron durante todo el proceso judicial estos supuestos elementos, que en el caso de una rebelión tendrían que haber sido el apoyo armado, logístico o al menos económico de algún estado extranjero u operado desde algún territorio extranjero. Lo único que salió fueron conferencias y actos similares en el extranjero en promoción de la independencia, la cual cosa en ningún caso se puede

considerar delito, sino el ejercicio de la libertad de expresión, como reconoce el TS.

La tercera razón es que el TS, según establece el artículo 123 de la Constitución, es el tribunal superior en todos los órdenes. Pero esta no es ninguna razón, sino un exceso interpretativo del artículo 123. Tal y como lo dice el TS, parecería que el alto tribunal podría avocar discrecionalmente causas a su conocimiento, cuando no es así precisamente porque lo impide el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Ningún juez se puede autoatribuir la jurisdicción sin más. Además, sería insólito un comportamiento así en una democracia y constituiría un evidente abuso de poder. Lo establecido en el artículo 123 no es que el TS tenga una posición de superioridad jerárquica del resto de tribunales, incompatible con la independencia judicial, sino que conoce de un último recurso –habitualmente el de casación– que corona la pirámide jurisdiccional.

Hay una cuarta razón adicional sobrevenida. Algunos de los acusados concurrieron a diversas contiendas electorales y fueron escogidos diputados y senadores. Y dado que los diputados y senadores sí que son indudablemente aforados al Tribunal Supremo, entonces el órgano jurisdiccional ganó sobrevenidamente su competencia.

Este último argumento se podría poner en cuestión por la llamada *perpetuatio iurisdictionis*, pero su vigencia y extensión al proceso penal son muy discutibles. Pero lo que en todo caso no puede hacer el alcance de esta condición sobrevenida de diputado o senador es corregir la competencia anterior del tribunal indebidamente determinada por los argumentos ya explicitados. Es como si se estuviera diciendo que los reos, con su propia conducta, acaban legitimando o convalidando conductas indebidas del Tribunal.

En todo caso, si de lo que se trataba era de justificar una vulneración del juez legal, es obvio que después de todo lo que se ha visto hay al menos dos, o incluso tres, garantías del contenido esencial que se han puesto en cuestión. Queda fuera de duda que el TS es un órgano creado por ley orgánica previa, igual que la previsión de que un magistrado de la Sala Segunda haga de instructor. Pero

no se puede decir lo mismo de la sala de apelaciones contra las decisiones de este magistrado. Esta sala es una creación jurisprudencial y está formada por tres magistrados que pertenecen a la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo que el magistrado que hace de instructor, y también los magistrados de la sala que dicta sentencia. Es decir, que instructor, magistrados de apelación contra sus decisiones y magistrados que conocen el juicio oral pertenecen todos ellos exactamente a la misma sala que habitualmente conoce los recursos de casación de los procesos penales, la cual cosa permite dudar más que razonablemente de su imparcialidad.

También se puede afirmar que la competencia del TS está determinada de manera genérica y, por tanto, no es una jurisdicción ad hoc, pero el carácter apriorístico de su competencia sí que se puede poner en cuestión porque, repasando los antecedentes y los argumentos mencionados anteriormente, parece que la competencia claramente no era previsible y que se ha construido *ex post facto*. Las razones de la competencia son claramente rebatibles y no se hacen evidentes con la lectura de las leyes. Es más, leyendo estas leyes (art. 57 de la Ley orgánica del Poder Judicial y art. 57.2 del Estatuto de Cataluña) se puede concluir que el TS no podía ser el competente.

En suma, la competencia jurisdiccional sufrió unas vicisitudes que la hacen incompatible con las garantías del derecho al juez predeterminado por la ley que no pueden ser convalidables a posteriori. De este caso, no se hubiera tenido que encargar nunca el TS en primera y única instancia.

2.2. Derecho de defensa: la fragmentación de la causa

Una consecuencia inmediata de la posible vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley es la fragmentación de la causa. El informe del Síndic de mayo de 2018 ya señala los peligros de que “unos mismos hechos sean valorados jurídicopenalmente por tres jueces de instrucción, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Juzgado n. 13 de Barcelona, como si se tratara de hechos diferentes, con el peligro, ya consumado, de que las

valoraciones sean diferentes”. A esta fragmentación que se denunciaba entonces, se añade el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a quien el Supremo remitió los casos de algunas personas aforadas (exmiembros de la Mesa del Parlamento y la presidenta del grupo parlamentario de la CUP).

Las repercusiones en el derecho de defensa de esta fragmentación merecen poco espacio en la Sentencia 459/2019. Prácticamente, tan sólo se hace referencia respecto a las peticiones de las defensas, que el Tribunal Supremo rechaza de manera excesivamente expeditiva, de acceder a las diligencias procesales practicadas por el Juzgado de Instrucción n. 13 de Barcelona.

No obstante esta indiferencia, las consecuencias negativas de la fragmentación son notables, particularmente para las personas ajenas a la causa 20907/2017. Los hechos que juzga la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los que instruye el Juzgado de Instrucción n. 13 de Barcelona ya han sido determinados y fijados en la Sentencia del Tribunal Supremo como “hechos probados”. Las defensas de las personas procesadas en estas instancias podrán incidir en el comportamiento individual de sus clientes, pero este marco general previo, en que no han tenido ninguna oportunidad de influir, decididamente los condicionará.

Adicionalmente, la determinación de estos hechos como constitutivos de un delito de sedición, que, como se verá, el TS hace sin un juicio de inferencia clara e individual, pesará como una losa en el resto de procedimientos. No sólo como precedente jurisprudencial, sino por el hecho de provenir de la instancia donde necesariamente acabarán los eventuales recursos ante las sentencias de instancia, cosa que hace que estas instancias devengan inútiles.

En este sentido, no deja de ser paradójico que, a fecha de cierre de informe, la Audiencia Nacional mantenga el procesamiento por rebelión para el mayor Traperoy la antigua cúpula del Departamento de Interior cuando, por los mismos hechos, su superior directo, el exconsejero Forn, haya sido absuelto de este delito.

2.3. Derecho de defensa: interrogatorio de testigos

Durante la vista oral, hay diversas decisiones de la Sala Segunda que se podrían considerar lesivas para el derecho de defensa. Por ejemplo, el hecho de impedir que las defensas de las personas acusadas formularan preguntas a los testigos en vista de los videos de las actuaciones policiales, puesto que estos videos constituyen “pruebas materiales de la comisión del delito”. Según la Ley de enjuiciamiento criminal (art. 712), los letrados tenían derecho a pedir que los testigos reconocieran los videos como pieza de convicción, cosa que la Sala impidió.

En este apartado se analizará únicamente una de estas decisiones: la interpretación que hizo el Tribunal Supremo del artículo 708 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Este precepto, después de establecer que la parte que propone a un testigo puede hacerle las preguntas que considere convenientes, contiene una coletilla que dice literalmente: “Las otras partes también le pueden dirigir las preguntas que consideren oportunas y que sean pertinentemente atendidas las respuestas”.

Este redactado, que data de un texto de principios del siglo XIX y que –una vez incluido en la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882– no ha sido reformado desde entonces, se remonta a la época medieval del sistema probatorio vigente entonces: el de prueba legal o tasada. Según este sistema, cada parte tenía la carga de aportar la prueba que le servía para defender su posición, y la parte contraria no podía hacer suya esta prueba, sino que tan sólo podía objetarla por diferentes pero muy limitadas razones.

Todo cambió con la introducción en el proceso penal del sistema de valoración libre de la prueba (precisamente con la ley de 1882), con lo llamado *principio de adquisición probatoria* que le es inherente, según el cual toda la prueba que aportan los litigantes es parte del material probatorio del proceso y, por tanto, todas las partes pueden hacer uso, y se pueden beneficiar o se pueden ver perjudicadas. La prueba, por tanto, ya no es de nadie, sino que es común a todos los sujetos del proceso, incluido el juez, obviamente. Es por todo esto que el artículo 708 LECrim, al menos desde finales del siglo

XIX, siempre se ha interpretado en el sentido de que todas las partes indistintamente puedan preguntar a cualquier testigo lo que deseen en relación con el objeto del proceso.

Pues bien, durante la vista oral, la Sala Segunda estableció que la parte contraria de aquella que había propuesto al testigo no podía hacerle preguntas sobre una temática diferente de aquella sobre la cual lo había interrogado el litigante que había propuesto al testigo, a pesar de que tuviera que ver con el objeto del proceso, cosa insólita en una sala de justicia en España. Además, la decisión del Tribunal resulta empobrecedora porque no permite sacar del testimonio toda la información que se podría obtener.

El TS lo justifica señalando que no quería vulnerar el principio de contradicción, en el sentido de que si la contraparte quitaba nuevas temáticas se tendría que dar oportunidad a la parte que había propuesto al testigo para que replicara, y así sucesivamente, la cual cosa sería poco operativa. Es decir, que el mismo tribunal reconocía implícitamente que se podía salvar el principio de contradicción con su interpretación, pero que no era su deseo invertir tanto tiempo.

La decisión desconoce el modelo de interrogatorio que desde hace décadas constituye el espejo en que se mira la práctica procesal de gran parte de las democracias del mundo: el interrogatorio del derecho consuetudinario (*common law*). Este interrogatorio se divide en tres posibles partes: *l'examination in chief*, el *cross-examination* y la *re-examination*.

Como es sabido, el primer examen es el interrogatorio que hace la parte que ha propuesto al testigo, que no puede contener preguntas que guíen al testigo (*leading questions*), sino que tienen que ser abiertas, de manera que el testigo se pueda expresar espontáneamente. Después viene la *cross-examination*, que es el interrogatorio de la contraparte. Su finalidad principal es desacreditar al testigo, y por eso puede hacer *leading questions* y también, y esto es muy importante, preguntas que permitan poner directamente en cuestión la credibilidad del testigo, a pesar de que no tengan conexión directa con el objeto del proceso. Es decir, preguntas que revelen comportamientos del

testigo que cuestionen su sinceridad, como por ejemplo averiguar si determinado mando policial correspondía a un perfil anónimo en redes sociales (“Tácito”) de contenidos altamente catalanófobos y ultraderechistas.

Por último, puede tener lugar la *re-examination*, que es el nuevo interrogatorio de la parte que ha propuesto al testigo y que tiene como única finalidad puntualizar o corregir cuestiones que hayan salido durante la *cross-examination*. Tiene la restricción de que en ningún caso se puede ampliar a otros temas que no hayan salido durante esta última, o que no se pusieran de manifiesto durante la *examination in chief*, precisamente, ahora sí, para que un interrogatorio no devenga infinito.

Pues bien, a los interrogatorios de las contrapartes en el TS no se permitieron muchísimas preguntas que querían poner en cuestión la credibilidad de los testigos, ni tampoco se admitió, como se había advertido, preguntar sobre otras temáticas del objeto del proceso que no habían sido objeto del interrogatorio, hasta el punto absurdo de que en una ocasión, con uno de los testigos más importantes, el presidente de la Sala, utilizando el mismo artículo 708, tuvo que plantear de oficio una pregunta clave, que no había sido objeto del interrogatorio, la respuesta de la cual era obviamente relevante para la Sentencia.

Y es que justamente este es el problema más grave que provocó la decisión del tribunal a propósito de la restricción de los interrogatorios que se está analizando. La restricción operó durante todo el proceso, la cual cosa limitó los interrogatorios cruzados (*cross-examination*) de una manera que afectó globalmente la construcción de todo el material probatorio del proceso y, lo que es más importante, la formación de la convicción del tribunal.

2.4. Derecho de defensa: la acusación de rebelión y la prisión provisional

El derecho de defensa o a la tutela judicial efectiva ha sido perfilado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) como por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y es tal el alcance que ha acabado siendo el derecho

más alegado frente a ambos tribunales. También en la Sentencia 459/2019 diversos de los aspectos que lo definen podrían haber sido vulnerados.

Los argumentos que se plantean pivotan entorno a la falta de fundamentación de la acusación de rebelión, que lo vició a pesar de que desembocó en dos situaciones graves: la primera, que las personas acusadas fueran juzgadas en el Tribunal Supremo (TS) y la segunda, que se les impusiera la prisión preventiva. Estas dos circunstancias tan relevantes conllevaron, así mismo, la vulneración de diversos derechos fundamentales. Sin ir más lejos, tal y como el Síndic ha denunciado en diversas ocasiones, la combinación de la acusación por rebelión y la prisión provisional, junto con una interpretación muy discutible del artículo 384 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal, ha llevado a la conculcación del derecho de sufragio pasivo de las personas encarceladas que tenían cargos de representación política. Así mismo, este hecho afectó gravemente a un conjunto de derechos fundamentales vinculados al derecho de defensa. A continuación, se hace un repaso sucinto.

1. Derecho a la doble instancia en materia penal. La atribución de la competencia para resolver la causa en la Sala Segunda del Tribunal Supremo merma el derecho de las personas eventualmente condenadas a que su caso sea revisado por un tribunal superior. Como el Tribunal Supremo es el último en la escalera jurisdiccional, la sentencia deviene inmediatamente firme, la cual cosa, a pesar de que sea asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de aforados, no deja de reducir las expectativas no sólo de la defensa, sino también de las posibilidades de que una sentencia sea correcta, dado que precisamente la existencia de este doble examen intenta garantizar las mejores posibilidades de perfección de la resolución, puesto que siempre es mejor aquello que está confirmado por dos órganos diferentes que no lo que hace un tribunal solo sin ninguna revisión por parte de otro órgano. En este caso, la sentencia podría ser corregida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero es obvio que el alcance de su examen no es en absoluto comparable con lo que se podría

esperar de un ulterior grado de jurisdicción ordinaria en el derecho interno.

