



# LA SENTÈNCIA 459/2019 DEL TRIBUNAL SUPREM I LA SEVA REPERCUSSIÓ EN L'EXERCICI DE DRETS FONAMENTALS

GENER 2020

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES



LA SENTÈNCIA  
459/2019 DEL  
TRIBUNAL SUPREM I  
LA SEVA  
REPERCUSSIÓ EN  
L'EXERCICI DELS  
DRETS  
FONAMENTALS

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1a edició: Gener 2020

La Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem i la seva repercussió en l'exercici dels drets fonamentals. Gener 2020

Maquetació: Síndic de Greuges

Foto de coberta: Pixabay

# ÍNDIX

1. INTRODUCCIÓ.....	5
2. LA SENTÈNCIA 459/2019 I ELS DRETS FONAMENTALS DE LES PERSONES CONDEMNADES.....	7
▪ Dret al jutge ordinari predeterminat per la llei	
▪ Dret de defensa: la fragmentació de la causa	
▪ Dret de defensa: l'interrogatori de testimonis	
▪ Dret de defensa: l'acusació de rebel·lió i la presó provisional	
▪ Dret a la legalitat penal	
▪ Dret a una resolució raonada i raonable	
3. AFECTACIONS GENERALS DE LA SENTÈNCIA 459/2019 ALS DRETS FONAMENTALS I LA SEPARACIÓ DE PODERS.....	19
▪ Els drets de reunió i manifestació i la llibertat d'expressió després de la Sentència	
▪ Inviolabilitat parlamentària i separació de poders	
4. AFECTACIONS A DRETS RECONEGUTS EN EL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS.....	27
5. LA LLIBERTAT DE LES PERSONES CONDEMNADES COM A CONDICIÓ D'UNA SORTIDA POLÍTICA AL CONFLICTE.....	31
6. UNA REFLEXIÓ FINAL: ACTIVISME JUDICIAL I GARANTISME EN LA VINCULACIÓ DEL JUTGE A LA NORMA.....	33
7. CONCLUSIONS.....	35



## 1. INTRODUCCIÓ

Al llarg dels darrers dos anys i mig, el Síndic de Greuges, en exercici de la seva funció estatutària i legal de protegir i defensar els drets i les llibertats reconeguts per la Constitució i l'Estatut, ha alertat en diversos informes sobre la regressió de drets i llibertats fonamentals al Regne d'Espanya. El darrer d'aquests informes (maig de 2018), ja amb dirigents polítics i socials acusats de rebel·lió i en situació de presó preventiva, assenyalava que l'actuació dels poders de l'Estat s'estava caracteritzant per l'aplicació de mesures excepcionals que limitaven –i fins i tot criminalitzaven– l'exercici de drets i llibertats fonamentals, especialment la llibertat d'expressió.

La Sentència 459/2019, de 14 d'octubre, del Tribunal Suprem (STS), que condemna dotze líders polítics i socials, a nou dels quals a penes de presó d'entre nou i tretze anys, confirma els temors del Síndic expressats en informes anteriors. Malgrat que la condemna principal és pel tipus penal de sedició, en lloc de la rebel·lió que demanava la Fiscalia, el Síndic entén que es tracta d'una condemna desproporcionada que pot haver vulnerat drets constitucionals processals i substantius de les persones condemnades i que pot tenir afectacions en el gaudi de drets i llibertats fonamentals per part de tota la ciutadania. En aquest sentit, s'han expressat nombroses persones que s'han adreçat al Síndic en forma de queixes o consultes després de tenir coneixement de la Sentència.

L'objecte de l'informe, per tant, és l'anàlisi de la Sentència 459/2019 en aquesta doble

perspectiva, i parteix de les aportacions i les reflexions del seminari de treball que va tenir lloc a la seu del Síndic el 13 de novembre de 2019. D'una banda, en la dimensió que afecta les persones concretament condemnades i els seus drets fonamentals en el marc del procés penal. De l'altra, la potencial extensió d'una interpretació restrictiva de drets fonamentals, com ara la llibertat de reunió i manifestació o la llibertat d'expressió a tota la geografia de l'Estat, la perspectiva de possibles drets afectats del Conveni europeu de drets humans, i també el principi d'inviolabilitat parlamentària i la separació de poders.

A partir d'aquí, s'aborden qüestions més concretes com ara la consideració de la llibertat de les persones condemnades com a pas previ o paral·lel de resolució del conflicte polític a Catalunya i, finalment, una reflexió sobre el paper de la judicatura en l'aplicació del dret i els drets fonamentals.

El Síndic ha manifestat reiteradament que el conflicte territorial que es viu entre Catalunya i la resta de l'Estat té un caràcter eminentment polític i és fruit d'una interpretació restrictiva dels preceptes constitucionals sobre l'autogovern territorial. Aquest conflicte polític està produint greus afectacions a drets fonamentals, incloent-hi els drets de participació política per mitjà dels representants elegits, la llibertat d'expressió i de manifestació, i el dret a la llibertat individual. Un conflicte d'aquest tipus només pot tenir una solució política que s'ha d'articular mitjançant el diàleg entre les diferents opcions polítiques i socials a Catalunya i entre les institucions de l'Estat i les catalanes.





## 2. LA SENTÈNCIA 459/2019 I ELS DRETS FONAMENTALS DE LES PERSONES CONDEMNADES

En aquest apartat es fa referència a un seguit de drets fonamentals que es podrien haver vist afectats al llarg del procediment de la causa 20907/2017 i la vista oral que condueix a la Sentència 459/2019, de 14 d'octubre.

### 2.1. Dret al jutge ordinari predeterminat per la llei

Com és sabut, el dret al jutge ordinari o predeterminat suposa bàsicament quatre garanties: la creació de l'òrgan jurisdiccional mitjançant una llei orgànica prèvia, la determinació genèrica de la seva competència, la determinació apriorística de la pròpia competència i, finalment, la predeterminació legal de les normes de composició de l'òrgan jurisdiccional.

En el cas de la Sentència 549/2019, s'entén que la fixació de la competència en el Tribunal Suprem (TS) es pot haver fet amb vulneració d'aquest dret.

Cal recordar que en un primer moment es va ocupar del cas l'Audiència Nacional. La raó que es va donar en aquell moment va ser que, malgrat que la majoria de les persones investigades eren aforades perquè eren consellers o diputats del Parlament de Catalunya (encara que gairebé tots ja no ho eren en virtut de l'aplicació de l'article 155 CE) i, per tant, s'havien de jutjar al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com que la Fiscalia havia presentat una querella pel delictes de rebel·lió, l'Audiència Nacional havia de ser-ne competent perquè l'article 65.1.a de la Llei orgànica del Poder Judicial li atribuïa la competència per conèixer dels delictes contra la "forma de govern".

El Síndic entén que aquesta interpretació no va ser correcta, atès que aquesta rúbrica –delictes contra la forma de govern– havia desaparegut del Codi penal feia molt de temps, ja que es referia sobretot a delictes de caràcter polític en els quals, ja en l'època, tampoc no es podia incloure en cap cas la rebel·lió, com va reconèixer la

interlocutòria del Tribunal Suprem de 26 de maig de 2009. A més, es donava la circumstància que la Sala Penal de la mateixa Audiència Nacional havia assenyalat expressament l'any 2008 –interlocutòria de 2 de desembre de 2008– que aquest tribunal mai no havia estat competent per conèixer del delictes de rebel·lió, per evitar aquell any la competència per celebrar un macroprocés pels crims del franquisme. Després es rectificava aquesta contundent i encertada declaració de 2008, amb la finalitat d'assumir una competència que jurídicament no es podia justificar.

Un cop la majoria de persones investigades van ser empresonades, el TS va assumir la competència del cas recuperant l'argument de l'aforament, malgrat que en aquell moment ja no hi concorria per a la majoria de persones investigades en virtut de la implementació de l'article 155, amb remissió al que estableix l'Estatut de Catalunya en cas que el delictes comès per l'aforat s'hagi comès "fora del territori de Catalunya" (art. 57.2).

El TS ofereix una triple raó per justificar que el presumpte delictes de rebel·lió es va cometre fora de Catalunya, amb una raó addicional sobrevinguda que s'ha conegut amb l'STS. En primer lloc, atès que la rebel·lió estava enfocada a assolir la independència de Catalunya, aquesta era una qüestió que afectava tot el territori nacional i no només Catalunya. L'argument és inconsistent i implicaria, per exemple, que un frau fiscal perpetrat per un diputat del parlament autonòmic amb la seva empresa d'abast autonòmic també seria competència del TS perquè la hisenda és estatal i, per tant, la manca de recaptació de recursos públics també afecta, òbviament, les arques de tot l'Estat.

El segon argument és que el procés suposadament havia tingut elements internacionals. No van aparèixer durant tot el procés judicial aquests suposats elements, que en el cas d'una rebel·lió haurien d'haver estat el suport armat, logístic o almenys econòmic d'algun estat estranger o operat des d'algun territori estranger. L'únic que va sortir van ser conferències i actes similars a l'estranger en promoció de la independència, la qual

cosa en cap cas no es pot considerar delictes, sinó l'exercici de la llibertat d'expressió, com reconeix el TS.

La tercera raó és que el TS, segons estableix l'article 123 de la Constitució, és el tribunal superior en tots els ordres. Però això no és cap raó, sinó un excés interpretatiu de l'article 123. Tal com ho diu el TS, semblaria que l'alt tribunal podria avocar discrecionalment causes al seu coneixement, quan no és així precisament perquè ho impedeix el dret al jutge ordinari predeterminat per la llei. Cap jutge no es pot autoatribuir la jurisdicció sense més. A més, seria insòlit un comportament així en una democràcia i constituïria un evident abús de poder. El que estableix l'article 123 no és que el TS tingui una posició de superioritat jeràrquica de la resta de tribunals, incompatible amb la independència judicial, sinó que coneix d'un últim recurs –habitualment el de cassació– que corona la piràmide jurisdiccional.

Hi ha una quarta raó addicional sobrevinguda. Alguns dels acusats van concórrer a diverses conteses electorals i van ser escollits diputats i senadors. I atès que els diputats i senadors sí que són indubtablement aforats al Tribunal Suprem, llavors l'òrgan jurisdiccional va guanyar sobrevingudament la seva competència.

Aquest darrer argument es podria posar en qüestió per l'anomenada *perpetuatio iurisdictionis*, però la seva vigència i extensió al procés penal són molt discutibles. Però el que en tot cas no pot fer l'assoliment d'aquesta condició sobrevinguda de diputat o senador és corregir la competència anterior del tribunal indegudament determinada pels arguments ja explicitats. És com si s'estigués dient que els reus, amb la seva pròpia conducta, acaben legitimant o convalidant conductes indegudes del Tribunal.

En tot cas, si del que es tractava era de justificar una vulneració del jutge legal, és obvi que després de tot el que s'ha vist hi ha almenys dos, o fins i tot tres, garanties del contingut essencial que s'han posat en qüestió. Queda fora de dubte que el TS és un òrgan creat per llei orgànica prèvia, igual que la previsió que un magistrat de la

Sala Segona faci d'instructor. Però no es pot dir el mateix de la sala d'apel·lacions contra les decisions d'aquest magistrat. Aquesta sala és una creació jurisprudencial i està formada per tres magistrats que pertanyen a la mateixa Sala Segona del Tribunal Suprem que el magistrat que fa d'instructor, i també els magistrats de la sala que dicta sentència. És a dir, que instructor, magistrats d'apel·lació contra les seves decisions i magistrats que coneixen del judici oral pertanyen tots ells exactament a la mateixa sala que habitualment coneix dels recursos de cassació dels processos penals, la qual cosa permet dubtar més que raonablement de la seva imparcialitat.

També es pot afirmar que la competència del TS està determinada de manera genèrica i, per tant, no és una jurisdicció ad hoc, però el caràcter apriorístic de la seva competència sí que es pot posar en qüestió perquè, repassant els antecedents i els arguments esmentats anteriorment, sembla que la competència clarament no era previsible i s'ha construït *ex post facto*. Les raons de la competència són clarament rebatibles i no es fan evidents amb la lectura de les lleis. És més, llegint aquestes lleis (art. 57 de la Llei orgànica del Poder Judicial i art. 57.2 de l'Estatut de Catalunya) es pot concloure que el TS no podia ser el competent.

En suma, la competència jurisdiccional va patir unes vicissituds que la fan incompatible amb les garanties del dret al jutge predeterminat per la llei que no poden ser convalidables a posteriori. D'aquest cas, no se n'hagués hagut d'encarregar mai el TS en primera i única instància.

## 2.2. Dret de defensa: la fragmentació de la causa

Una conseqüència immediata de la possible vulneració del dret al jutge predeterminat per la llei és la fragmentació de la causa. L'informe del Síndic de maig de 2018 ja assenyala els perills que “uns mateixos fets siguin valorats juridicopenalment per tres jutges d'instrucció, Tribunal Suprem, Audiència Nacional i Jutjat n. 13 de Barcelona, com si es tractessin de fets

diferents, amb el perill, ja consumat, que les valoracions siguin diferents”. A aquesta fragmentació que es denunciava aleshores, s’hi afegeix el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, a qui el Suprem va remetre els casos d’algunes persones aforades (exmembres de la Mesa del Parlament i la presidenta del grup parlamentari de la CUP).

Les repercussions en el dret de defensa d’aquesta fragmentació mereixen poc espai en la Sentència 459/2019. Pràcticament, només s’hi fa referència respecte de les peticions de les defenses, que el Tribunal Suprem rebutja de manera excessivament expeditiva, d’accedir a les diligències processals practicades pel Jutjat d’Instrucció n. 13 de Barcelona.

No obstant aquesta indiferència, les conseqüències negatives de la fragmentació són notables, particularment per a les persones alienes a la causa 20907/2017. Els fets que jutja l’Audiència Nacional, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya els que instrueix el Jutjat d’Instrucció n. 13 de Barcelona ja han estat determinats i fixats en la Sentència del Tribunal Suprem com a “fets provats”. Les defenses de les persones processades en aquestes instàncies podran incidir en el comportament individual dels seus clients, però aquest marc general previ, en què no han tingut cap oportunitat d’influir, decididament els condicionarà.

Addicionalment, la determinació d’aquests fets com a constitutius d’un delictes de sedició, que, com es veurà, el TS fa sense un judici d’inferència clar i individual, pesarà com una llosa en la resta de procediments. No només com a precedent jurisprudencial, sinó pel fet de provenir de la instància on necessàriament acabaran els eventuais recursos davant les sentències d’instància, cosa que fa que aquestes instàncies esdevinguin inútils.

En aquest sentit, no deixa de ser paradoxal que, en data de tancament d’informe, l’Audiència Nacional mantingui el processament per rebel·lió per al major Trapero i l’antiga cúpula del Departament d’Interior quan, pels mateixos fets, el seu superior directe, l’exconseller Forn, ha estat absolt d’aquest delictes.

### 2.3. Dret de defensa: interrogatori de testimonis

Durant la vista oral, hi ha diverses decisions de la Sala Segona que es podrien considerar lesives per al dret de defensa. Per exemple, el fet d’impedir que les defenses de les persones acusades formulessin preguntes als testimonis en vista dels vídeos de les actuacions policials, ja que aquests vídeos constitueixen “proves materials de la comissió del delictes”. Segons la Llei d’enjudiciament criminal (art. 712), els lletrats tenien dret a demanar que els testimonis reconeguessin els vídeos com a peça de convicció, cosa que la Sala va impedir.

En aquest apartat s’analitzarà únicament una d’aquestes decisions: la interpretació que va fer el Tribunal Suprem de l’article 708 de la Llei d’enjudiciament criminal. Aquest precepte, després d’establir que la part que proposa un testimoni pot fer-li les preguntes que consideri convenientes, conté un afegit que diu literalment: “Les altres parts també li poden adreçar les preguntes que considerin oportunes i siguin pertinents ateses les respostes”.