Adicionalmente, como la causa está tan fragmentada, resulta que para todas las personas que están acusadas por los mismos hechos en otras instancias, empezando por las cúpula de Interior ante la Audiencia Nacional, la doble instancia deviene un auténtico fraude procesal, en la medida en que una instancia superior, el Tribunal Supremo, ya ha declarado unos hechos como probados y ha aplicado el Código Penal en un determinado sentido.

2. La prisión provisional en un juicio tan largo dificulta el ejercicio del derecho de defensa.

El mes de enero de 2019, los expresidentes de la Generalitat y el Parlamento, junto con el Síndic de Greuges, publicaban un comunicado que decía: “Si se mantiene la situación de privación de libertad de las personas encausadas, se producirán largos traslados al lugar de las vistas desde el centro penitenciario y hacia el centro penitenciario y su permanencia en dependencias judiciales ajenas al Tribunal Supremo. Todo esto puede dificultar el contacto continuo con sus letrados y limitar sin razón legal su participación activa en su propia defensa, de manera que se restrinja innecesariamente este derecho. Este traslado periódico se realizará previsiblemente durante diversos meses, la cual cosa significa una penosidad innecesaria añadida a las finalidades de la prisión provisional”.

A partir de esta constatación, se apelaba a las autoridades competentes para que consideraran “con vistas a la garantía del derecho de defensa y al debido proceso, la disposición de medidas alternativas a la privación de libertad en centro penitenciario de las personas que actualmente se encuentran en prisión provisional durante la celebración del juicio que se tiene que sustanciar en pocas semanas”.

Esta petición no fue atendida. Ciertamente, no es un problema privativo de este caso: otras macrocausas recientes han tenido vistas orales extensas en el tiempo con personas acusadas en prisión provisional. Tanto en este caso como en estos otros, los horarios de la prisión, las sesiones maratónicas o las dificultades de comunicación entre defensas y personas

acusadas suponen una erosión del ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías.

3. La acusación de rebelión también afectó a la presunción de inocencia. El requisito de la presunción de inocencia está reforzado por la Carta de derechos fundamentales de la UE, por el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y por la jurisprudencia del TEDH, que ha sido siempre tajante en este sentido. También por la Directiva de la UE sobre la presunción de inocencia (Directiva (UE) 2016/343). A pesar de que no se puede hacer un análisis aquí de lo que implica este requisito del derecho de defensa, a modo de ejemplo, se apunta que una de las consecuencias es que las autoridades públicas no se puedan referir a las personas encausadas de manera que se les pueda considerar culpables mientras no haya una sentencia firme.

Ningunas de estas garantías se dio en este proceso y otra vez fue mayoritariamente porque en origen trascendió que estaban acusados de un delito muy grave: el de rebelión. Y a esto se tiene que sumar una vulneración reiterada de lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva sobre presunción de inocencia por diferentes autoridades y de lo dispuesto en cuanto a las referencias públicas a la culpabilidad:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable.”

La STS reconoce (p. 140 y siguientes) que la secretaria de Estado “Irene Lozano y otros líderes políticos” se refirieron a las personas acusadas como si ya fueran culpables. Ciertamente, el TS no puede ser responsable de lo que digan otras personas y entidades. Ahora bien, sí que le correspondía velar por el derecho de defensa y por la presunción de inocencia, y su actuación en este sentido a lo largo del proceso, no sólo durante la vista oral, fue inexistente.

4. Se vulnera el derecho a defenderse con la lengua propia. Las defensas alegaron en

diversas ocasiones que el derecho de defensa conlleva el derecho a poder defenderse en la lengua propia si es también una de las lenguas oficiales donde reside la persona que será juzgada. Pues bien, como fueron acusados de rebelión y fueron trasladados al Supremo, y dado que el catalán no es una de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma de Madrid, y el juicio tiene lugar en Madrid, técnicamente no se vulnera ningún derecho.

En efecto, España ha firmado la Carta europea de lenguas regionales o minoritarias, de 5 de noviembre de 1992, según la cual hay que garantizar que cada uno pueda ejercer el derecho de defensa en su lengua propia y oficial en su comunidad. Los argumentos del TS giran entorno a esta idea: “Ni la Constitución Española, ni el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ni la legislación orgánica de desarrollo otorgan un derecho incondicional al uso de la lengua propia de una comunidad autónoma en actuaciones procesales que se desarrollen fuera del territorio que le es propio. El territorio, por tanto, opera como verdadero criterio delimitador de la oficialidad” (p. 76 de la sentencia del TS). Por tanto, un efecto colateral de la desproporcionada acusación de rebelión y de la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley es que las personas juzgadas no pudieron ejercer el derecho a utilizar la lengua propia en la vista oral.

2.5. Derecho a la legalidad penal (art. 25 CE)

1. El derecho a la legalidad sancionadora se traduce en las expresiones de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex certa*, tal y como reiteradamente han exigido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La *lex praevia* se cumple con carácter general con una interdicción total de la irretroactividad penal desfavorable. En el derecho continental europeo la *lex scripta* se cumple más que aceptablemente: la costumbre está desterrada como fuente del derecho sancionador. El problema recae en la *lex stricta*. La ley penal tendría que evitar cláusulas valorativas o términos indeterminados. Y, cuando haya, tienen que ser interpretados de manera

restrictiva por los órganos judiciales encargados de la interpretación.

De acuerdo con la *lex stricta*, la analogía *in malam partem* está constitucionalmente prohibida. Sin embargo, los tribunales y buena parte de los penalistas bordean la indeterminación de los tipos penales o sobrepasan algunas de sus limitaciones literales con un recurso retórico: no utilizan la analogía, pero se basan en la interpretación extensiva. Se hace decir a la ley, especialmente cuando es de contornos lingüísticos pocos definidos, más de lo que dice, utilizando una interpretación extensiva o desnaturalizada, constitucionalmente no permitida. En estas ocasiones se utiliza esta etiqueta para encubrir una auténtica analogía *in malam partem*.

Este es un problema fundamental del tipo de sedición. Por un lado, contiene una descripción de comportamientos típicos excesivamente laxa e indeterminada; por otro, el Tribunal Supremo no ha corregido esta laxitud con una interpretación restrictiva de estos términos, sino todo lo contrario.

2. Los derechos fundamentales están recogidos en la norma constitucional, que es la primera norma del sistema jurídico. También los derechos reconocidos convencionalmente están por encima de las leyes orgánicas y ordinarias. Ciertamente, los derechos no son ilimitados en sus contornos, pero tampoco pueden ser limitados hasta laminarlos por disposiciones infraconstitucionales.

En este sentido, conviene no olvidar que el Código Penal prevé un delito que castiga con pena de suspensión al funcionario que impida el ejercicio de los derechos cívicos, es decir, de cualquier derecho, fundamental, convencional o de raíz legal (art. 542 CP). Esta previsión de la ley penal da una idea de la importancia de los derechos fundamentales para el mismo legislador.

La consecuencia de un comportamiento contrario es la criminalización de los derechos. Si los derechos no son el límite de la ley y es la ley la que los limita, hay una criminalización del ejercicio de derechos fundamentales. Todo pasa a ser delito si se prevé en la ley penal, sin matices, olvidando, además, la existencia de una causa expresamente legal

de justificación, como es el ejercicio de un derecho (art. 20, 7, CP).

3. Desde el punto de vista de la subsunción, la sentencia carece de forma sistemática del juicio de inferencia. En efecto, los tribunales penales tienen que establecer los hechos probados a los cuales aplican los preceptos jurídicos. El órgano judicial tiene que patentizar específicamente de donde ha sacado los hechos que dice probados en el marco del juicio oral. Hace falta, no obstante, explicitar concretamente de qué aspectos del juicio oral. En consecuencia, tiene que mencionar los vehículos probatorios que ha tenido en cuenta para aceptar una evidencia o excluirla y tiene que valorar motivadamente su fuerza de convicción. Si lo tienen que hacer los legos, como por ejemplo los miembros del jurado popular, con más razón lo tienen que hacer indeclinablemente los jueces profesionales.

Forma parte inseparable del derecho al proceso debido que el justiciable (y la ciudadanía) pueda saber con qué criterios, con qué elementos (y con cuales, no) ha llegado el tribunal a tener por probado lo que haya tenido por probado. El hecho de que la ley decreta que la prueba se aprecia en conciencia (art. 741 LECrim) no quiere decir arbitrariamente, y menos aún en el estado constitucional de derecho. La motivación corona cualquier actuación judicial para devenir legítima.

En la Sentencia 459/2019 no se sabe, ni se puede saber, por qué el Tribunal ha considerado probados los hechos que declara probados. Es más, los dichos hechos probados en la Sentencia están llenos de afirmaciones sin la más mínima referencia probatoria.

Diversas muestras a modo de ejemplo. Situar a los procesados en los hechos resulta esencial. Esto no se hace y, por tanto, no se puede llevar a cabo la debida imputación objetiva de las conductas. En todo caso, y dejando de lado las alusiones, que no los hechos probados, con referencia a Dolors Bassa o Carme Forcadell, erróneas y manifiestamente insuficientes, el relato de hechos probados es sumamente poco cuidadoso.

Así, en primer término, las relativas a los tumultos que afirma la resolución del TS

que tuvieron lugar en el mes de septiembre. La STS señala que se reunieron 21.000 personas delante el Palacio de Justicia: afirma un tumulto (referido, además, a una multitud de personas por el solo hecho de estar reunidas, sin ninguna especificación de desórdenes), y no aparece la fuente probatoria del número de gente reunida y manifestándose. La movilización del día anterior, delante la Consejería de Economía, en la rambla de Cataluña, se cifra en 40.000 personas, de nuevo sin citar ninguna fuente.

Es más, literalmente, la STS dice que se “rodeó” a la mencionada consejería. No parece ajustado a la realidad. Una persona que no conozca donde está en Barcelona la sede de Economía pensará que es un edificio aislado, separado del resto de construcciones, incluso podría tratarse de una isla de casas enteras. Esto es lo que supone *rodear*: dar la vuelta a un objeto o persona. Además, como las palabras no son inocentes, *rodear* da la sensación de asedio, la cual cosa aumenta considerablemente el dramatismo de los hechos.

Delante de Economía hubo una manifestación que duró muchas horas, pero *delante*, no *rodeando* el edificio en cuestión. Tanto es así, que en el cruce con la Gran Vía se improvisó un escenario desde donde se hicieron actuaciones musicales y se llevaron a cabo diversos parlamentos. Y no cerró ningún establecimiento de los alrededores (farmacias, joyerías, bancos, teatros, locales de restauración, comercio en general, etc.)

Otro ejemplo es cuando se habla de las lesiones padecidas en el 1-O por los agentes policiales. Múltiples lesiones de diferente gravedad. Unos hechos probados no pueden soportar esta expresión de *múltiples lesiones*. Hay que mencionar los informes de primera asistencia, de lesiones, de tratamientos medicoquirúrgicos, de internamientos, de rehabilitaciones, de secuelas, etc. Cualquier sentencia mínimamente cuidadosa relata con todo lujo de detalles las lesiones, del tipo que sean. Queda dicho que hubieron múltiples lesiones, pero no consta en ningún sitio ni quien las padeció ni con qué intensidad ni cuales fueron los remedios médicos aplicados.

4. Centrándonos en el elemento de la autoría, la sedición es un delito grupal, es un delito de concurrencia de actuaciones, ya lo dice la ley

“quienes”. Una sedición o una rebelión jurídico-penalmente son delitos que requieren una coordinación de planificación y de esfuerzos que hace falta individualizar y jerarquizar en los hechos probados, para imputarlos objetivamente e individualmente en sentido jurídico-penal a cada uno de los implicados. Sin organización, por chapucera que sea, no existen estos delitos. Y de esta organización, se tiene que dejar constancia en los hechos probados. Toda la Sentencia carece de la exposición de un plan y de la coordinación de funciones entre los que más tarde han sido condenados. Como no aparecían ni en *Enfocats* (documento anónimo y sin fecha, pero anterior a 2016) ni en la *Moleskine* (que no fue ratificada por su hipotético autor en el juicio), por tanto, son documentos que no han podido probar nada. En todo caso, no se aportaron indicios o pruebas periféricas respecto a la organización y al reparto de funciones.

Seguramente, como se debía encontrar con mucha dificultad para articular una autoría material, la STS recurre, en dos ocasiones, a la etiqueta de la autoría mediata. Esta figura, tan sólo citada y no atribuida a nadie, supone que el hombre o la mujer que está detrás se sirve de otras personas como instrumento para cometer el delito. Pero para esto tiene que haber una conexión entre el autor real, oculto, y el autor instrumental, que tiene que realizar la acción típica; en este caso, alzarse. Las conexiones entre autor real y ejecutor establecido por doctrina y jurisprudencia son cuatro. Servirse de un instrumento sin acción (tirar a alguien por la ventana para que, al caer sobre quien se quiere matar, lo mate); servirse de un instrumento justificado (denunciar falsamente a alguien a quien la policía, en cumplimiento de su deber, detiene); servirse de un instrumento doloso no cualificado (utilizar a otro para que sustraiga una cosa y la entregue a quien ha diseñado el plan), y, por último, servirse de una estructura de poder (la maquinaria asesina de las SS).

Ninguno de los cuatro grupos concurre en este caso porque 1) nadie se alzó (así lo reconoce la STS) y 2) la actitud de la ciudadanía en el 1-O no encaja con ninguno de los cuatro supuestos mencionados, fuera la que fuera la intención de los procesados. Y es más: la resolución del TS utiliza dos veces el término autoría mediata, a título retórico, más bien como sinónimo de autoría moral, que no es una autoría penalmente

relevante, y no da cabida a ninguna especificidad de las cuatro vías señaladas ni al comportamiento de los procesados ni al de los ciudadanos. Estamos, una vez más, ante otra infracción del derecho a la legalidad sancionadora por el hecho de no identificar la autoría en el caso concreto.

Entonces, para justificar la coautoría grupal, la STC afirma que los procesados se sirvieron de un engaño colectivo. Esto lo reiteran varias veces a lo largo del texto condenatorio (engaño colectivo: haciéndoles creer la legitimidad de su acción o abusando de la buena fe). Este forzamiento lingüístico choca contra un problema: para apreciar rebelión o sedición sería el primer caso en la historia en que diez o quince personas, los procesados, llevan a cabo un delito de alzamiento mediante el engaño de dos millones largos de personas, sin ejercer violencia sobre ellas, sin ningún tipo de intimidación, sin ningún tipo de presión.

2.6. Derecho a una resolución razonada y razonable (art. 24.1 CE)

La Sentencia 459/2019 tiene un impacto negativo en uno de los contenidos más relevantes del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, reconocido reiteradamente por el TC: el derecho a obtener una resolución judicial razonada en la cual, además, el razonamiento parta de premisas que no incurran en errores patentes y que el proceso de inferencia seguido no contenga contradicciones lógicas, es decir, que sea razonable o no arbitraria.

En efecto, algunos de los contenidos de la Sentencia 459/2019 conculcan este derecho a obtener una resolución judicial razonada y razonable, bien porque contienen errores materiales patentes, bien por falta de motivación o bien porque siguen un razonamiento ilógico o incongruente, desde la perspectiva de la lógica ordinaria, con independencia de su valoración jurídica.

No se abundará en la perspectiva de los errores materiales patentes en las premisas del razonamiento de la STS, pero no se puede dejar de mencionar, a modo de ejemplo, la declaración de Dolors Bassa, que además de consejera de Trabajo, también era “por delegación” consejera de Enseñanza y que, como consecuencia, se le impute la cesión de centros educativos

dependientes de la Consejería de Enseñanza para ser utilizados como colegios electorales el 1 de octubre.

Desde la perspectiva de la motivación y la razonabilidad, se puede hacer mención de diversas incongruencias y faltas de motivación de la Sentencia 459/2019.

1. La STS no motiva e incurre en incongruencias a la hora de adoptar dos decisiones tan fundamentales como por ejemplo, por un lado, la identificación de los conductos que conforman la acción penalizada por el tipo penal de sedición, el alzamiento tumultuario; y, por otra parte, la identificación del bien jurídico objeto de protección en este enunciado normativo.

En cuanto a los comportamientos típicos del delito de sedición, la STS, al hacer el juicio de tipicidad – y, más concretamente, al referirse a los hechos constitutivos del delito de sedición –, a pesar de que de manera confusa y utilizando como descriptores de la acción típica una pluralidad de términos y expresiones pretendidamente sinónimas, considera que las acciones de alzamiento tumultuario a los efectos del delito de sedición son concentraciones, reuniones, aglomeraciones, movilizaciones multitudinarias y generalizadas de personas que, mediante actitudes no necesariamente violentas o insurreccionales, sino hostiles, intimidatorias, obstruccionistas, de resistencia pacífica o no violenta, incluso de “negativa verbalizada de forma vehemente”, impiden o “dificultan” (sic) a los agentes de la autoridad – judicial, fuerzas de orden público, etc. – el ejercicio “normal” (sic) de las funciones que tienen encomendadas.

Sin embargo, sin motivación y en contradicción bajo esta premisa, a lo largo de la Sentencia se incluyen como acciones o comportamientos típicos otros comportamientos totalmente desconectados de esta definición de alzamiento tumultuario. Son los casos, por ejemplo, de la admisión a trámite de una proposición de ley o de una resolución para ser debatida y votada en el Pleno del Parlamento, la aprobación de leyes como las de transitoriedad jurídica o de referéndum, o la promoción o convocatoria de un referéndum declarado ilegal por el TC.

Estas acciones pueden estar relacionadas con lo que la STS denomina la creación de una legalidad paralela a la vigente o con la

desobediencia a determinadas decisiones judiciales, pero no tienen que ver con una aglomeración multitudinaria impeditiva de la acción de agentes de la autoridad y, en consecuencia, su inclusión en el tipo penal de sedición se puede considerar incongruente o, como mínimo, carente de motivación, con la definición de la acción delictiva de la que dice partir la STS.

Lo mismo se puede decir del bien jurídico protegido por el tipo penal de sedición, que, de hecho, es una vertiente complementaria de lo que se acaba de exponer. La STS, a pesar de que también aquí sigue un razonamiento confuso, se acaba decantando por la tesis de que el bien protegido por el delito de sedición es la preservación del orden público. Sin embargo, a lo largo de la Sentencia, de manera incongruente bajo esta premisa, y en todo caso sin motivación, se añaden reiteradamente como bienes protegidos por este delito la protección del orden constitucional –propio de los delitos contra la Constitución– y la obediencia a las decisiones del TC o del TSJC.

En efecto, son muy numerosas las ocasiones en que la ratio decidendi de la sentencia, a la hora de definir las acciones típicas del delito de sedición y de determinar el bien jurídico protegido, hace caso omiso del concepto del alzamiento tumultuario mencionado anteriormente y, sin motivar esta desconexión, considera comportamientos sediciosos:

- Por un lado, “la creación de una normativa manifiestamente incompetente” (p. 314), la “creación de una legalidad paralela de carácter constituyente, que tiene como objetivo poner en crisis el orden constitucional vigente”, “polvORIZAR el pacto constitucional” (242), “modificar la Constitución fuera de las vías constitucionales”, “el desafío a la legalidad constitucional (316), “abanderar la derogación de facto de los principios constitucionales”, “el ataque a las bases constitucionales del sistema” (247), “la aniquilación del pacto constitucional” (241).

- Y, por otra parte, un conjunto de comportamientos caracterizados por desobedecer decisiones judiciales, especialmente del TC. Así, llega a decir cosas como por ejemplo “la sedición no es otra cosa que una desobediencia tumultuaria, colectiva y acompañada de resistencia o fuerza ante las decisiones judiciales” (p. 396) o “la rebeldía ante

pronunciamientos judiciales concretos” (p. 395). De hecho, la STS señala que “no se criminaliza la protesta, sino el no-acatamiento de unas decisiones judiciales del TC y del TSJC” (p. 391 y 392), ni se criminaliza la convocatoria de un referéndum, sino la “de un referéndum judicialmente prohibido” (p. 339). En el caso de la presidenta del Parlamento, Carme Forcadell, después de que la STS declarara que al permitir la votación de las denominadas leyes de desconexión había desbordado el espacio funcional de su cargo (p. 316) con “infracción” del Reglamento de la cámara (p. 385), concluye que “lo decisivo fue que no impidió que se votaran resoluciones abiertamente contrarias a lo que había declarado el TC” (p. 327). Es más, la STS pone un énfasis muy especial en destacar que lo que se criminaliza es la finalidad perseguida por los acusados de “hacer evidente que la justicia española no podía ejecutar sus legítimas decisiones en Cataluña (p. 383), puesto que lo que se pretendía era “desprestigiar la justicia ante la ciudadanía”.

En definitiva, en la STS lo que se pretende proteger con el delito de sedición, más allá del orden público, es el orden constitucional y, de manera muy especial, la obediencia a las resoluciones del poder judicial. De hecho, a pesar de que la STS declare que la desobediencia queda “absorbida” por el delito de sedición, en realidad lo que hace es convertir la desobediencia en el elemento estructural fundamental del tipo penal de sedición: convertir la desobediencia en sedición y la sedición en un delito esencialmente de desobediencia.

2. También se puede considerar que hay una falta de motivación en la mayor parte de pasajes de la STS en que se analiza si concurre el ejercicio de derechos fundamentales de las personas acusadas como causa de exoneración total o parcial de la tipicidad. En diversas ocasiones, la Sala acepta de entrada, como premisa de su razonamiento, que los derechos fundamentales se tienen que tener en cuenta a la hora de delimitar el contenido de los tipos penales y de aplicarlos a los casos concretos enjuiciados (“la declaración de autoría de un delito de sedición [...] tan sólo puede ser admisible después de un esmerado ejercicio de ponderación de los límites del derecho de reunión” p. 377).

Sin embargo, con mucha frecuencia, de manera contradictoria bajo esta premisa,

después de enunciarla, la deja de lado: no hace esta ponderación y se limita a comprobar si el comportamiento o la acción enjuiciada es subsumible en abstracto en un tipo penal. Y, si entiende que es así con un claro argumento circular que hace premisa de la cuestión planteada, considera que no es necesario entrar en la ponderación de la concurrencia del derecho fundamental afectado. Para la Sentencia parece que, una vez que el Código Penal tipifica una conducta como delictiva, el tipo penal adquiere una autonomía conceptual absoluta respecto de los derechos constitucionales, que dejan de irradiar sus efectos sobre la interpretación y la aplicación de los preceptos penales, que están dotados de una naturaleza infraconstitucional.

En todo caso, es a partir de la suma incoherente de bienes jurídicos diferentes y de comportamientos típicos desconectados de la idea de alzamiento que la STS aplica un delito tan grave como el de sedición y condena con penas tan desproporcionadas como de nueve a trece años de privación de libertad.

Son ejemplos de esta forma de proceder, entre otros, la afirmación de la STS (p. 394), según la cual “cuando para exteriorizar las propias opiniones [...] se vulneran preceptos penales no se puede buscar el cobijo del derecho fundamental alterando conscientemente el contenido esencial” y remacha “nunca la protesta o la disidencia podrá justificar la inequívoca comisión de hechos penales”. O cuando al analizar el derecho a la representación política declara que “el ejercicio de un cargo político no legitima acciones en clara oposición a bienes jurídicos tutelados penalmente”. O cuando se afirma que no se penaliza una protesta, pero que lo que la Constitución no puede tolerar es el no-acatamiento de una decisión de un tribunal (p. 391).

De hecho, tan sólo en un caso, de entidad menor, la STS hace efectivamente la ponderación de la concurrencia de un derecho fundamental. Concretamente, en la página 427, se declara que el pago de los gastos de unas conferencias en que se había defendido la autodeterminación y la independencia no se podían incluir en el delito de malversación, puesto que en este caso la conducta quedaba exonerada de la tipicidad por el hecho de tratarse del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica.

En el resto de casos, la falta de motivación y la petición de principio es tan radical que se puede afirmar que la STS no solamente vulnera los derechos fundamentales alegados, sino también el derecho a obtener una resolución judicial razonada y razonable del artículo 24.1 CE.

3. Resulta lógicamente incongruente condenar a las personas acusadas por el hecho de aprobar leyes o de promover y permitir la aprobación con el argumento de que con estas conductas se pretendía crear una legislación paralela que tenía por objetivo poner en crisis el orden constitucional y hacerlo después de haber declarado probada: a) la insuficiencia absoluta tanto de los actos realizados como de los programados [...] para derogar la Constitución española en el territorio catalán (p. 268); y b) que la finalidad de los acusados “no era [...] la efectiva instauración del régimen jurídico [previsto en las leyes de desconexión: de transitoriedad y de referendo], sino convencer al Gobierno de España para que negociara”.

Es contradictorio condenar con el argumento de que las leyes aprobadas atentaban contra el orden constitucional y concluir que “resulta excluido un elemento esencial del tipo penal [...], es decir, que la [independencia] y la derogación constitucional sean la verdadera finalidad del “alzamiento” (p. 274), sobre todo si se añade a la STS la constatación de que las leyes mencionadas nunca se llegaron a aplicar, que “hubo suficiente con una decisión del TC para desposeerlas (las leyes de desconexión) de ejecutividad inmediata y que “la conjura fue abortada con la mera exhibición de unas páginas en el BOE que publicaban la aplicación del artículo 155 CE” (p. 269).

Lo mismo se puede decir respecto del motivo de condena basado en las actas de promoción y de convocatoria del referendo del 1 de octubre con referencia a las cuales la misma Sentencia recuerda, de entrada, como hecho probado, el Acuerdo 90/2017, de la Junta Electoral Central, que dice: “1) El pasado día 1 de octubre de 2017 no ha tenido lugar en Cataluña ningún proceso que pueda ser considerado un referéndum [...] (con las garantías) 2) que, por tanto, carecen de todo valor los que se vienen presentando como resultados del llamado referéndum de autodeterminación” (p. 28). Más adelante, declara que la “consulta en ningún caso convertía a la comunidad catalana en un estado soberano” y, más explícitamente añade, que la

consulta era un simple “artificio”, que era clara la inviabilidad de los resultados, que estaban carentes “de una efectiva funcionalidad para la instauración real de una república” y que, en realidad, la única cosa que pretendían los acusados era conseguir un pacto con el Gobierno del Estado (p. 358).

Y no se puede contraargumentar que aquello que se condena es simplemente el riesgo potencial de vulneración del orden constitucional de la aprobación de estas leyes, puesto que, a pesar de que la sedición se configure como un delito de riesgo y de resultado cortado, la misma sentencia exige que el riesgo sea un riesgo real, objetivamente operativo, y declara que en este caso este riesgo no existía, puesto que era tan sólo un “*somieig*” (ensoñación) (p. 270). Se reconoce que las leyes de desconexión nunca llegaron a impedir la aplicación de las leyes vigentes y se va más lejos: se afirma que esta no era la finalidad perseguida por los acusados, puesto que su “objetivo era la presión política que pretendían ejercer sobre el Gobierno del Estado” (271).

En suma, si se declara en la STS que los medios utilizados o programados no permitían poner efectivamente en cuestión el funcionamiento del Estado democrático de Derecho, como exige la misma Sentencia, no eran viables por inaplicar el orden constitucional y se añade que, además, no eran estas las finalidades perseguidas, resulta irrazonable concluir el razonamiento con una condena con penas de nueve a trece años de privación de libertad.