Aquest redactat, que data d’un text de principis del segle XIX i que –un cop inclòs en la Llei d’enjudiciament criminal de 1882– no ha estat reformat des de llavors, es remunta a l’època medieval del sistema probatori vigent llavors: el de prova legal o taxada. Segons aquest sistema, cada part tenia la càrrega d’aportar la prova que li servia per defensar la seva posició, i la part contrària no podia fer seva aquesta prova, sinó que només podia objectar-la per diferents però molt limitades raons.

Tot va canviar amb la introducció en el procés penal del sistema de valoració lliure de la prova (precisament amb la llei de 1882), amb l’anomenat *principi d’adquisició probatòria* que li és inherent, segons el qual tota la prova que aporten els litigants fa part del material probatori del procés i, per tant, totes les parts poden fer-ne ús, i se’n poden beneficiar o se’n poden veure perjudicades. La prova, per tant, ja no és de ningú, sinó que és comuna a tots els subjectes del procés, inclòs el jutge, òbviament. És per tot això que l’article 708 LECrim, almenys des de finals del segle

XIX, sempre s'ha interpretat en el sentit que totes les parts indistintament puguin preguntar a qualsevol testimoni el que desitgin relacionat amb l'objecte del procés.

Doncs bé, durant la vista oral, la Sala Segona va establir que la part contrària d'aquella que havia proposat el testimoni no podia fer-li preguntes sobre una temàtica diferent d'aquella sobre la qual l'havia interrogat el litigant que havia proposat el testimoni, malgrat que tingués a veure amb l'objecte del procés, cosa insòlita en una sala de justícia a Espanya. A més, la decisió del Tribunal resulta empobridora perquè no permet treure del testimoni tota la informació que se'n podria obtenir.

El TS ho justifica assenyalant que no volia vulnerar el principi de contradicció, en el sentit que si la contrapart treia noves temàtiques s'hauria de donar oportunitat a la part que havia proposat el testimoni perquè hi repliqués, i així successivament, la qual cosa seria poc operativa. És a dir, que el mateix tribunal reconeixia implícitament que es podia salvar el principi de contradicció amb la seva interpretació, però que no era el seu desig invertir-hi tant de temps.

La decisió desconexa el model d'interrogatori que des de fa dècades constitueix el mirall en què es mira la pràctica processal de gran part de les democràcies del món: l'interrogatori del dret consuetudinari (*common law*). Aquest interrogatori es divideix en tres possibles parts: l'*examination in chief*, la *cross examination* i la *re-examination*.

Com és sabut, el primer examen és l'interrogatori que fa la part que ha proposat el testimoni, que no pot contenir preguntes que guiïn el testimoni (*leading questions*), sinó que han de ser obertes, de manera que el testimoni es pugui expressar espontàniament. Després ve la *cross-examination*, que és l'interrogatori de la contrapart. La seva finalitat principal és desacreditar el testimoni, i per això pot fer *leading questions* i també, i això és molt important, preguntes que permetin posar directament en qüestió la credibilitat del testimoni, malgrat que no tinguin connexió directa amb l'objecte del procés. És a dir,

preguntes que revelin comportaments del testimoni que qüestionin la seva sinceritat, com ara esbrinar si determinat comanament policial corresponia a un perfil anònim en xarxes socials ("Tácito") de continguts altament catalanòfobs i ultradretans.

Finalment, pot venir la *re-examination*, que és el nou interrogatori de la part que ha proposat el testimoni i que té com a única finalitat puntualitzar o corregir qüestions que hagin sortit durant la *cross-examination*. Té la restricció que en cap cas no es pot ampliar a altres temes que no hagin sortit durant aquesta darrera, o que no es possessin de manifest durant l'*examination in chief*, precisament, ara sí, perquè un interrogatori no esdevingui infinit.

Doncs bé, als interrogatoris de les contraparts al TS no es van permetre moltíssimes preguntes que volien posar en qüestió la credibilitat dels testimonis, ni tampoc es va admetre, com s'havia advertit, preguntar sobre altres temàtiques de l'objecte del procés que no havien estat objecte de l'interrogatori, fins al punt absurd que en una ocasió, amb un dels testimonis més importants, el president de la Sala, utilitzant el mateix article 708, va haver de plantejar d'ofici una pregunta clau, que no havia estat objecte de l'interrogatori, la resposta de la qual era òbviament rellevant per a la Sentència.

I és que justament aquest és el problema més greu que va provocar la decisió del tribunal a propòsit de la restricció dels interrogatoris que s'està analitzant. La restricció va operar durant tot el procés, la qual cosa va limitar els interrogatoris creuats (*cross-examination*) d'una manera que va afectar globalment la construcció de tot el material probatori del procés i, el que és més important, la formació de la convicció del tribunal.

#### 2.4. Dret de defensa: l'acusació de rebel·lió i la presó provisional

El dret de defensa o a la tutela judicial efectiva ha estat perfilat tant per la jurisprudència del Tribunal Constitucional (TC) com per la del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), i n'és tal l'abast que ha acabat essent el dret més al·legat davant

d'ambdós tribunals. També en la Sentència 459/2019 diversos dels aspectes que el defineixen podrien haver estat vulnerats.

Els arguments que es plantegen pivoten al voltant de la manca de fonamentació de l'acusació de rebel·lió, que ho va viciar tot i que va desembocar en dues situacions greus: la primera, que les persones acusades fossin jutjades al Tribunal Suprem (TS) i la segona, que se'ls imposés la presó preventiva. Aquestes dues circumstàncies tan rellevants van comportar, així mateix, la vulneració de diversos drets fonamentals. Sense anar més lluny, tal com el Síndic ha denunciat en diverses ocasions, la combinació de l'acusació per rebel·lió i la presó provisional, juntament amb una interpretació força discutible de l'article 384 bis de la Llei d'enjudiciament criminal, ha dut a la conculcació del dret de sufragi passiu de les persones empresonades que tenien càrrecs de representació política. Així mateix, aquest fet va afectar greument un conjunt de drets fonamentals vinculats al dret de defensa. A continuació, se'n fa un repàs succint.

**1. Dret a la doble instància en matèria penal.** L'atribució de la competència per resoldre la causa a la Sala Segona del Tribunal Suprem minva el dret de les persones eventualment condemnades que el seu cas sigui revisat per un tribunal superior. Com que el Tribunal Suprem és el darrer en l'escala jurisdiccional, la sentència esdevé immediatament ferma, la qual cosa, malgrat que sigui assumida pel Tribunal Europeu de Drets Humans en casos d'aforats, no deixa de reduir les expectatives no només de la defensa, sinó també de les possibilitats que una sentència sigui correcta, atès que precisament l'existència d'aquest doble examen mira de garantir les millors possibilitats de perfecció de la resolució, ja que sempre és millor allò que és confirmat per dos òrgans diferents que no pas allò que fa un tribunal tot sol sense cap revisió per un altre òrgan. En aquest cas, la sentència podria ser corregida tant pel Tribunal Constitucional com pel Tribunal Europeu de Drets Humans, però és obvi que l'abast del seu examen no és en absolut comparable amb el que es podria esperar d'un ulterior grau de jurisdicció ordinària en el dret intern.

Adicionalment, com que la causa està tan fragmentada, resulta que per a totes les persones que estan acusades pels mateixos fets en altres instàncies, començant per la cúpula d'Interior davant l'Audiència Nacional, la doble instància esdevé un autèntic frau processal, en la mesura que una instància superior, el Tribunal Suprem, ja ha declarat uns fets com a provats i ha aplicat el Codi penal en un determinat sentit.