4. Al hacer el juicio de tipicidad del delito de rebelión no es coherente afirmar que no hubo violencia “preordenada de forma directa, sin pasos intermedios” (p. 267), puesto que de las declaraciones de los dirigentes independentistas se deduce que lo que se pretendía era únicamente llegar a un acuerdo con el Estado, y este hecho (el pacto, que tenía “como condición *sine qua non* [la realización] de actos protagonizados por terceros –el Gobierno *espanyol*–, cosa que excluiría la programación de la violencia”, p. 273), no es congruente con la afirmación de que la resistencia pacífica del delito de sedición sí que estaba diseñada desde el año 2012, a pesar de que en este caso el objetivo perseguido también era el pacto con el Estado.

Según la Sentencia, la programación de la estrategia de resistencia debía empezar como mínimo en el año 2012, como lo demostrarían los discursos de los dirigentes de Òmnium Cultural y Asamblea Nacional de Cataluña pronunciada en la clausura de las manifestaciones del 11 de septiembre de estos años 2012 y 2013 o en la hoja de ruta de Juntos pel Sí del año 2015. Con todo, la STS no pone de manifiesto ninguna planificación estratégica de violencia intimidatoria.

5. No se ajusta a la lógica ordinaria declarar que al aplicar el delito de sedición a los acusados no se conculca su derecho de reunión y manifestación, puesto que a las personas que participaron en las movilizaciones del 20 de septiembre y del 1 de octubre no se les condenó por hacer “actos de protesta” ni por votar. Así lo demostraría, señala la Sentencia, el hecho de que ninguno de los manifestantes o votantes fue presentado ante un juzgado ni sancionado gubernativamente. Es un razonamiento ilógico porque quiere probar más de lo que puede probar: que no se les haya acusado prueba que por este motivo (la falta de acusación) no se les ha podido condenar, pero no prueba que no hubieran podido ser condenados por sedición, en aquel momento o en el futuro, si se les hubiera acusado.

Es igualmente incongruente el argumento utilizado por la STS según el cual a los acusados no se les condena por haberse movilizado en actos de protesta o por haber votado, sino por promover la movilización y la votación. Sin más motivación, el argumento cae en el absurdo de penalizar a los promotores de una actividad, mientras que a las personas que la hacen no se las criminaliza. Es un caso curioso de alzamiento tumultuario protagonizado tan sólo por nueve personas.

6. Se podrían añadir otros casos de falta de motivación o de razonabilidad en la Sentencia 459/2019. Es otro ejemplo el hecho de que ante la alegación de las defensas que a la hora de aplicar el tipo penal de sedición se tenía que tener en cuenta que la convocatoria de un referéndum había quedado despenalizada, la Sentencia se limita a manifestar que esto tan sólo afectaba a los referéndums convocados sin tener competencia para hacerlo, sin ponderar, por ejemplo, la previsibilidad por parte de los acusados de esta sutil precisión.

3. AFECTACIONES GENERALES DE LA SENTENCIA 459/2019 A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

3.1. Los derechos de reunión y manifestación y la libertad de expresión tras la Sentencia

La interpretación que hace la Sentencia 459/2019 del delito de sedición y la manera en que lo aplica a los procesados en esta causa para condenarlos por este delito afectan no sólo a los derechos fundamentales a la libre expresión y a la libertad de manifestación de las personas condenadas, sino que suponen un riesgo de limitación muy grave de estas libertades en el contexto de futuras protestas sociales y ciudadanas.

En efecto, el delito de sedición previsto en el artículo 544 del Código Penal (CP) contiene cuatro elementos básicos: (i) el alzamiento, como acción típica, (ii) de carácter público y tumultuario; (iii) realizado con el fin de impedir la aplicación de las leyes, el ejercicio legítimo de sus funciones a las autoridades o a los funcionarios públicos o el cumplimiento de sus acuerdos o de las resoluciones administrativas o judiciales”, (iv) por medio de la fuerza o fuera de las vías legales. En la aplicación del tipo penal, estos cuatro elementos están estrechamente relacionados entre sí, pero resulta conveniente, para determinar el alcance, examinar de manera diferenciada la interpretación que hace el Tribunal Supremo.

1. El alzamiento tumultuario. Respecto de los dos primeros elementos, que identifican y califican la acción típica (alzarse de manera pública y tumultuaria), la STS prácticamente no los define ni los analiza con referencia concreta a los hechos que constituyen la base de la condena por sedición (la movilización del día 20 de septiembre de 2017 delante de la sede del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat y el referéndum del día 1 de octubre de 2017, a pesar de que también, en el caso de Forcadell, el TS alude a la manifestación del día 21 de septiembre de 2017 frente la sede del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

La Sentencia, en efecto, habla “de alzamiento colectivo” o de “alzamiento público y tumultuario”, o incluso en algún caso de

“insurrección”, tanto para referirse a los hechos del 20-S y del 1-O como también a los llamamientos a la movilización, que, según la misma Sentencia, dirigieron los condenados a la población, pero en ningún caso establece un concepto específico de alzamiento que lo pueda distinguir de otro tipo de manifestaciones o de concentraciones.

Por otra parte, respecto al calificativo *tumultuario*, que el tipo penal exige a la acción de alzarse, el TS concluye que significa “abierta hostilidad” y añade un contenido de hostilidad y de violencia “que no tiene que ser física ni conllevar el uso de la fuerza”, y que se tiene que exteriorizar mediante “actitudes intimidatorias, amedrentadoras, injuriosas, [...]”. Para el TS, tan sólo así se puede distinguir la sedición “de la pacífica oposición colectiva a la ejecución de las leyes o al ejercicio de la función pública fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba” (p. 281).

Los otros elementos del delito de sedición que el TS incluye aquí (la finalidad del alzamiento, en términos de oposición a la ejecución de las leyes o al ejercicio de la función pública, y el modo de producirse, fuera de las vías legales) se analizarán a continuación, de manera específica. Es importante destacar que para el TS el alzamiento – sea el que sea – tumultuario no requiere violencia ni fuerza física, sino que tenga un efecto intimidatorio, amedrentador o injurioso (sin considerar la coletilla del etcétera que utiliza el razonamiento que el TS dice que asume como propio) y deja la puerta abierta a otras circunstancias de una manera tan imprecisa y flexible que resulta difícilmente compatible con el necesario carácter estricto que tiene que presidir la interpretación de la ley penal).

El problema grave que presenta esta concepción recae en el hecho de que, mientras que la fuerza y la violencia son acciones objetivas que se pueden imputar a los autores, los efectos intimidatorios, amedrentadores o injuriosos no hacen referencia a acciones, sino a percepciones subjetivas de las personas afectadas por la movilización, que pueden tener, naturalmente, niveles de sensibilidad muy diferentes. Por otra parte, es muy difícil imaginar que una movilización masiva pueda causar un efecto intimidatorio real si no utiliza violencia o fuerza. El carácter

masivo de una movilización, por sí solo, y aún más si se desarrolla pacíficamente, no puede ser en ningún caso motivo para atribuirle un efecto intimidatorio. Si esto fuera así, cualquier protesta masiva podría entrar en esta categoría.

Esta concepción de alzamiento tumultuario puede afectar, además, al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE y art. 7 CEDH), como se ha visto en el apartado anterior.

2. La finalidad del alzamiento. El elemento clave que utiliza el TS para definir la sedición y que le permite distinguirla de otros delitos que limitan el derecho de reunión y manifestación, como por ejemplo los de desórdenes públicos, es su finalidad (p. 277): impedir el cumplimiento de las leyes, el ejercicio por parte de las autoridades y los funcionarios de sus funciones, o, en el caso específico de la Sentencia, el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Una de las cuestiones más destacables de la STS es que el TS hace, precisamente, una interpretación extensiva de esta finalidad, tanto con referencia a la definición del tipo (finalidad típica) como también, después, en su valoración en el caso concreto (para subsumir los hechos en el delito de sedición).

Respecto a la finalidad típica del delito de sedición, y a pesar de que el TS reconoce en algún momento, en una interpretación estricta del artículo 544 CP, que la sedición “se consuma por el impedimento por la fuerza o fuera de las vías legales de dar cumplimiento a un orden judicial” (p. 382), sostiene en general que la simple resistencia, incluso por medios no violentos, a la actuación de la policía para hacer cumplir una orden judicial “es por sí sola apta e idónea para satisfacer las exigencias típicas del delito de sedición” (p. 283). En su apreciación, además, la STS rebaja la finalidad perseguida, con independencia de su consumación o de sus efectos, a la de una mera obstaculización de la acción judicial. Así, en efecto, alude al hecho de que se convocó una muchedumbre de personas con el fin de “obstaculizar” el cumplimiento de una resolución judicial (p. 247). De esta forma, la finalidad de la sedición hace un salto cualitativo y pasa de “impedir” a “obstaculizar”, de manera que se produce una ampliación de la finalidad típica que permite dar cabida a una movilización en el delito de sedición.

Según la STS, esta obstaculización se tiene que proyectar sobre el funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios públicos, en general, o de la ejecución de las órdenes judiciales, en particular (p. 277, entre otras). Este sería el concepto de *orden público* que, en opinión del TS, protegería el delito de sedición. Esta concepción del orden público, no obstante esto, lo acerca al concepto que sostenía la Ley de orden público de 1959, que lo definía como el “normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas”, y lo aleja, en cambio, de una concepción centrada en la protección de las personas y los bienes y del mantenimiento de la tranquilidad ciudadana, necesaria para garantizar el libre ejercicio de los derechos, como es la que se sostiene actualmente, incluso en una ley como la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que ha sido criticada por el Síndic en diversos aspectos.

La interpretación extensiva de la finalidad también se hace en el momento de valorar los hechos enjuiciados en el caso concreto, las movilizaciones del 20-S y del 1-O, para subsumirlos en el tipo penal de la sedición. Se produce aquí una confusión entre la finalidad de estas acciones y sus efectos o consecuencias. Está claro, en efecto, que la finalidad del 1 de octubre era celebrar un referéndum y que la movilización ciudadana se produjo para hacerlo posible, a pesar de, ciertamente, las resoluciones judiciales en contra, y que la del 20 de septiembre era protestar por unas detenciones y unos registros que se consideraban injustos, pero no impedirlos, como muestran los hechos sucedidos delante de la sede del Departamento de Economía.

Esta confusión entre la finalidad de la movilización y las consecuencias que pueda tener, y más cuando, como en los casos enjuiciados, derivan de su carácter masivo y no de actitudes violentas, puede conducir a criminalizar actos de protesta, especialmente cuando, por razón de su carácter masivo – la cual cosa indica más bien un alto grado de participación ciudadana en la protesta— puedan tener como efecto obstaculizar el funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios públicos, incluyendo la ejecución de resoluciones judiciales.

El peligro de que se produzca esta circunstancia hace que sea aconsejable revisar profundamente el delito de sedición tal y

como está tipificado en el Código Penal actual, que es una reliquia del pasado, y plantearse incluso suprimirlo. Ya hay límites penales a los derechos de reunión y de manifestación, como por ejemplo los delitos de manifestación ilícita (art. 513 y 514 CP), atentado a la autoridad, resistencia y desobediencia (art. 550 y sig. CP) y desórdenes públicos (art. 557 y sig. CP), que protegen de manera concreta y suficiente los bienes jurídicos que pueden resultar afectados por las reuniones y las manifestaciones, sin necesidad de un tipo penal tan abierto y confuso, interpretado, además, de la manera extensiva en que lo hace el TS y que conlleva consecuencias penales tan graves.

3. El modo: uso de la fuerza o fuera de las vías legales. Según el tipo penal, para que haya sedición, es necesario, además, que el alzamiento tumultuario que pretende la finalidad típica se produzca “por la fuerza o fuera de las vías legales”. Este es un elemento clave del delito de sedición respecto del cual el TS hace una interpretación que no sólo es muy laxa y extensiva, sino que evita la ponderación con el derecho fundamental de reunión y manifestación como vía legal y que, sin duda, es el ejercicio de un derecho.

En primer lugar, en efecto, el TS señala que no hace falta violencia física, sino una actitud intimidatoria, injuriosa o de amedrentamiento (p. 281), y equipara la resistencia, incluso la no violenta, a fuerza e intimidación (p. 393). Como ya se ha dicho, estas circunstancias constituyen apreciaciones subjetivas por parte de quien se siente interpelado o afectado por la movilización (que se sentirá intimidado, injuriado o amedrentado) más que a las acciones objetivas (como por ejemplo el ejercicio de la fuerza o la violencia) que se puedan atribuir a los autores del delito. El nivel de intimidación, de injuria o de amedrentamiento puede ser naturalmente muy diferente según cada persona y cada circunstancia, y no sirve para medir y calificar objetivamente la conducta imputable a los autores, y menos aún cuando las consecuencias penales son de tanta gravedad como en el delito de sedición.

El TS equipara la resistencia, incluso en el caso que sea no violenta, a la fuerza e intimidación (p. 393). En este caso, se penaliza el carácter masivo de la movilización e incluso su carácter pacífico (con actitudes de resistencia no violenta), cuando tienen como efecto, como

sucedió el día 1-O, que la policía no pueda ejecutar plenamente una resolución judicial (en aquel caso, impedir el referéndum). Según el TS, la simple negativa verbalizada a dejar que actuara la policía para impedir la votación ya constituiría un delito de sedición (p. 283), y considera que, atendida la gran concentración de personas que sin violencia provocó que la policía tuviera que “claudicar” en su misión, ya se estaba utilizando la “fuerza” que exige el tipo penal. Esta interpretación amplía enormemente el ámbito de la sedición y hace que se puedan incluir movilizaciones masivas de personas que no realizan ningún acto de violencia.

Este riesgo no queda conjurado por el hecho de que el TS circunscriba el alcance de esta interpretación a movilizaciones de ámbito territorial general, carácter masivo y con un elemento de planificación previa. Incidentes puntuales en el marco de una huelga general con un amplio seguimiento o entorno a movilizaciones de una plataforma de alcance nacional como la PAH podrían incurrir, según esta jurisprudencia, en el tipo de sedición.