**2. La presó provisional en un judici tan llarg dificulta l'exercici del dret de defensa.**

El mes de gener de 2019, els expresidents de la Generalitat i el Parlament, juntament amb el Síndic de Greuges, publicaven un comunicat que deia: "Si es manté la situació de privació de llibertat de les persones encausades, es produiran llargs trasllats al lloc de les vistes des del centre penitenciari i cap al centre penitenciari i la seva permanència en dependències judicials alienes al Tribunal Suprem. Tot això pot dificultar el contacte continu amb els seus lletrats i limitar sense raó legal la seva participació activa en la seva pròpia defensa, de manera que se'n restringeixi innecessàriament aquest dret. Aquest trasllat diari s'efectuarà previsiblement durant diversos mesos, la qual cosa significa una penositat innecessària afegida a les finalitats de la presó provisional".

A partir d'aquesta constatació, s'apel·lava a les autoritats competents perquè consideressin "amb vista a la garantia del dret de defensa i al degut procés, la disposició de mesures alternatives a la privació de llibertat en centre penitenciari de les persones que actualment es troben en presó provisional durant la celebració del judici que s'ha de substanciar en poques setmanes".

Aquesta petició no va ser atesa. Certament, no és un problema privatiu d'aquest cas: altres macrocauses recents han tingut vistes orals extenses en el temps amb persones acusades en presó provisional. Tant en aquest cas com en aquests altres, els horaris de la presó, les sessions maratonianes o les dificultats de comunicació entre defenses i persones acusades suposen una erosió de l'exercici del dret de defensa amb totes les garanties.

**3. L'acusació de rebel·lió també va afectar la presumpció d'innocència.** El requisit de la presumpció d'innocència està reforçat per la Carta de drets fonamentals de la UE, pel Conveni europeu de drets humans (CEDH) i per la jurisprudència del TEDH, que ha estat sempre contundent en aquest sentit. També per la Directiva de la UE sobre presumpció d'innocència (Directiva (UE) 2016/343). Tot i que no es pot fer una anàlisi aquí del que implica aquest requisit del dret de defensa, a tall d'exemple, s'apunta que una de les conseqüències és que les autoritats públiques no es puguin referir a les persones encausades de manera que se'ls pugui considerar culpables mentre no hi hagi una sentència ferma.

Cap d'aquestes garanties es va donar en aquest procés i un altre cop va ser majoritàriament perquè en origen va transcendir que estaven acusats d'un delictes molt greu: el de rebel·lió. I a això s'hi ha de sumar una vulneració reiterada del que estableix l'article 4.1 de la Directiva sobre presumpció d'innocència per diferents autoritats i del que disposa pel que fa a les referències públiques a la culpabilitat:

“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.”

L'STS reconeix (p. 140 i següents) que la secretària d'Estat “Irene Lozano i altres líders polítics” es van referir a les persones acusades com si ja fossin ja culpables. Certament, el TS no pot ser responsable del que diguin altres persones i entitats. Ara bé, sí que li corresponia vetllar pel dret de defensa i la presumpció d'innocència, i la seva actuació en aquest sentit al llarg del procés, no només durant la vista oral, va ser inexistent.

**4. Es vulnera el dret a defensar-se amb la llengua pròpia.** Les defenses van al·legar en diverses ocasions que el dret de defensa comporta el dret a poder defensar-se en la llengua pròpia si és també una de les llengües oficials on resideix la persona que

serà jutjada. Doncs bé, com que van ser acusats de rebel·lió i van ser traslladats al Suprem, i atès que el català no és una de les llengües oficials de la Comunitat Autònoma de Madrid, i el judici té lloc a Madrid, tècnicament no es vulnera cap dret.

En efecte, Espanya ha signat la Carta europea de llengües regionals o minoritàries, de 5 de novembre de 1992, segons la qual cal garantir que cadascú pugui exercir el dret de defensa en la seva llengua pròpia i oficial en la seva comunitat. Els arguments del TS giren al voltant d'aquesta 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 sentència del TS). Per tant, un efecte colateral de la desproporcionada acusació de rebel·lió i de la vulneració del dret al jutge predeterminat per la llei és que les persones jutjades no van poder exercir el dret a emprar la llengua pròpia en la vista oral.

## 2.5. Dret a la legalitat penal (art. 25 CE)

**1.** El dret a la legalitat sancionadora es tradueix en les expressions de *lex praevia*, *lex scripta* i *lex certa*, tal com reiteradament han exigint el Tribunal Constitucional i el Tribunal Europeu de Drets Humans.

La *lex praevia* es compleix amb caràcter general amb una interdicció total de la irretroactivitat penal desfavorable. En el dret continental europeu la *lex scripta* es compleix més que acceptablement: el costum està desterrat com a font del dret sancionador. El problema rau en la *lex stricta*. La llei penal hauria d'evitar clàusules valoratives o termes indeterminats. I, quan n'hi hagi, han de ser interpretats de manera restrictiva pels òrgans judicials encarregats de la interpretació.

D'acord amb la *lex stricta*, l'analogia *in malam partem* està constitucionalment prohibida. Tanmateix, els tribunals i bona part dels penalistes voregen la

indeterminació dels tipus penals o ultrapassen algunes de les seves limitacions literals amb un recurs retòric: no empen l'analogia, però es basen en la interpretació extensiva. Es fa dir a la llei, especialment quan és de contorns lingüístics poc definits, més del que diu, tot utilitzant una interpretació extensiva o desnaturalitzada, constitucionalment no permesa. En aquestes ocasions hom emprà aquesta etiqueta per encobrir una autèntica analogia *in malam partem*.

Aquest és un problema fonamental del tipus de sedició. D'una banda, conté una descripció de comportaments típics excessivament laxa i indeterminada; de l'altra, el Tribunal Suprem no ha corregit aquesta laxitud amb una interpretació restrictiva d'aquests termes, ans al contrari.

2. Els drets fonamentals estan recollits en la norma constitucional, que és la primera norma del sistema jurídic. També els drets reconeguts convencionalment estan per sobre de les lleis orgàniques i ordinàries. Certament, els drets no són il·limitats en els seus contorns, però tampoc no poden ser limitats fins a laminar-los per disposicions infraconstitucionals.

En aquest sentit, convé no oblidar que el Codi penal preveu un delictes que castiga amb pena de suspensió el funcionari que impedeixi l'exercici dels drets cívics, és a dir, de qualsevol dret, fonamental, convencional o d'arrel legal (art. 542 CP). Aquesta previsió de la llei penal dona una idea de la importància dels drets fonamentals per al mateix legislador.

La conseqüència d'un capteniment contrari és la criminalització dels drets. Si els drets no són el límit de la llei i és la llei la que els limita, hi ha una criminalització de l'exercici de drets fonamentals. Tot passa a ser delictes si es preveu en la llei penal, sense matisos, tot oblidant, a més, l'existència d'una causa expressament legal de justificació, com és l'exercici d'un dret (art. 20, 7, CP).

3. Des del punt de vista de la subsumpció, la sentència manca de forma sistemàtica del judici d'inferència. En efecte, els tribunals penals han d'establir els fets provats als quals apliquen els preceptes jurídics. L'òrgan judicial ha de palesar

específicament d'on ha tret els fets que diu provats en el marc del judici oral. Cal, però, explicitar concretament de quins aspectes del judici oral. En conseqüència, ha d'esmentar els vehicles probatoris que ha tingut en compte per acceptar una evidència o excloure-la i ha de valorar motivadament la seva força de convicció. Si ho han de fer els llecs, com ara els membres del jurat popular, amb més raó ho han de fer indeclinablement els jutges professionals.

Forma part indestriable del dret al procés degut que el justiciable (i la ciutadania) pugui saber amb quins criteris, amb quins elements (i amb quins, no) ha arribat el tribunal a tenir per provat el que hagi tingut per provat. El fet que la llei decreti que la prova s'aprecia en consciència (art. 741 LECrim) no vol dir arbitràriament, i menys encara en l'estat constitucional de dret. La motivació corona qualsevol actuació judicial per esdevenir legítima.

En la Sentència 459/2019 no se sap, ni es pot saber, per què el Tribunal ha considerat provats els fets que declara provats. És més, els dits fets provats en la Sentència són plens d'afirmacions sense la més mínima referència probatòria.