Y, en segundo lugar, la STS obvia examinar el medio alternativo consistente en actuar “fuera de las vías legales” extrayendo las consecuencias oportunas. Como ya se ha indicado, el TS considera que la movilización tiene un carácter tumultuario cuando, sin necesidad de violencia física o de hacer uso de la fuerza, tiene un efecto intimidatorio o amedrentador (con los problemas que se han indicado), la cual cosa la convierte en “hostil y violenta” (p. 281), y que es esto lo que la distingue de “la pacífica oposición colectiva a la ejecución de las leyes o al ejercicio de la función pública fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba” (p. 281). A parte de esta equiparación entre efecto (subjetivo) intimidatorio y violencia, el TS no hace ningún razonamiento específico sobre el sentido que pueda tener el término *vías legales* que utiliza el artículo 544 CP, que tiene que incluir necesariamente el ejercicio de derechos fundamentales – en este caso, el derecho de manifestación (art. 21 CE y CEDH), la cual cosa lo tendría que llevar a ponderar específicamente los hechos encausados con el ejercicio de este derecho, considerando si se han infringido o vulnerado los límites. Tendría que resultar claro que actualmente las vías legales no son tan sólo

los recursos y las reclamaciones que prevé la ley, sino que incluyen el ejercicio de derechos fundamentales. La expresión “fuera de las vías legales” ya figuraba en el delito de sedición que tipificaba el Código Penal de 1973 (art. 218) y también en el de 1944 (art. 218). Aún así, es obvio que, a pesar de que la letra sea la misma, esta expresión no puede tener el mismo sentido en la dictadura franquista que en la actualidad. El término *vías legales* hoy en día tiene que incluir, necesariamente, el ejercicio de derechos fundamentales.

4. La necesaria ponderación respecto a los derechos fundamentales y la desproporción de la Sentencia 459/2019. Esta consideración tendría que haber conducido al TS a una ponderación respecto a los derechos fundamentales, para valorar si los hechos – las movilizaciones de los días 20-S y 1-O – constituían el ejercicio de derechos fundamentales, y especialmente de los derechos de reunión y de manifestación, examinando si se habían sobrepasado algunos de los límites. El TS, a pesar de que trata el derecho de reunión y manifestación al resolver las cuestiones previas relativas a las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, como una posible causa de exclusión del antijuridicidad (p. 244 y sig.), no entra en ningún momento a valorar de manera concreta y específica si los hechos enjuiciados podrían estar amparados por este derecho o si, por contra, se trataba de un ejercicio ilegítimo que había sobrepasado algunos de sus límites (establecidos en la Constitución directamente, art. 21 CE – pacífica y sin armas –, y en el CEDH, art. 11, y concretados en el ámbito penal –ponderando otros bienes jurídicos que merecen protección – por diversos tipos delictivos, ya vistos).

Otra vez, la finalidad de estas movilizaciones, supuesta e interpretada, además, de una manera muy laxa, es el elemento clave que utiliza el TS para descartar, de lleno y sin ningún análisis ulterior, que se pueda tratar de una actuación amparada por el derecho de manifestación. Es más, el TS, con una defensa muy encendida pero en abstracto del derecho de manifestación, rechaza expresamente hacer esta valoración (p. 245) y dice que ninguno de los ciudadanos que participaron en estas manifestaciones, y ni siquiera Jordi Sànchez y Jordi Cuixart, han sido acusados de un delito de reunión o de manifestación ilícita. Ciertamente, no, pero Sànchez y

Cuixart – y las demás personas enjuiciadas en esta causa—han sido acusados y condenados por un delito de sedición, con penas mucho más graves, por haber participado en estas mismas manifestaciones y haberlas promovido. El argumento del TS es circular y vuelve a poner en el centro la finalidad de las movilizaciones:

“En definitiva, no puede quedar amparado en una causa de exclusión de la antijuridicidad el ataque concertado a las bases constitucionales del sistema, valiéndose para ello de una muchedumbre de personas convocadas para obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional y que son movilizadas para hacer posible una votación declarada ilegal por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.” (p. 247)

De esta forma, el TS, a pesar de sus alusiones al derecho de manifestación, en ningún momento se sitúa en la perspectiva de los derechos fundamentales, sino que toma en consideración exclusivamente la ley penal. No hace una ponderación del hecho respecto del derecho de reunión y de manifestación, según el criterio ampliamente asentado en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que aplican un test de proporcionalidad para valorar las medidas restrictivas o que suponen una injerencia en los derechos fundamentales.

En este caso, el mismo delito de sedición, y su aplicación a los hechos de esta causa, tendría que haber sido examinado desde el punto de vista de la justificación de su finalidad, su idoneidad y necesidad y, de manera especial, su proporcionalidad en sentido estricto, atendida la gravedad de las penas que conlleva su aplicación con referencia a las que corresponden en caso de otros delitos que también limitan las manifestaciones ilegales o protegen el orden público (que es la categoría de delitos en que se incluye en el Código Penal vigente la sedición, a diferencia de los códigos anteriores, en que se incluía en los delitos contra la seguridad del Estado).

En cuanto a la desproporción de las penas, destaca de manera muy notoria, en efecto, que, mientras el delito de manifestación ilegal (por manifestaciones con finalidades delictivas o con armas o explosivos) está castigado con penas de uno a tres años de

prisión; el delito de desórdenes públicos, con penas de seis meses a seis años (en los casos más graves, cuando se llevan armas o se ejecutan actos de violencia que pongan en peligro la vida de las personas), y el delito de atentado y resistencia a la autoridad, con penas de uno a seis años (en los casos más graves), el delito de sedición – que se configura en la legislación vigente como un delito de orden público – se castiga con penas de ocho a quince años de prisión.

La desproporción de la pena por este delito respecto a los otros en materia de orden público (que conllevan, por ejemplo, el uso de armas y explosivos o ponen en peligro la vida de las personas, circunstancias que nunca se produjeron en los hechos juzgados en esta causa) es evidente, la cual cosa tendría que hacer que su aplicación aún fuera más estricta, y la ponderación del hecho respecto de los derechos fundamentales, aún más necesaria. En este sentido, merece la pena recordar que el Tribunal Constitucional ha dado amparo y ha anulado condenas penales basándose exclusivamente en la desproporción de la pena impuesta, como en el caso de la Sentencia 136/1999.

Por último, la ponderación de los derechos fundamentales con referencia a los hechos encausados también tendría que tomar en consideración la concurrencia de la libertad de expresión (art. 20 CE y art. 10 CEDH). El TEDH ha puesto en relieve la estrecha vinculación entre estos dos derechos fundamentales, que son elementos esenciales para la formación de una opinión pública libre, que es a su vez pilar fundamental de la sociedad democrática, y ha entendido que a menudo los derechos de reunión y de manifestación se presentan como una garantía instrumental de la libertad de expresión o, en general, de comunicación. A pesar de que el derecho de reunión sea una ley especial respecto a la libertad de comunicación – y que, por tanto, se aplique con preferencia a esta última en la ponderación que corresponda hacer – en los hechos encausados en la Sentencia objeto de este informe también se tiene que considerar la libertad de expresión, puesto que las movilizaciones que se acaban criminalizando como sedición están claramente animadas por una reivindicación política, que es legítima. Si es verdad que la Constitución no establece un modelo de democracia militante,

como ha señalado el TC en repetidas ocasiones, y se quiere actuar en consecuencia, la finalidad política que actúa como motor de las movilizaciones se tendría que tener en cuenta como una manifestación de la libertad de expresión y, por tanto, también se tendrían que valorar de acuerdo con este derecho fundamental y no tomar en consideración, tan sólo, los efectos obstructores de las resoluciones de los tribunales que hayan podido causar su carácter masivo.

En síntesis, de las consideraciones formuladas hasta ahora resulta que se ha aplicado el tipo penal de sedición de una manera enormemente extensiva y sin ponderar con los derechos fundamentales de reunión y manifestación y de libre expresión, con un resultado desproporcionado, por las penas impuestas, respecto a la protección que el mismo Código Penal otorga al bien jurídico protegido por este tipo desde el nuevo Código de 1995, el orden público.

El problema, no obstante, va más allá de una inadecuada aplicación del delito de sedición y apunta a la misma configuración legal de este tipo penal e incluso a su existencia en la actualidad. En efecto, en su regulación en el Código Penal de 1995, una vez desatada de la rebelión y previsto en el marco de los delitos contra el orden público, la sedición parece más bien una reliquia de un pasado con un fuerte influjo castrense, y presenta unos contornos tan indeterminados, imprecisos y abiertos en cuanto a la definición de la conducta típica, su finalidad, la autoría e incluso el bien jurídico protegido, que, además de poner en cuestión el principio de legalidad penal en su dimensión de *lex certa*, tiene un altísimo potencial de afectación de los derechos de reunión y manifestación y de libre expresión.

Además, como también se ha señalado, prevé unas penas mucho más altas que las que prevé el otro tipo penal que protegen el orden público, de manera que se establece una clara desproporción punitiva respecto a otros conductos que son objetivamente mucho más graves, como por ejemplo las manifestaciones violentas o con armas o explosivos. Por estos motivos, y como ya ha manifestado desde hace tiempo una parte de la doctrina, convendría revisar profundamente este tipo penal, e incluso suprimirlo del Código Penal, en sintonía con muchos países de nuestro entorno.

3.2. Inviolabilidad parlamentaria y separación de poderes

La Sentencia 459/2019 contribuye de forma decisiva a la culminación del proceso de aniquilación de la inviolabilidad tanto del Parlamento como institución como la de sus miembros, cosa que afecta directamente al derecho de participación política de la ciudadanía, reconocido en el artículo 23.1 CE, puesto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “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 le perturbara el ejercicio”. La STS lo hace, además, a través del instrumento más destructivo: la aplicación de sanciones penales. Se trata de un proceso que daña de raíz el principio de separación de poderes y que puede abrir la puerta a un peligroso sistema de gobierno de los jueces. Sin duda, esta es una de las consecuencias más graves y peligrosas de la Sentencia.

El proceso de penetración de los tribunales, especialmente del TC y del TS, en la organización interna y el funcionamiento de los parlamentos autonómicos tiene uno de sus primeros antecedentes en las resoluciones judiciales dictadas entre los años 2003 y 2008 con referencia a la negativa de la Mesa del Parlamento Vasco a disolver un grupo parlamentario, ordenada por el TS, que acabó con la condena del presidente del Parlamento.

En Cataluña, como ya se denunciaba en el Informe del Síndic de Greuges del mes de mayo de 2018, este proceso se materializa inicialmente en numerosas resoluciones jurisdiccionales que admitían a trámite y por último declaraban inconstitucionales resoluciones del Parlamento, declaraciones de contenido exclusivamente político carente de efectos jurídicos (la primera de las que fue la STC 219/2015, que anuló la Resolución 1/XI, de inicio del proceso para la creación de un estado independiente).

A partir de estas sentencias, los tribunales dejan de aplicar el principio de presunción de constitucionalidad de las normas y las resoluciones que enjuicia, aceptado sin fisuras por todos los sistemas constitucionales de los estados demoliberales, y empiezan a dictar

sentencias preventivas que declaran la inconstitucionalidad de hipotéticas acciones futuras. Y, haciendo un paso más, empiezan a dirigir a los órganos del Parlamento, como por ejemplo la Mesa o la Presidencia, mandatos para hacer determinadas actuaciones o para abstenerse de hacerlas, señalando, por ejemplo, las cuestiones sobre las que la cámara puede debatir o no, interfiriendo en la confección del orden del día de la Mesa o del Pleno, con pronunciamientos tan disparatados como por ejemplo la prohibición de la posibilidad de criticar las actuaciones de la corona o la prohibición de reivindicar el derecho a la autodeterminación, que el Parlamento había reiterado, sin ninguna objeción, en más de diez ocasiones desde su restablecimiento en el año 1980.

El TC incluso impone la obligación de impedir o paralizar cualquier actuación que de forma directa o indirecta suponga ignorar una resolución suya. Pero el hecho más relevante es que todos estos mandatos iban acompañados de la amenaza, por último materializada, de procesamiento por la comisión de un delito de desobediencia (subsumido o no en otros más graves) en caso de que las órdenes judiciales no fueran atendidas.

De esta forma, se puede criminalizar, por el hecho de desobedecer una decisión judicial, cualquier actuación parlamentaria que en si misma no constituya ningún delito. Hay suficiente, por ejemplo, con que el Gobierno del Estado promueva abusivamente un incidente de ejecución de una resolución, incluso lejana en el tiempo, para que la actuación parlamentaria declarada incompetente (criticar la actuación del rey) o contraria a la Constitución (aprobar la ley declarada inconstitucional o reivindicar un objetivo político permitido por una constitución políticamente no militante), que en si mismas no son acciones delictivas, se transmuten en delitos.

La Sentencia 459/2019 es un ejemplo relevante de este proceso de aniquilamiento de la inviolabilidad, tanto institucional como individual, con las condenas de los parlamentarios acusados por desobediencia subsumida como elemento fundamental en el delito de sedición. La desobediencia también es el argumento, prácticamente

único, para rehusar la aplicación del derecho o la prerrogativa de la inviolabilidad como causa de exoneración, de justificación o de exención jurisdiccional.

En efecto, la Sentencia empieza citando y haciendo suyas, enfáticamente, sentencias del TC y de la misma Sala en que se proclama “el carácter institucional” de la inviolabilidad que convierte sus garantías en “imprescriptibles e irrenunciables” (p. 226). Afirma lo siguiente: “La prerrogativa se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado” (p. 226); que tiene carácter absoluto y no meramente relativo (p. 226); que su concurrencia blindada a su titular frente a la respuesta penal que pueda cercenar la capacidad del parlamentario – y con él, del órgano legislativo – para debatir y formar criterio sobre los problemas que afectan e interesan a la sociedad” (p. 227).