Diverses mostres a tall d'exemple. Situar els processats en els fets resulta essencial. Això no es fa i, per tant, no es pot dur a terme la deguda imputació objectiva de les conductes. En tot cas, i deixant de banda les al·lusions, que no els fets provats, amb relació a Dolors Bassa o Carme Forcadell, errònies i manifestament insuficients, el relat de fets provats és summament poc curós.

Així, en primer terme, les relatives als tumults que afirma la resolució del TS que van tenir lloc el més de setembre. L'STS assenyala que es van reunir 21.000 persones davant el Palau de Justícia: afirma un tumult (referit, a més, a una munió de persones pel sol fet d'estar reunides, sense cap especificació de desordres), i no apareix la font probatòria del nombre de gent reunida i manifestant-se. La mobilització del dia anterior, davant la Conselleria d'Economia, a la rambla de Catalunya, es xifra en 40.000 persones, novament sense citar cap font.

És més, literalment, l'STS diu que es va “envoltar” la conselleria esmentada. No sembla ajustat a la realitat. Una persona que no conegui on és a Barcelona la seu d'Economia pensarà que és un edifici aïllat, separat de la resta de construccions, fins i tot podria tractar-se d'una illa de cases sencera. Això és el que suposa *envoltar*: donar la volta a un objecte o persona. A més, com que les paraules no són innocents, *envoltar* fa sensació de setge, la qual cosa augmenta considerablement el dramatisme dels fets.

Davant Economia hi va haver una manifestació que va durar moltes hores, però *davant*, no *al voltant de* l'edifici en qüestió. Tant és així, que a la cruïlla amb la Gran Via es va improvisar un escenari des d'on es van fer actuacions musicals i es van fer diversos parlaments. I no va tancar cap establiment dels voltants (farmàcies, joieries, bancs, teatres, locals de restauració, comerç en general, etc.)

Un altre exemple és quan es parla de les lesions patides l'1-O pels agents policials. Múltiples lesions de diferent gravetat. Uns fets provats no poden suportar aquesta expressió de *múltiples lesions*. Cal fer esment dels informes de primera assistència, de lesions, de tractaments medicoquirúrgics, d'internaments, de rehabilitacions, de seqüeles, etc. Qualsevol sentència mínimament curosa relata amb tot luxe de detalls les lesions, de la mena que siguin. Queda dit que hi van haver múltiples lesions, però no consta enlloc ni qui les va partir ni amb quina intensitat ni quins van ser els remeis mèdics aplicats.

4. Centrant-nos en l'element de l'autoria, la sedició és un delictes grupal, és un delictes de concurrència d'actuacions, ja ho diu la llei “els qui”. Una sedició o una rebel·lió juridicopenalment són delictes que requereixen una coordinació de planificació i d'esforços que cal individualitzar i jerarquitzar en els fets provats, per imputar-los objectivament i individualment en sentit juridicopenal a cadascun dels implicats. Sense organització, per matussera que sigui, no hi ha aquests delictes. I d'aquesta organització, se n'ha de deixar constància en els fets provats. Tota la Sentència manca de l'exposició d'un pla i de coordinació de funcions entre

els que més tard han estat condemnats. Com no eren ni en l'Enfocats (document anònim i sense data, però anterior al 2016) ni a la Moleskine (que no va ser ratificada pel seu hipotètic autor al judici), són documents que no han pogut provar res. En qualsevol cas, no es van aportar indicis o proves perifèriques respecte de l'organització i el repartiment de funcions.

Segurament, com es devia trobar amb molta dificultat per articular una autoria material, l'STS recorre, en dues ocasions, a l'etiqueta de l'autoria mediata. Aquesta figura, només citada i no atribuïda a ningú, suposa que l'home o la dona de darrere se serveix d'altres persones com a instrument per cometre el delictes. Però per a això hi ha d'haver una connexió entre l'autor real, ocult, i l'autor instrumental, que ha de fer l'acció típica; en aquest cas, alçar-se. Les connexions entre autor real i executor establertes per doctrina i jurisprudència són quatre. Servir-se d'un instrument sense acció (llençar algú per la finestra perquè, en caure sobre qui es vol matar, el mati); servir-se d'un instrument justificat (denunciar falsament algú a qui la policia, en compliment del seu deure, deté); servir-se d'un instrument dolós no qualificat (utilitzar un altre perquè sostregui una cosa i la lliuri a qui ha dissenyat el pla), i, finalment, servir-se d'una estructura de poder (la maquinària assassina de les SS).

Cap dels quatre grups concorre en aquest cas perquè 1) ningú no es va alçar (així ho ho reconeix l'STS) i 2) l'actitud de la ciutadania l'1-O no encaixa en cap dels quatre supòsits esmentats, fos quina fos la intenció dels processats. I és més: la resolució del TS empra dos cops el terme d'*autoria mediata*, a títol retòric, més aviat com a sinònim d'autoria moral, que no és una autoria penalment rellevant, i no enriqueix cap especificitat de les quatre vies assenyades ni el comportament dels processats ni el dels ciutadans. Som, un cop més, davant una altra infracció del dret a la legalitat sancionadora pel fet de no identificar l'autoria en el cas concret.

Aleshores, per justificar la coautoria grupal, l'STC afirma que els processats es van servir d'un engany col·lectiu. Això ho reiteren diverses vegades al llarg del text



condemnatori (engany col·lectiu: fent-los creure la legitimitat de la seva acció o tot abusant de la bona fe). Aquest forçament lingüístic xoca contra un problema: per apreciar rebel·lió o sedició seria el primer cas en la història que deu o quinze persones, els processats, duen a terme un delictes d'alçament mitjançant l'engany de dos milions llarg de persones, sense violència sobre elles, sense cap mena d'intimidació, sense cap mena de pressió.

## 2.6. Dret a una resolució raonada i raonable (art. 24.1 CE)

La Sentència 459/2019 té un impacte negatiu en un dels continguts més rellevants del dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24.1 CE, reconegut reiteradament pel TC: el dret a obtenir una resolució judicial raonada en la qual, a més, el raonament parteixi de premisses que no incorrin en errors patents i que el procés d'inferència seguit no contingui contradiccions lògiques, és a dir, que sigui raonable o no arbitrària.

En efecte, alguns dels continguts de la Sentència 459/2019 conculquen aquest dret a obtenir una resolució judicial raonada i raonable, bé perquè contenen errors materials patents, bé per manca de motivació o bé perquè segueixen un raonament il·lògic o incongruent, des de la perspectiva de la lògica ordinària, amb independència de la seva valoració jurídica.

No s'abundarà en la perspectiva dels errors materials patents en les premisses del raonament de l'STS, però no es pot deixar d'esmentar, a tall d'exemple, la declaració que Dolors Bassa, a més de consellera de Treball, també era "per delegació" consellera d'Ensenyament i que, com a conseqüència, se li imputi la cessió de centres educatius dependent de la Conselleria d'Ensenyament per ser emprats com a col·legis electorals l'1 d'octubre.

Des de la perspectiva de la motivació i la raonabilitat, es poden fer esment de diverses incongruències i faltes de motivació de la Sentència 459/2019.

1. L'STS no motiva i incorre en incongruències a l'hora d'adoptar dues decisions tan

fonamentals com ara, d'una banda, la identificació de les conductes que conformen l'acció penalitzada pel tipus penal de sedició, l'alçament tumultuari; i, d'altra banda, la identificació del bé jurídic objecte de protecció en aquest enunciat normatiu.

Pel que fa als comportaments típics del delictes de sedició, l'STS, en fer el judici de tipicitat –i, més concretament, en referir-se als fets constitutius del delictes de sedició–, tot i que de manera confusa i emprant com a descriptors de l'acció típica una pluralitat de termes i expressions pretesament sinònimes, considera que les accions d'alçament tumultuari als efectes del delictes de sedició són concentracions, reunions, aglomeracions, mobilitzacions multitudinàries i generalitzades de persones que, mitjançant actituds no necessàriament violentes o insurreccionals, sinó hostils, intimidatòries, obstruccionistes, de resistència pacífica o no violenta, fins i tot de "negativa verbalitzada de forma vehement", impedeixen o "dificulten" (sic) als agents de l'autoritat –judicial, forces d'ordre públic, etc.– l'exercici "normal" (sic) de les funcions que tenen encomanades.