Y, una vez establecida esta premisa, recuerda, no obstante, que la jurisprudencia del TC y de la Sala advierten que la inviolabilidad no es ilimitada, puesto que su finalidad no es otra que la de proteger el ejercicio de las funciones parlamentarias y, dicho esto, haciendo conclusión de la cuestión planteada, sin más explicación, declara que un acto parlamentario que desobedece una resolución del TC no es un acto de ejercicio de una función parlamentaria:

“El acto parlamentario (el acuerdo de la Mesa que admite a trámite una resolución) que se aparta de su genuina funcionalidad y se convierte en el vehículo para desobedecer lo resuelto por el Tribunal Constitucional no es un acto amparado por el derecho, no es un acto que pueda cobijarse bajo la prerrogativa constitucional de inviolabilidad. Esta no protege frente a actos de consciente desatención a lo resuelto por el Tribunal Constitucional. La protección desaparece aun cuando la decisión se presente formalmente envuelta en un acuerdo de la Mesa desde el momento en el que el ordenamiento jurídico otorga al Tribunal Constitucional la legitimidad para formular esos requerimientos. El rechazo de las resoluciones del Tribunal Constitucional, dictadas por éste en el

marco funcional que le es propio y debidamente notificadas al parlamentario que desoye el requerimiento, es subsumible en el delito de desobediencia, que, en función de las circunstancias concurrentes, será el tipo aplicable o quedará subsumido – como en lo caso de la Sra. Forcadell ocurre – en otras figuras penales más graves” (p. 231).

En suma, ningún acto del Parlamento o de un parlamentario que contravenga un mandato jurisdiccional puede ser considerado un acto de ejercicio de funciones parlamentarias y, en consecuencia, no puede disfrutar de las garantías parlamentarias derivadas de la inviolabilidad.

Estas conclusiones se aplicaron con especial rigor en el caso de la presidenta del Parlamento. La condena por sedición de Forcadell se basa, esencialmente, según la Sentencia: en el hecho de incumplir “de manera reiterada y contumaz las resoluciones del TC” (p. 315); “permitir la incorporación en el orden del día de la Mesa de iniciativas que contravenían frontalmente lo acordado por el Tribunal Constitucional [...], las cuales admitió a trámite y les dio curso parlamentario. A pesar de que como presidenta le correspondía, no frenó las iniciativas para el debate en el Pleno, a pesar de conocer que estas iniciativas habían estado suspendidas formalmente por el Tribunal Constitucional” (p. 317); “lo que es fundamental de cara a sustentar la tipicidad de su conducta es que permitió que las resoluciones (suspendidas por el TC) se admitieran a trámite y fueran objeto de votación en contra de los continuados y sucesivos requerimientos del Tribunal Constitucional” (p. 326). Concluye que “este comportamiento no estaba amparado por la inviolabilidad parlamentaria” (p. 327).

Para completar la acción típica de la sedición, la Sentencia añade, con una base probatoria extraordinariamente débil y prácticamente sin motivación, un conjunto de actuaciones que pretenden mostrar su “decidido protagonismo en el concierto delictivo ideado por los acusados” (p. 315), como por ejemplo su actividad como dirigente del ANC; la presencia en actos públicos de apoyo al Gobierno y en movilizaciones, y también el hecho de haber

sido invitada a participar en una reunión de mandos de los Mossos con el presidente, el vicepresidente, el consejero Forn, a pesar de que se reconoce que no está probada su asistencia efectiva (tan sólo la invitación); la asistencia a dos reuniones, según la agenda Moleskine, en una de las que no queda claro el contenido de lo que se trató (p. 332), o la evanescente referencia al “protagonismo en el liderazgo de unos ciudadanos concentrados frente la sede de un organismo jurisdiccional para protestar por las detenciones de funcionarios de la comunidad autónoma” (p. 330).

La conclusión es que simplemente desaparece la inviolabilidad parlamentaria como garantía de la libertad de actuación de los representantes frente a cualquier injerencia externa, que es la esencia de esta institución histórica, fundamental para el funcionamiento de los parlamentos de los estados democráticos. Todo esto no está reñido ni con la existencia de límites a la inviolabilidad, por actos fuera del ámbito de la representación y las funciones parlamentarias, ni con el posterior control de los actos que resulten de la actividad parlamentaria, por medio, en nuestro caso, del Tribunal Constitucional.

4. AFECTACIONES A DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio europeo de derechos humanos y sus protocolos adicionales ratificados por el Reino de España forman parte del ordenamiento jurídico español al máximo nivel, tal y como establece el artículo 10 de la Constitución. Por este motivo, resulta relevante examinar la STS desde la perspectiva del Convenio y de la interpretación que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. En este sentido, y desde una perspectiva procesal, diversas de las cuestiones que se han tratado en apartados anteriores de este informe se podrían considerar una vulneración del artículo 6 del Convenio europeo, que garantiza el derecho a un juicio justo, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo. Es el caso de la prohibición del interrogatorio cruzado de los testigos y la interpretación restrictiva que la Sala hizo del artículo 708 de la Ley de enjuiciamiento criminal o la negativa de la Sala a interrogar a los policías o sobre la ideología de los testigos de la Fiscalía, la Abogacía del Estado o la acusación particular. Además, también podrían ser relevantes:

- Las recusaciones que plantearon las defensas, en particular las que podrían cuestionar la imparcialidad de los miembros del Tribunal (mensaje de whatsapp que envió Cosidó en el que se afirmaba que con la elección del magistrado Manuel Marchena como presidente del CGPJ podrían llegar a “controlar al Tribunal Supremo y al Consejo General del Poder judicial por la puerta de atrás”) y la falta de imparcialidad durante la instrucción de la causa (cuando el magistrado instructor Pablo Llarena manifiesta en alguna de sus resoluciones “la estrategia que sufrimos”). Esta última situación es muy parecida a la que motivó la condena del Estado español en el caso Otegi Mondragón y otros, de 6 de noviembre de 2018.

- La vulneración de la presunción de inocencia, puesto que las declaraciones de altos cargos del Estado ponen en duda la separación de poderes en el Estado español

y, sobre todo, parten de una presunción de culpabilidad del todo incompatible con el artículo 6 del Convenio europeo. Como se afirma de forma constante en la jurisprudencia del TEDH, el alcance del derecho a la presunción de inocencia no se limita tan sólo a la simple garantía procesal en materia penal, sino que también exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal.

Mención a parte merece la posible vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (dado que la competencia de un tribunal no se puede dejar a la decisión de las mismas autoridades judiciales) y su repercusión en la fragmentación de la causa. Es notorio que las otras personas encausadas por los mismos hechos o por hechos conexos que serán juzgadas por la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o por los tribunales ordinarios sí que disfrutarán de esta doble instancia penal.

Esta disfunción podría ser analizada por el TEDH como una vulneración del artículo 14 del CEDH con referencia al artículo 2 del Protocolo adicional núm. 7, dado que el artículo 14 (que no tiene carácter sustantivo) establece una prohibición de discriminación: “El disfrute de los derechos y las libertades reconocidas en este convenio se tiene que garantizar sin ninguna distinción, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otros, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

O también podrá ser objeto de análisis por parte del TEDH según el ángulo del artículo 1 del Protocolo adicional núm. 12, que prohíbe la discriminación con carácter general, puesto que la misma sentencia hace alusión a las infinitas ventajas que tiene que puedan ser juzgados por el TS, se entiende que dejando sin estas ventajas a las personas que sean juzgadas ante otras instancias.

Por último, otra cuestión procesal que podría tener incidencia en la vulneración

de las garantías del derecho a un juicio justo tiene que ver con la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la condición de eurodiputado de Oriol Junqueras, y los privilegios y las inmunidades que conlleva el cargo. La sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 confirma que Oriol Junqueras era eurodiputado y disfrutaba de inmunidad desde el momento en que se proclamaron los resultados de las elecciones (13 de junio) y tendría que haber podido participar en la constitución del Parlamento Europeo.

Con independencia de otras derivadas de la STJUE, esta decisión podría poner en cuestión frente a Estrasburgo las garantías del debido proceso y la vulneración por el Tribunal Supremo del artículo 3 del Protocolo adicional núm. 1, que establece el derecho a elecciones libres y periódicas y, por tanto, los derechos de sufragio activo y pasivo; derechos que podrían haber sido vulnerados al impedir que Junqueras adquiriera y ejerciera la condición de diputado al Parlamento Europeo. Estos obstáculos aún son más evidentes cuando, después de la sentencia del Tribunal de Justicia, que es inicialmente acatada por el mismo Parlamento Europeo, a pesar de que después se desdice, tanto la Junta Electoral Central (3 de enero de 2020) como las salas Segunda y Tercera del Tribunal Supremo (9 de enero) se han negado a reconocer la condición de eurodiputado de Junqueras.

2. Vulneración del derecho a la legalidad penal. De acuerdo con el artículo 7 del Convenio, “nadie no puede ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento de ser cometido, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. De la misma manera, no se puede imponer una pena más grave que la que era aplicable en el momento de la comisión de la infracción”.

Como se ha visto, la indeterminación en la definición del delito de sedición contenida en el artículo 544 del Código Penal y la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo puede vulnerar el principio de legalidad contenido en el artículo 7 del Convenio europeo de derechos humanos.

Para cumplir el principio de legalidad, cualquier conducta tiene que estar claramente

definida de manera que sea accesible y previsible. La previsibilidad implica que las personas puedan saber qué actos los harán penalmente responsables y cual será la pena por estos actos. A pesar de que los tribunales tienen un cierto margen para interpretar los tipos penales, esta interpretación también tiene que ser previsible, atendiendo al texto de la disposición, leído en contexto, y a la razonabilidad de la interpretación.

Dicho esto, en la estructura de la Sentencia se puede constatar la falta de razonamientos relacionados entre la justificación por la no-vulneración de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en el Convenio europeo de derechos humanos y la imputación del delito de sedición. La STS establece que la condena por sedición no supone ninguna vulneración del derecho a la libertad de expresión y de manifestación. Estos derechos son reconocidos en los artículos 10 y 11 del CEDH. Aquí se entiende que el TEDH tendrá que hacer dos niveles de razonamientos: justificación de las restricciones a los derechos y las libertades de expresión y de manifestación, y existencia de una finalidad no prevista para justificar la restricción y el desvío de poder.

3. Falta de justificación suficiente de las restricciones a los derechos y las libertades de expresión y de manifestación. Estos derechos se encuentran reconocidos en el artículo 10 y 11 del CEDH. En general, la normativa internacional de los derechos humanos permite que el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica puedan ser objeto de restricciones con el fin de proteger determinados intereses públicos (la seguridad nacional, el orden público, la protección de la salud o la moral pública y las libertades de otras personas), pero estas restricciones tan sólo son admisibles si están establecidas adecuadamente por ley, y son demostrativamente necesarias y proporcionales para conseguir el fin legítimo. Toda restricción que no cumpla estos tres requisitos constituye una violación de aquel derecho.

El primer requisito exigido en la aplicación de las medidas restrictivas por las autoridades nacionales de los estados parte consiste en el hecho de que las restricciones tienen que estar previstas por ley.

Es absolutamente necesario que haya una ley interna que permita a la autoridad pública adoptar una medida que suponga una injerencia en el derecho fundamental amparado en el Convenio europeo o en sus protocolos adicionales. En efecto, la injerencia tiene que tener una base legal en el derecho interno y ser aplicada de conformidad con lo que se establece. Se tiene que tratar de una previsión legal interna preexistente a la aplicación de la medida restrictiva.

Una vez determinado el contenido de la previsión legal, es determinante señalar que la seguridad jurídica se encuentra garantizada por la elaboración de principios materiales, como por ejemplo la accesibilidad y la previsibilidad de la ley interna. La accesibilidad y la previsibilidad de sus efectos se tienen que apreciar de manera concreta, de acuerdo con el contenido y su ámbito de aplicación y también sus destinatarios.

Otro factor que interviene en el análisis del criterio de la previsibilidad está determinado por la gravedad de la vulneración: cuanto mayor sea la injerencia, más alta tiene que ser la previsibilidad de la ley en que se basa. Ciertamente, el grado de previsibilidad de una restricción depende de la importancia y del carácter fundamental para lo demandado del derecho en cuestión. En este sentido, el criterio de la previsibilidad puede tener una determinada incertidumbre, debido a su valoración en relación al principio de proporcionalidad, pero no se tiene que olvidar que, a pesar de que el principio de proporcionalidad otorga un margen de apreciación a los estados, la legalidad se tiene que analizar de acuerdo con los criterios interpretativos de los órganos de Estrasburgo.

De acuerdo con estos criterios, se puede poner en duda la previsibilidad del delito de sedición, tipificado en el artículo 544 del Código Penal, como factor que pueda justificar una restricción a los derechos y las libertades de expresión y de manifestación. Es más, existe una falta de motivación en la mayor parte de los pasajes de la Sentencia en que se analiza si concurre el ejercicio de derechos fundamentales de los acusados como causa de exoneración total o parcial de la tipicidad.

El segundo requisito exigido en la aplicación de las medidas restrictivas por las autoridades nacionales de los estados parte consiste en la justificación de la injerencia en virtud de uno

de los objetivos legítimos enumerados en las disposiciones del Convenio europeo. Por tanto, la ley nacional que prevé una medida restrictiva tiene que perseguir una de las finalidades legítimas establecidas en el Convenio europeo. Así pues, las facultades de restricción están estrictamente limitadas a circunstancias claramente especificadas.

En el mismo articulado del Convenio europeo y de sus protocolos adicionales, cuando establece la posibilidad de adoptar medidas restrictivas a los derechos y las libertades que se reconocen, determina, al mismo tiempo, de manera exhaustiva, cuales son los motivos que pueden inducir las autoridades nacionales a la adopción de estas medidas. Posteriormente, el Tribunal Europeo, cuando conozca un asunto, analizará este requisito de la finalidad legítima y establecerá unos criterios específicos de los objetivos que legitiman la adopción de una medida restrictiva.