Tanmateix, sense motivació i en contradicció amb aquesta premissa, al llarg de la Sentència s'inclouen com accions o comportaments típics altres comportaments totalment desconnectats d'aquesta definició d'alçament tumultuari. Són els casos, per exemple, de l'admissió a tràmit d'una proposició de llei o d'una resolució per ser debatuda i votada en el Ple del Parlament, l'aprovació de lleis com les de transitorietat jurídica o de referèndum, o la promoció o convocatòria d'un referèndum declarat il·legal pel TC.

Aquestes accions poden estar relacionades amb allò que l'STS denomina la creació d'una legalitat paral·lela a la vigent o amb la desobediència a determinades decisions judicials, però no tenen res a veure amb una aglomeració multitudinària impeditiva de l'acció d'agents de l'autoritat i, en conseqüència, la seva inclusió en el tipus penal de sedició es pot considerar incongruent o, com a mínim, mancada de motivació, amb la definició de l'acció delictiva de la qual diu partir l'STS.

El mateix es pot dir del bé jurídic protegit pel tipus penal de sedició, que, de fet, és un vessant complementari del que s'acaba d'exposar. L'STS, tot i que també aquí segueix un raonament confús, s'acaba decantant per la tesi que el bé protegit pel delictes de sedició és la preservació de l'ordre públic. Això no obstant, al llarg de la Sentència, de manera incongruent amb aquesta premissa, i en tot cas sense motivació, s'hi afegeixen reiteradament com a béns protegits per aquest delictes la protecció de l'ordre constitucional –propi dels delictes contra la Constitució– i l'obediència a les decisions del TC o del TSJC.

En efecte, són molt nombroses les ocasions en què la *ratio decidendi* de la sentència, a l'hora de definir les accions típiques del delictes de sedició i de determinar el bé jurídic protegit, fa cas omís del concepte de l'alçament tumultuari esmentat anteriorment i, sense motivar aquesta desconexió, considera comportaments sediciosos:

- D'una banda, “la creació d'una normativa manifestament incompetent” (p. 314), la “creació d'una legalitat paral·lela de caràcter constituent, que té com a objectiu posar en crisi l'ordre constitucional vigent”, “polvoritzar el pacte constitucional” (242), “modificar la Constitució fora de les vies constitucionals”, “el desafiament a la legalitat constitucional (316), “abanderar la derogació de facto dels principis constitucionals”, “l'atac a les bases constitucionals del sistema” (247), “l'aniquilació del pacte constitucional” (241).
- I, d'altra banda, un conjunt de comportaments caracteritzats per desobeir decisions judicials, especialment del TC. Així, arriba a dir coses com ara “la sedició no és una altra cosa que una desobediència tumultuària, col·lectiva i acompanyada de resistència o força davant les decisions judicials” (p. 396) o “la rebel·lia davant pronunciaments judicials concrets” (p. 395). De fet, l'STS assenyala que “no es criminalitza la protesta, sinó el no-acatament d'unes decisions judicials del TC i del TSJC” (p. 391 i 392), ni es criminalitza la convocatòria d'un referèndum, sinó la “d'un referèndum judicialment prohibit” (p. 339). En el cas de la presidenta del Parlament, Carme Forcadell, després que l'STS declarés que en permetre la votació de les denominades lleis de

desconnexió havia desbordat l'espai funcional del seu càrrec (p. 316) amb “infracció” del Reglament de la càmera (p. 385), conclou que “el decisiu va ser que no va impedir que es votessin resolucions obertament contràries al que havia declarat TC” (p. 327). És més, l'STS posa un èmfasi molt especial a destacar que el que es criminalitza és la finalitat perseguida pels acusats de “fer evident que la justícia espanyola no podia executar les seves legítimes decisions a Catalunya (p. 383), ja que allò que es pretenia era “desprestigiar la justícia davant la ciutadania”.

En definitiva, en l'STS el que es pretén protegir amb el delictes de sedició, més enllà de l'ordre públic, és l'ordre constitucional i, de manera molt especial, l'obediència a les resolucions del poder judicial. De fet, malgrat que l'STS declara que la desobediència queda “absorbida” pel delictes de sedició, en realitat el que fa és convertir la desobediència en l'element estructural fonamental del tipus penal de sedició: convertir la desobediència en sedició i la sedició en un delictes essencialment de desobediència.

2. També es pot considerar que hi ha una manca de motivació en la major part de passatges de l'STS en què s'analitza si concorre l'exercici de drets fonamentals de les persones acusades com a causa d'exoneració total o parcial de la tipicitat. En diverses ocasions, la Sala accepta d'entrada, com a premissa del seu raonament, que els drets fonamentals s'han de tenir en compte a l'hora de delimitar el contingut dels tipus penals i d'aplicar-los als casos concrets enjudiciats (“la declaració d'autoria d'un delictes de sedició [...] només pot ser admissible després d'un acurat exercici de ponderació dels límits del dret de reunió” p. 377).

Tanmateix, amb molta freqüència, de manera contradictòria amb aquesta premissa, després d'enunciar-la, la deixa de banda: no fa aquesta ponderació i es limita a comprovar si el comportament o l'acció enjudiciada és subsumible en abstracte en un tipus penal. I, si entén que és així amb un clar argument circular que fa premissa de la qüestió plantejada, considera que no és necessari entrar en la ponderació de la concurrència del dret fonamental afectat. Per a la Sentència sembla que, un cop el Codi penal tipifica una conducta com a delictiva,

el tipus penal adquireix una autonomia conceptual absoluta respecte dels drets constitucionals, que deixen d'irradiar els seus efectes sobre la interpretació i l'aplicació dels preceptes penals, que estan dotats d'una naturalesa infraconstitucional.

En tot cas, és a partir de la suma incoherent de béns jurídics diferents i de comportaments típics desconectats de la idea d'alçament que l'STS aplica un delictes tan greu com el de sedició i condemna amb penes tan desproporcionades com de nou a tretze anys de privació de llibertat.

Són exemples d'aquesta manera de procedir, entre d'altres, l'afirmació de l'STS (p. 394), segons la qual “quan per exterioritzar les pròpies opinions [...] es vulneren preceptes penals no es pot buscar l'aixopluc del dret fonamental alterant-ne conscientment el contingut essencial” i rebla “mai la protesta o la dissidència no podrà justificar la inequívoca comissió de fets penals”. O quan en analitzar dret a la representació política declara que “l'exercici d'un càrrec polític no legitima accions en clara oposició a béns jurídics tutelats penalment”. O quan s'afirma que no es penalitza una protesta, però que allò que la Constitució no pot tolerar és el no-acatament d'una decisió d'un tribunal (p. 391).

De fet, només en un cas, d'entitat menor, l'STS fa efectivament la ponderació de la concurrència d'un dret fonamental. Concretament, en la pàgina 427, es declara que el pagament de les despeses d'unes conferències en què s'havia defensat l'autodeterminació i la independència no es podien incloure en el delictes de malversació, ja que en aquest cas la conducta quedava exonerada de la tipicitat pel fet de tractar-se de l'exercici del dret fonamental a la llibertat ideològica.

En la resta de casos, la manca de motivació i la petició de principi és tan radical que es pot afirmar que l'STS no solament vulnera els drets fonamentals al·legats, sinó també el dret a obtenir una resolució judicial raonada i raonable de l'article 24.1 CE.