En el caso que hace referencia a los hechos juzgados por la STS 459/2019, a pesar de que se hacen alusiones al derecho de manifestación y a la libertad de expresión, en ningún momento se sitúa en la perspectiva de los derechos fundamentales, sino que se toma en consideración exclusivamente la ley penal y una determinada concepción de la protección del orden público. La interpretación de los hechos llevada a cabo por el TS tiene por objetivo justificar la existencia de una finalidad legítima como es la defensa del Estado y de la organización social; una finalidad que no encaja con la valoración de las nociones de la protección del orden público hecha por el TEDH a lo largo de su jurisprudencia. Además, la Sala Segunda insiste en diversas ocasiones en que nunca no estuvo en riesgo el orden constitucional, ni la unidad del Estado, razón por la que ni con una interpretación expansiva del concepto *orden público* del Convenio se podría entender que la restricción de las libertades fundamentales mencionadas se podía hacer en este caso.

La expresión de la “necesidad en una sociedad democrática” ha sido añadida a continuación de la enumeración de las finalidades que permiten al Estado justificar las restricciones a los derechos garantizados como una medida común a estas restricciones. Esta expresión parece que impone a las restricciones una calidad suplementaria y común, es decir, se tienen que mantener dentro del orden o del espíritu de la sociedad democrática.

Este criterio de la necesidad democrática o de la ponderación ha sido prácticamente obviado por el TS. A pesar de que trata el derecho de reunión y manifestación y la libertad de expresión de resolver las cuestiones previas relativas a las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, como una posible causa de exclusión de la antijuridicidad, no entra a valorar en ningún momento de manera concreta y específica si los hechos enjuiciados podrían estar amparados por estos derechos.

Así, obstaculizar (no impedir) el cumplimiento de una orden judicial de forma pacífica podría justificar la imposición de ciertas restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica, pero el Tribunal no demuestra que la aplicación del delito de sedición y la imposición de sanciones penales de esta severidad sean medidas previsibles, necesarias y proporcionadas frente a los hechos que, como la misma Sentencia reconoce, fueron eminentemente pacíficos.

En síntesis, se puede poner en duda la previsibilidad de la legislación penal que permite restringir los derechos y las libertades de expresión y de reunión pacífica, se puede cuestionar la finalidad legítima perseguida y, si con esto no hay suficiente, existe una falta total de necesidad social imperiosa y de proporcionalidad en las sanciones establecidas en la STS 459/2019.

4. Existencia de una finalidad no prevista para justificar la restricción y el desvío de poder. La existencia de una restricción indebida o de un desvío de poder está recogida, sin carácter autónomo, en los artículos 17 y 18 del CEDH.

El primero de estos artículos impone una obligación negativa al Estado: no puede prevalecerse de ninguna disposición del Convenio europeo para realizar una actividad tendente a la supresión de los derechos y las libertades reconocidas. Por tanto, como el artículo 17 tiene por objeto la protección del orden social democrático, impide la extralimitación del Estado en la imposición de más limitaciones de las previstas en el Convenio europeo, puesto que irían en contra del sistema democrático.

El artículo 17, como regla interpretativa de las restricciones de los derechos autorizados a los estados partes, cumple la función de impedir que el Estado aplique limitaciones más amplias de las previstas en el Convenio europeo o en

sus protocolos adicionales, es decir, pone de manifiesto que el Estado ha actuado fuera de las necesidades y los valores de una sociedad democrática. Se entiende que el TS, por el hecho de situarse exclusivamente en la perspectiva de la ley penal y no valorar de manera extensa el contenido de los derechos fundamentales afectados, ha introducido una restricción incompatible con el CEDH y sus protocolos adicionales.

Por su parte, el artículo 18 prohíbe el desvío de poder (“Las restricciones que, en los términos de este Convenio, son establecidas a los derechos y las libertades mencionadas, tan sólo pueden ser aplicadas con la finalidad para la cual han sido previstas”).

Esta cláusula de cierre tiene la finalidad de advertir a los estados que su facultad de restringir y de derogar determinados derechos y libertades para la protección del orden social democrático no se puede apartar de las finalidades convencionalmente previstas, y pretende conciliar, de forma adecuada y sin arbitrariedades, el interés público y la salvaguardia de los derechos y las libertades individuales, propios de un orden jurídico democrático.

El efecto del artículo 18 es reiterar que la limitación no se puede aplicar con otra finalidad diferente a la prescrita. Se trata de controlar la conformidad de las finalidades de las medidas individuales aplicables a los objetivos legales de la restricción y a las finalidades legítimas según el Convenio europeo, es decir, la autoridad pública no dispone de la facultad de utilizar sus poderes de limitación de los derechos para otra finalidad que la de mantener los valores de una sociedad democrática. En la STS hay una total falta de razonamiento necesaria para justificar las imputaciones delictivas y, cuando la hay, la opción interpretativa escogida no es la que favorece el desarrollo de los derechos y las libertades reconocidas en el CEDH, sino que el TS opta por la que restringe más el correcto ejercicio.

En síntesis, en el argumentario de la STS 459/2019 puede haber una utilización de finalidades no previstas y un desvío de poder que constituye un abuso en la utilización del delito de sedición para justificar restricciones a los derechos y las libertades de expresión y de reunión pacífica, cosa que podría conllevar una vulneración de los artículos 17 y 18 con referencia a los artículos 10 y 11 del CEDH.

5. LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS CONDENADAS COMO CONDICIÓN DE UNA SALIDA POLÍTICA AL CONFLICTO

El Síndic ha afirmado reiteradamente que ha sido un error judicializar un conflicto político. Ahora la política no tendría que poner excusas para buscar una solución que contribuya a una salida dialogada del conflicto y, en este marco, devolver la libertad a las personas condenadas.

Este apartado aborda alternativas jurídicas y políticas que permitirían a las personas condenadas por la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo salir de la prisión. Corresponde decidir al poder legislativo y/o al poder ejecutivo. Y esto se puede hacer dentro del respeto más escrupuloso al ordenamiento constitucional.

Amnistía

Como es conocido, *amnistía* procede del término griego que significa *olvido*. Implica la extinción del delito y de la pena, de manera que actúa como si la acción antijurídica cometida en su día no hubiera existido. Se suelen distinguir dos tipos de amnistía: la propia (que interviene antes que las actuaciones judiciales o de que estas hayan finalizado) y la impropia, que se produce después de una sentencia y que conlleva la anulación de la condena. En este caso, se trataría de una amnistía impropia. Es una figura claramente diferente al indulto. Tiene precedentes en el ordenamiento jurídico español, como el artículo 102 de la Constitución de 1931 (hay que recordar que el Decreto ley de amnistía de 21 de febrero de 1936 conllevó la libertad de los políticos catalanes condenados por los hechos de octubre de 1934).

Lo amnistía está presente en las constituciones actuales de Francia e Italia, que atribuyen la competencia de concederla al Parlamento mediante una ley. En Alemania el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido la constitucionalidad de esta figura, a pesar de que la Ley fundamental de Bonn no la prevé. Sería un caso similar al del Estado español, en que la Constitución de 1978 no habla de la amnistía y, por tanto, tampoco la prohíbe.

Haría falta que las Cortes aprobaran la amnistía con una norma con rango de ley. Una norma de

este tipo permitiría abrir una nueva etapa política basada en el diálogo, como el Síndic ha defendido desde hace tiempo. Además, podría tener un alcance amplio, no sólo las personas ahora condenadas, sino también las que se encuentran fuera del Estado y las que están pendientes de otros juicios (altos cargos del Gobierno de la Generalitat, mayor Trapero y otros cargos de Interior, Mesa del Parlamento, alcaldes y alcaldesas, miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, etc.). Así mismo, incluiría a los policías nacionales y guardias civiles (y quizás a altos cargos del Estado) investigados en diversos juzgados. Incluso, se podría extender a todo el período conflictivo e incluir a las personas condenadas por el 9-N de 2014.

En cambio, también hay que tener presente que hay un cierto debate sobre su constitucionalidad y que es previsible un recurso al TC por parte de algunos grupos parlamentarios (cosa que no conllevaría la suspensión de la ley). En efecto, un sector de la doctrina opina que el hecho de que la Constitución (artículo 62.1) prohíba los indultos generales conlleva la negación de la posibilidad de amnistías. Otros juristas opinan, en cambio, que la amnistía es una institución claramente diferenciada del indulto y que la prohibición de la Constitución no la incluye, razón por la que nada impide que se pueda aprobar una ley de amnistía. La escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema (sentencias 63/1983 y 147/1986) no ha cuestionado la constitucionalidad de una legislación de amnistía, razón por la que se entiende que una ley de este tipo sería perfectamente constitucional.

Indulto

Está regulado (aún) por la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. El Código Penal de 1995 menciona el indulto como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.5). Se han presentado diversas proposiciones a las Cortes para limitar el alcance de la Ley de 1870 (IU y PSOE, en cuanto a los delitos de corrupción y violencia de género, y PP, en cuanto a los delitos de rebelión y sedición) que de momento no han prosperado.

Aún en el plan normativo, el artículo 62.i) CE prohíbe los indultos generales y el artículo 87.3

CE lo excluye de las iniciativas populares para presentar una proposición de ley.

No hace falta que lo pidan las personas condenadas: lo puede tramitar el Gobierno, por voluntad propia, o lo pueden solicitar amigos, familiares o cualquier otra persona. También lo puede solicitar el tribunal que haya dictado la sentencia (o el TS, que en este caso es el mismo, o la Fiscalía). Además, no exige arrepentimiento.

El indulto puede ser total o parcial, pero no pueden ser indultadas las personas que no están a disposición del tribunal que haya dictado sentencia.

Se tiene que pedir un informe al tribunal que ha dictado sentencia (a pesar de que se entiende que no es vinculante). Este informe tiene que incluir información sobre el arrepentimiento de los condenados, que tampoco es determinante.

Hay que tener presente que el TS ha admitido recursos contra determinados indultos por falta de razones de justicia, equidad o utilidad.

Como es una decisión del ejecutivo, se puede tomar con una cierta rapidez (a pesar de que requiere una tramitación, siempre sería más rápida que la tramitación parlamentaria necesaria para otros supuestos).

Ahora bien, también hace falta tener presente que la utilización abusiva del indulto ha generado una reacción social contraria a la figura: 4.667 indultos entre 2000 y 2008 concedidos por gobiernos de PP y PSOE. Son bastante conocidos los nombres de algunos de los beneficiarios.

Supresión del delito de sedición del Código Penal

Antes de que se hiciera pública la Sentencia, la posibilidad de modificar el Código Penal resultaba un poco confusa porque no se sabía si se quería modificar el delito de rebelión (precisando mejor el tema de la violencia) o algún otro aspecto. El hecho de que la Sentencia haya descartado el delito de rebelión y se haya centrado en el de sedición parece que haga ganar posibilidades a la supresión del delito de sedición (art. 544 CP) del Código Penal.

Esta eventual derogación sería aplicable a las personas condenadas con efectos retroactivos

porque es más beneficiosa para ellas (artículo 2.2 del Código Penal: retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo aunque cuando entren en vigor haya recaído sentencia firme y el sujeto cumpla condena).

En este caso, es evidente, como el Código Penal es una ley orgánica, que haría falta mayoría absoluta para aprobarla.

En todo caso, la derogación no se tendría que plantear como una cuestión estrictamente catalana, sino basada en los problemas de orden jurídico y democrático que plantea este delito. De hecho, ya se ha apuntado más arriba que muchos autores han puesto en cuestión este delito por sus antecedentes y por la ambigüedad de la conducta punible.

Por supuesto, esta reforma no eliminaría las penas por malversación y desobediencia. Y se plantearía la necesidad de analizar el hecho de que la Sentencia en algunos casos condene por sedición en concurso medial con la malversación. Con referencia a las personas no condenadas por malversación no se plantearía ninguna duda.

En resumen, el Síndic entiende que la solución más justa sería una ley de amnistía. Y la más rápida, el indulto. Y, en todo caso, por las razones expuestas a lo largo de este informe, haría falta modificar el Código Penal para suprimir el delito de sedición.

Ningunas de estas fórmulas lesiona la dignidad de las personas condenadas y su derecho a continuar considerándose inocentes. Tampoco son incompatibles entre sí. Podría haber indulto para los condenados y después amnistía o podría haber indulto y modificación del Código Penal.

Haría falta analizar las repercusiones de estas opciones en la previsible presentación de recursos contra la Sentencia del TS ante el TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en concreto, si la amnistía y el indulto total podrían provocar la pérdida de legitimación para recurrir a la justicia europea. En cambio, parecería que el indulto parcial (que mantendría parte de la condena) o la supresión del delito de sedición (que mantendría las condenas por malversación y desobediencia) permitirían llegar hasta el Tribunal de Estrasburgo.

6. UNA REFLEXIÓN FINAL: ACTIVISMO JUDICIAL Y GARANTISMO EN LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA NORMA

Como se ha visto, la STS 459/2019 pone sobre la mesa diversas cuestiones muy relevantes sobre el papel de los tribunales en un estado democrático de derecho. Una de estas cuestiones es el problema de la vinculación de los jueces al derecho.

Para que un estado sea de derecho, hace falta que las instituciones que lo conforman se comporten de acuerdo con lo dispuesto en el sistema jurídico. La afectación que tiene este rasgo con respecto a los jueces se concreta en el hecho de que, como aplicadores del derecho, se tienen que ceñir a las normas jurídicas que establece el mismo sistema a la hora de resolver los casos que se les plantean. Por tanto, si a los jueces se les asigna la función de resolver los casos individuales de acuerdo con lo que disponen las normas generales (las leyes) creadas por el legislador, entonces estos jueces sobrepasarían la función asignada si se desvinculan.