3. Resulta lògicament incongruent condemnar les persones acusades pel fet d'aprovar lleis o de promoure i permetre'n l'aprovació amb l'argument que amb aquestes conductes es pretenia crear una

legislació paral·lela que tenia per objectiu posar en crisi l'ordre constitucional i fer-ho després d'haver declarat provada: a) la insuficiència absoluta tant dels actes realitzats i com dels programats [...] per derogar la Constitució espanyola en el territori català (p. 268); i b) que la finalitat dels acusats “no era [...] l'efectiva instauració del règim jurídic [previst en les lleis de desconexió: de transitorietat i de referèndum], sinó de convèncer el Govern d'Espanya perquè negociés”.

És contradictori condemnar amb l'argument que les lleis aprovades atemptaven contra l'ordre constitucional i concloure que “resulta exclòs un element essencial del tipus penal [...], és a dir, que [la independència] i la derogació constitucional siguin la veritable finalitat de l'alçament” (p. 274), sobretot si s'afegeix a l'STS la constatació que les lleis esmentades mai no es van arribar aplicar, que “n'hi va haver prou amb una decisió de TC per desposseir-les (les lleis de desconexió) d'executivitat d'immediata i que “la conjura va ser avortada amb la mera exhibició d'unes pàgines en el BOE que publicaven l'aplicació de l'article 155 CE” (p. 269).

El mateix es pot dir respecte del motiu de condemna basat en els actes de promoció i de convocatòria del referèndum de l'1 d'octubre amb relació als quals la mateixa Sentència recorda, d'entrada, com a fet provat, l'Acord 90/2017, de la Junta Electoral Central, que diu: “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). Més endavant, declara que la “consulta en cap cas convertia la comunitat catalana en un estat sobirà” i, més explícitament afegeix, que la consulta era un simple “artifici”, que era clara la inviabilitat dels resultats, que estaven mancats “d'una efectiva funcionalitat per a la instauració real d'una república” i que, en realitat, l'única cosa que pretenien els acusats era aconseguir un pacte amb el Govern de l'Estat (p. 358).

I no es pot contraargumentar que allò que es condemna és simplement el risc

potencial de vulneració de l'ordre constitucional de l'aprovació d'aquestes lleis, ja que, malgrat que la sedició es configuri com un delictes de risc i de resultat tallat, la mateixa sentència exigeix que el risc sigui un risc real, objectivament operatiu, i declara que en aquest cas aquest risc no existia, ja que era només un "somniaig" (ensoñación) (p. 270). Es reconeix que les lleis de desconnexió mai no van arribar a impedir l'aplicació de les lleis vigents i es va més lluny: s'afirma que aquesta no era la finalitat perseguida pels acusats, ja que el seu "objectiu era la pressió política que pretenien exercir sobre el Govern de l'Estat" (271) .

En suma, si es declara en l'STS que els mitjans emprats o programats no permetien posar efectivament en qüestió el funcionament de l'Estat democràtic del dret, com exigeix la mateixa Sentència, no eren viables per inaplicar l'ordre constitucional i s'afegeix que, a més, no eren aquestes les finalitats perseguides, resulta irraonable concloure el raonament amb una condemna amb penes de nou a tretze anys de privació de llibertat.

4. En fer el judici de tipicitat del delictes de rebel·lió no és coherent afirmar que no hi va haver violència "preordenada de forma directa, sense passes intermèdies" (p. 267), ja que de les declaracions dels dirigents independentistes se'n dedueix que allò que es pretenia era únicament arribar a un acord amb l'Estat, i aquest fet (el pacte, que tenia "com a condició sine qua non [la realització] d'actes protagonitzats per tercers –el Govern espanyol–, cosa que exclouria la programació de la violència", p. 273), no és congruent amb l'afirmació que la resistència pacífica del delictes de sedició sí que estava dissenyada des del any 2012, malgrat que en aquest cas l'objectiu perseguit també era el pacte amb l'Estat.

Segons la Sentència, la programació de l'estratègia de resistència devia començar com a mínim l'any 2012, com ho demostrarien els discursos dels dirigents d'Òmnium Cultural i Assemblea Nacional

de Catalunya pronunciats en la cloenda de les manifestacions de l'11 de setembre d'aquests anys 2012 i 2013 o en el full de ruta de Junts pel Sí de l'any 2015. Amb tot, l'STS no posa de manifest cap planificació estratègica de violència intimidatòria.

5. No s'ajusta a la lògica ordinària declarar que en aplicar el delictes de sedició als acusats no es conculca el seu dret de reunió i manifestació, ja que les persones que van participar en les mobilitzacions del 20 de setembre i de l'1 d'octubre no se'ls va condemnar per fer "actes de protesta" ni per votar. Així ho demostraria, assenyala la Sentència, el fet que cap dels manifestants o votants va ser presentat davant d'un jutjat ni sancionat governativament. És un raonament il·lògic perquè vol provar més del que pot provar: que no se'ls hagi acusat prova que per aquest motiu (la falta d'acusació) no se'ls ha pogut condemnar, però no prova que no haguessin pogut ser condemnats per sedició, en aquell moment o en el futur, si se'ls hagués acusat.

És igualment incongruent l'argument emprat per l'STS segons el qual als acusats no se'ls condemna per haver-se mobilitzat en actes de protesta o per haver votat, sinó per promoure la mobilització i la votació. Sense més motivació, l'argument cau en l'absurd de penalitzar els promotors d'una activitat, mentre que a les persones que la fan no se les criminalitza. És un cas curiós d'alçament tumultuari protagonitzat només per nou persones.

6. S'hi podrien afegir altres casos de manca de motivació o d'irraonabilitat en la Sentència 459/2019. N'és un altre exemple el fet que davant l'al·legació de les defenses que a l'hora d'aplicar el tipus penal de sedició s'havia de tenir en compte que la convocatòria d'un referèndum havia quedat despenalitzada, la Sentència es limita a manifestar que això només afectava els referèndums convocats sense tenir competència per fer-ho, sense ponderar, per exemple, la previsibilitat per part dels acusats d'aquesta subtil precisió.

### 3. AFECTACIONS GENERALS DE LA SENTÈNCIA 459/2019 ALS DRETS FONAMENTALS I LA SEPARACIÓ DE PODERS

#### 3.1. Els drets de reunió i manifestació i la llibertat d'expressió després de la Sentència

La interpretació que fa la Sentència 459/2019 del delictes de sedició i la manera en què l'aplica als processats en aquesta causa per condemnar-los per aquest delictes afecten no només els drets fonamentals a la lliure expressió i a la llibertat de manifestació de les persones condemnades, sinó que suposen un risc de limitació molt greu d'aquestes llibertats en el context de futures protestes socials i ciutadanes.

En efecte, el delictes de sedició previst en l'article 544 del Codi penal (CP) conté quatre elements bàsics: (i) l'alçament, com acció típica, (ii) de caràcter públic i tumultuari; (iii) realitzat amb la finalitat d'impedir l'aplicació de les lleis, l'exercici legítim de les seves funcions a les autoritats o els funcionaris públics o el compliment dels seus acords o de les resolucions administratives o judicials", (iv) per mitjà de la força o fora de les vies legals. En l'aplicació del tipus penal, aquests quatre elements estan estretament relacionats entre si, però resulta convenient, per determinar-ne l'abast, examinar de manera diferenciada la interpretació que en fa el Tribunal Suprem.

**1. L'alçament tumultuari.** Respecte dels dos primers elements, que identifiquen i qualifiquen l'acció típica (alçar-se de manera pública i tumultuària), l'STS pràcticament no els defineix ni els analitza amb relació concreta als fets que constitueixen la base de la condemna per sedició (la mobilització del dia 20 de setembre de 2017 davant la seu del Departament d'Economia i Finances de la Generalitat i el referèndum del dia 1 d'octubre de 2017, tot i que també, en el cas de Forcadell, el TS al·ludeix a la manifestació del dia 21 de setembre de 2017 davant de la seu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya).

La Sentència, en efecte, parla d'"alçament col·lectiu" o d'"alçament públic i tumultuari", o fins i tot en algun cas d'"insurrecció", tant

per referir-se als fets del 20-S i de l'1-O com també a les crides a la mobilització, que, segons la mateixa Sentència, van dirigir els condemnats a la població, però en cap cas estableix un concepte específic d'alçament que el pugui distingir d'altres tipus de manifestacions o de concentracions.