Este es un punto neurálgico de todo estado democrático de derecho cuando incorpora en su diseño la separación de poderes. En el terreno de la legitimación de las decisiones institucionales, el único órgano legitimado en un régimen democrático para crear el derecho es el Parlamento, justamente porque es el depositario de la soberanía popular. Es por esta razón que, cuando los jueces sobrepasan las funciones de aplicación asignadas por el mismo sistema, se comportan como órganos ilegítimos desde un punto de vista democrático.

Si este es un problema preocupante que afecta a todos los jueces y todas las jurisdicciones, adquiere una especial relevancia cuando de lo que se trata es de analizar supuestos que implican decisiones tomadas por un tribunal de última instancia, como es el Tribunal Supremo, y en un ámbito como el penal. El hecho de que sea una decisión tomada por un tribunal de última instancia implica que no podrá ser objeto de recurso, y que se refiera al ámbito penal conlleva que la vinculación a la ley se lleve a cabo de la manera más estricta posible,

atendiendo a la importancia de los bienes que están en juego, como es el caso de la libertad.

En una sociedad en que se reconocen derechos fundamentales lo que tiene que hacer el juez es aplicarlos, sin tener que inventarlos. Por tanto, se trata de ceñirse al derecho. Ahora bien, aquí el derecho ya no es equivalente a la visión formalista tradicional, sino que incorpora la complejidad que le confiere el hecho de estar ante sistemas jurídicos por encima de los cuales hay constituciones democráticas y tratados internacionales con el reconocimiento explícito de derechos fundamentales.

En este contexto, la incorporación de una lista más o menos homogénea de derechos fundamentales en las constituciones de carácter democrático ha hecho que se acabe entendiendo tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial que el contenido de la constitución de alguna manera impregna todo el ordenamiento jurídico. La visión de este neoconstitucionalismo puede ser resumida con estos rasgos:

- a. La relevancia de los principios y no sólo de las reglas en la interpretación jurídica. Los derechos fundamentales están precisamente formulados en términos de principios y no de reglas.
- b. La omnipresencia de la constitución en todos los ámbitos jurídicos, sin que quede ningún espacio significativo reservado en exclusiva a las leyes.
- c. La posición privilegiada del juez, como intérprete del derecho: no sólo de la letra de ley, sino de todo el ordenamiento y con coherencia con la Constitución y el sistema de derechos.

En este último punto, la posición privilegiada de la figura del juez en este entramado institucional conlleva a la vez una enorme responsabilidad, dado que, según como sea llevada a la práctica la tarea argumentativa que le corresponde, puede sobrepasar los límites de la legitimación democrática. Así pues, hace falta preguntarse si la referencia a los derechos fundamentales (expresados por medio de principios con carga político moral) tiene que quedar dentro o fuera de la argumentación del juez de lo penal. Dicho

en términos de vinculación del juez a la norma jurídica: ¿La presencia de estos derechos en la delimitación del tipo penal va en contra necesariamente de esta vinculación, con todo lo que esto conllevaría? La respuesta tiene que ser matizada.

Por un lado, la referencia a los derechos fundamentales conlleva un nivel más alto de discrecionalidad, en el sentido de que hará falta hacer una argumentación más sofisticada que la que haría falta hacer sin esta presencia. Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos que incorporan los derechos fundamentales en sus constituciones, la vinculación del juez de lo penal al derecho ya no puede ser entendida como una simple vinculación a lo que dicen las normas jurídicas contenidas en el Código Penal, sino que a menudo esta vinculación implicará la referencia a los derechos reconocidos en el ámbito constitucional. Ahora bien, ¿como haría falta articular esta vinculación? La vinculación tiene que provenir por vía interpretativa. Una forma de hacerlo podría ser por medio de un principio interpretativo que correría en paralelo con otro indiscutido en el ámbito penal, como por ejemplo el principio *in dubio pro reo*.

Este principio se puede llamar *in dubio pro cive* y se podría formular así: frente a dos interpretaciones posibles de un tipo delictivo que afecte a los derechos de contenido político, el juez de lo penal tiene que escoger la que limite en menor medida el ejercicio de estos derechos.

Hace falta alguna aclaración sobre esta formulación. En primer lugar, se trata de un principio interpretativo y, por tanto, entra en acción en el momento de atribuir significado a los textos normativos en que se expresan las normas penales.

En segundo lugar, que hayan dos interpretaciones posibles o más. La duda no se tiene que entender en un sentido subjetivo, la duda tiene que surgir de un juicio de razonabilidad, después de poner en común todos los elementos que configuran el caso, sin, obviamente, dejar fuera los que favorecen a los acusados, como tiene que ser también en el caso del principio *in dubio pro reo*.

En tercer lugar, se refiere a la delimitación de los delitos que afectan a los *derechos políticos*. Se entiende por derechos políticos todos los que tienen que ver no sólo con los que delimitan las competencias de los representantes políticos, sino también los que son condición necesaria para desarrollar las tareas propias de la ciudadanía en una sociedad democrática. Por tanto, aquí se incluye a los derechos directamente políticos, como por ejemplo los de participación activa y pasiva reconocidos en el artículo 23 CE, pero también los que van indisociablemente unidos a la condición de ciudadano o ciudadana, como por ejemplo el de libertad ideológica (art. 16.1 CE) o los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE).

Por último, en estos casos, la actividad interpretativa del juez no puede ser meramente mecánica, pero esto no implica que no sea ajustada a derecho. Hace falta que el intérprete haga un esfuerzo argumentativo para poner en relieve, primero, el hecho de que es razonable pensar en más de una interpretación y, segundo, especificar cuales son las razones por las que la interpretación escogida es la que limita menos aquellos derechos. Cuando no hay argumentación o bien esta argumentación conlleva la selección de la opción más limitadora de los derechos, entonces se podrá decir que la decisión se ha desvinculado del derecho que el juez tiene que aplicar y que no ha cumplido la función que se le asigna en un estado democrático de derecho.

7. CONCLUSIONES

1. En esta causa, el Tribunal Supremo no era el juez ordinario predeterminado por la ley. Su competencia no era previsible y se ha construido *ex post facto*.

2. La actividad probatoria no se hizo adecuadamente, en particular en cuanto a los parámetros del interrogatorio cruzado.

3. La desproporcionada acusación inicial de rebelión vició toda la causa y condujo a diversas situaciones graves, como por ejemplo que las personas acusadas fueran juzgadas en el Tribunal Supremo, que se les impusiera una prisión preventiva injustificada y desproporcionada, que quedara afectada la presunción de inocencia y que no se pudieran expresar en catalán durante el juicio.

4. Los hechos objeto de enjuiciamiento en esta sentencia están siendo conocidos por diversas jurisdicciones, con una afectación negativa en los derechos de defensa, no-discriminación y doble instancia penal de las personas acusadas.

5. La Sentencia 459/2019 hace una interpretación expansiva de preceptos legales deficientes, de manera que podría ser contraria a derechos fundamentales y en especial al derecho a la legalidad sancionadora. Hace prevalecer la ley sobre los derechos y se fuerzan los tipos legales hasta mucho más allá de lo que permitiría una interpretación literal, que es el límite máximo de alcance de los tipos penales.

6. La Sentencia incurre en errores materiales, en falta de motivación con referencia a aspectos fundamentales (hechos probados, individualización, juicio de inferencia) y en incongruencias lógicas o falta de razonabilidad.

7. La Sentencia, al interpretar el tipo penal de sedición, parece que convierte la desobediencia a las resoluciones judiciales en el elemento fundamental del tipo: la desobediencia devendría en sedición, y la sedición, un delito esencialmente de desobediencia.

8. La interpretación que hace el Tribunal Supremo del delito de sedición afecta no solamente a los derechos fundamentales a la libre expresión y a la libertad de manifestación de las personas condenadas, sino que podría suponer un peligro de limitación grave de estas

libertades en el contexto de futuras protestas sociales y ciudadanas.

8.1. Respecto a las personas condenadas, la Sentencia no hace una ponderación concreta y específica de los derechos a la libre expresión y a la libertad de reunión y manifestación con referencia a los hechos que se atribuyen a las personas encausadas con la ley penal, para valorarlos desde la perspectiva del ejercicio de derechos fundamentales – incluidos sus límites – y no exclusivamente del Código Penal.

8.2. Las condenas impuestas por sedición podrían incurrir en desproporción respecto de las penas previstas en los delitos aplicables como límites penales de los derechos de reunión y manifestación, incluso en los que prevén el uso de armas y explosivos, que el mismo TS no considera que se hayan producido en ningún caso.

8.3. Con carácter general, la interpretación que hace el TS de algunos elementos básicos del delito de sedición, como por ejemplo la finalidad del alzamiento (que para el TS es *obstaculizar*, no *impedir*, el normal funcionamiento de los servicios y las instituciones públicas, y específicamente la ejecución de una resolución judicial) y el modo de producirse (equiparando la resistencia no violenta a fuerza e intimidación y sin considerar que la expresión *vías legales* que utiliza el Código Penal pueda hacer referencia al ejercicio de derechos fundamentales), unida, además, a la indeterminación del mismo concepto de *alzamiento tumultuario* (que asimila de hecho a una movilización masiva de ciudadanos, incluso pacífica), podría suponer una restricción excesiva del derecho de reunión y manifestación en futuras protestas ciudadanas, y conlleva un efecto paralizador (*chilling effect*) muy notable respecto a estos derechos.

9. Por medio del delito de desobediencia a las resoluciones judiciales, convertido en elemento esencial del delito de sedición, la Sentencia culmina un largo proceso de intervención de los tribunales en la organización interna y el funcionamiento del Parlamento. Bajo la amenaza, hecha realidad, de sanciones penales, los tribunales, a instancias del Gobierno del Estado, en muchos casos determinan preventivamente cuales son las cuestiones que se pueden incluir y cuales no en el orden del día de los órganos del Parlamento, y cuales pueden ser debatidas y aprobadas por el Pleno. Esta

interferencia puede tener unos efectos devastadores sobre la inviolabilidad del Parlamento y de sus miembros, el derecho de participación política y la separación de poderes, y podría abrir la vía a un peligroso gobierno de los jueces.

10. Cuestiones como por ejemplo impedir el interrogatorio cruzado de los testigos, prohibir a las defensas hacer preguntas sobre la ideología de algunos testigos, no atender las recusaciones o la vulneración de la presunción de inocencia por parte de altos cargos del Estado podrían constituir vulneraciones de derechos fundamentales reconocidos en el Convenio europeo de derechos humanos.

11. Por otra parte, también se habrían podido producir vulneraciones de los artículos 7, 10 y 11 del Convenio europeo, y de los artículos 17 y 18 con referencia a los artículos 10 y 11 del mismo Convenio. La vulneración del derecho a la legalidad penal, por la amplitud del tipo penal de sedición; la falta de objetivo legítimo y necesidad social de la legislación que permite restringir los derechos y las libertades de expresión y de reunión pacífica; la existencia de una finalidad no prevista para justificar la restricción y desvío de poder, y la falta del razonamiento necesario para justificar las imputaciones delictivas, son cuestiones que podrían atentar contra el Convenio europeo de derechos humanos.

12. La puesta en libertad de las personas acusadas parece imprescindible para el éxito de una salida negociada al conflicto político actual. Para hacerlo, el Gobierno del Estado y las Cortes Generales disponen de herramientas plenamente constitucionales, como por ejemplo el indulto o la ley de amnistía. También podría tener este efecto la derogación del delito de sedición, que, como se ha visto en este informe, constituye una necesidad democrática.

13. La vinculación del juez al derecho es un rasgo fundamental del estado de derecho, porque garantiza el papel que el poder judicial tiene que tener dentro de la separación de poderes y la legitimación de que disfruta el poder legislativo. La tradicional visión de la vinculación del juez a la ley tiene que ser leída como vinculación al derecho. Por tanto, el juez de lo penal no sólo resta vinculado a lo dispuesto en el Código Penal, sino a lo que dice este texto de acuerdo con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esto implica

sostener un principio interpretativo como *in dubio pro cive*: frente a dos interpretaciones posibles de un tipo delictivo que afecte a los derechos de contenido político, el juez de lo penal tiene que escoger la que limite en menor medida el ejercicio de estos derechos.

14. Como ha hecho en otras ocasiones a lo largo de los últimos años, el Síndic pone de manifiesto que el conflicto entre Cataluña y el resto del Estado tiene carácter eminentemente político y es fruto de una interpretación avariciosa de los preceptos constitucionales sobre autogobierno territorial (entre otros, los artículos 2, 3, 149 y 156 CE, relativos a nacionalidades, diversidad lingüística, diálogo territorial y financiación). Un conflicto de este tipo tan sólo puede tener una solución política, basada en la diversidad lingüística, cultural y nacional del Reino de España.

Por todo lo anterior, **el Síndic recomienda** al Parlamento de Cataluña y al Gobierno de la Generalitat que activen los mecanismos jurídicos y políticos que sean necesarios para:

1. Derogar, o revisar en profundidad, la regulación vigente del delito de sedición en el Código Penal, que tiene históricamente fuertes connotaciones autoritarias y que, como se ha visto en la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo, se puede interpretar de una manera extensiva que vulnera los derechos fundamentales a la libertad de reunión y de manifestación, en conexión con la libertad de expresión.

2. Poner en marcha los instrumentos jurídicos que el marco constitucional permite para conseguir la puesta en libertad de las personas condenadas en la Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo (ley de amnistía o indulto), con independencia de la necesaria reforma del Código Penal.

3. Iniciar un diálogo constructivo para conseguir una solución política al conflicto entre Cataluña y el Estado, un diálogo valiente e imaginativo que tiene que incluir una consulta al pueblo de Cataluña sobre su futuro político.

Este informe se eleva al Parlamento de Cataluña, a las Cortes Generales y al Gobierno del Estado, a la comisaria europea de Derechos Humanos y a la comunidad internacional de defensorías de derechos humanos para que sean conocedores y a los efectos oportunos.

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