D'altra banda, respecte del qualificatiu *tumultuari*, que el tipus penal exigeix a l'acció d'alçar-se, el TS conclou que significa "oberta hostilitat" i hi afegeix un contingut d'hostilitat i de violència "que no ha de ser física ni comportar l'ús de la força", i que s'ha d'exterioritzar mitjançant "actituds intimidatòries, esporuguidores, injurioses, etc.". Per al TS, només així es pot distingir la sedició "de la pacífica oposició col·lectiva a l'execució de les lleis o a l'exercici de la funció pública fora del sistema legal de recursos o procediments de reclamació o de disconformitat que la llei arbitri o prescrigui" (p. 281).

Els altres elements del delictes de sedició que el TS inclou aquí (la finalitat de l'alçament, en termes d'oposició a l'execució de les lleis o a l'exercici de la funció pública, i el mode de produir-se, fora de les vies legals) s'analitzaran a continuació, de manera específica. És important destacar que per al TS l'alçament –sigui el que sigui–tumultuari no requereix violència ni força física, sinó que tingui un efecte intimidatori, esporuguidor o injuriós (sense considerar l'afegitó de l'etcètera que utilitza el raonament que el TS diu que assumeix com a propi) i deixa la porta oberta a altres circumstàncies d'una manera tan imprecisa i flexible que resulta difícilment compatible amb el necessari caràcter estricte que ha de presidir la interpretació de la llei penal).

El problema greu que presenta aquesta concepció rau en el fet que, mentre que la força i la violència són accions objectives que es poden imputar als autors, els efectes intimidatoris, esporuguidors o injuriosos no fan referència a accions, sinó a percepcions subjectives de les persones afectades per la mobilització, que poden tenir, naturalment, nivells de sensibilitat molt diferents. D'altra banda, és molt difícil imaginar que una mobilització massiva pugui causar un efecte intimidatori real si no utilitza violència o força. El caràcter massiu d'una mobilització, per si mateix, i encara més si es desenvolupa

pacíficament, no pot ser en cap cas motiu per atribuir-li un efecte intimidatori. Si això fos així, qualsevol protesta massiva podria entrar en aquesta categoria.

Aquesta concepció de l'alçament tumultuari pot afectar, a més, el dret a la legalitat penal (art. 25.1 CE i art. 7 CEDH), com s'ha vist en l'apartat anterior.

**2. La finalitat de l'alçament.** L'element clau que utilitza el TS per definir la sedició i que li permet distingir-la d'altres delictes que limiten el dret de reunió i manifestació, com ara els de desordres públics, és la seva finalitat (p. 277): impedir el compliment de les lleis, l'exercici per part de les autoritats i els funcionaris de les seves funcions, o, en el cas específic de la Sentència, el compliment de les resolucions judicials. Una de les qüestions més destacables de l'STS és que el TS fa, precisament, una interpretació extensiva d'aquesta finalitat, tant amb relació a la definició del tipus (finalitat típica) com també, després, en la seva valoració en el cas concret (per subsumir els fets en el delictes de sedició).

Respecte de la finalitat típica del delictes de sedició, i malgrat que el TS reconeix en algun moment, en una interpretació estricta de l'article 544 CP, que la sedició “es consuma per l'impediment per la força o fora de les vies legals a donar compliment a una ordre judicial” (p. 382), sosté en general que la simple resistència, fins i tot per mitjans no violents, a l'actuació de la policia per fer complir una ordre judicial “és per si sola apta i idònia per satisfer les exigències típiques del delictes de sedició” (p. 283). En la seva apreciació, a més, l'STS rebaixa la finalitat perseguida, amb independència de la seva consumació o dels seus efectes, a la d'una mera obstaculització de l'acció judicial. Així, en efecte, al·ludeix al fet que es va convocar una multitud de persones amb la finalitat “d'obstaculitzar” el compliment d'una resolució judicial (p. 247). D'aquesta manera, la finalitat de la sedició fa un salt qualitatiu i passa d'“impedir” a “obstaculitzar”, de manera que es produeix una ampliació de la finalitat típica que permet enquibir una mobilització en el delictes de sedició.

Segons l'STS, aquesta obstaculització s'ha de projectar sobre el funcionament normal

de les institucions i dels serveis públics, en general, o de l'execució de les ordres judicials, en particular (p. 277, entre d'altres). Aquest seria el concepte de *ordre públic* que, en opinió del TS, protegiria el delictes de sedició. Aquesta concepció de l'ordre públic, no obstant això, l'acosta al concepte que sostenia la Llei d'ordre públic de 1959, que el definia com el “normal funcionament de les institucions públiques i privades”, i l'allunya, en canvi, d'una concepció centrada en la protecció de les persones i els béns i del manteniment de la tranquil·litat ciutadana, necessària per garantir el lliure exercici dels drets, com és la que se sosté actualment, fins i tot en una llei com la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana, que ha estat criticada pel Síndic en diversos aspectes.

La interpretació extensiva de la finalitat també es fa en el moment de valorar els fets enjudiciats en el cas concret, les mobilitzacions del 20-S i de l'1-O, per subsumir-los en el tipus penal de la sedició. Es produeix aquí una confusió entre la finalitat d'aquestes accions i els seus efectes o conseqüències. És clar, en efecte, que la finalitat de l'1 d'octubre era celebrar un referèndum i que la mobilització ciutadana es va produir per fer-lo possible, malgrat, certament, les resolucions judicials en contra, i que la del 20 de setembre era protestar per unes detencions i uns escorcolls que es consideraven injustos, però no pas impedir-los, com mostren els fets succeïts davant la seu del Departament d'Economia.

Aquesta confusió entre la finalitat de la mobilització i les conseqüències que pugui tenir, i més quan, com en els casos enjudiciats, deriven del seu caràcter massiu i no pas d'actituds violentes, pot conduir a criminalitzar actes de protesta, especialment quan, per raó del seu caràcter massiu –la qual cosa indica més aviat un alt grau de participació ciutadana en la protesta— puguin tenir com efecte obstaculitzar el funcionament normal de les institucions i dels serveis públics, incloent-hi l'execució de resolucions judicials.

El perill que es produeixi aquesta circumstància fa que sigui aconsellable revisar profundament el delictes de sedició

tal com està tipificat en el Codi penal actual, que és una relíquia del passat, i plantejar-se fins i tot de suprimir-lo. Ja hi ha límits penals als drets de reunió i de manifestació, com ara els delictes de manifestació il·lícita (art. 513 i 514 CP), atemptat a l'autoritat, resistència i desobediència (art. 550 i seg. CP) i desordres públics (art. 557 i seg. CP), que protegeixen de manera concreta i suficient els béns jurídics que poden resultar afectats per les reunions i les manifestacions, sense necessitat d'un tipus penal tan obert i confús, interpretat, a més, de la manera extensiva en què ho fa el TS i que comporta conseqüències penals tan greus.

**3. El mode: ús de la força o fora de les vies legals.** Segons el tipus penal, perquè hi hagi sedició, és necessari, a més, que l'alçament tumultuari que pretén la finalitat típica es produeixi “per la força o fora de les vies legals”. Aquest és un element clau del delicte de sedició respecte del qual el TS fa una interpretació que no només és molt laxa i extensiva, sinó que n'evita la ponderació amb el dret fonamental de reunió i manifestació com a via legal i que, sens dubte, és l'exercici d'un dret.

En primer lloc, en efecte, el TS assenyala que no cal violència física, sinó una actitud intimidatòria, injuriosa o d'esporguiment (p. 281), i equipara la resistència, fins i tot la no violenta, a força i intimidació (p. 393). Com ja s'ha dit, aquestes circumstàncies constitueixen apreciacions subjectives per part de qui se sent interpel·lat o afectat per la mobilització (que se sentirà intimidat, injuriat o esporguit) més que accions objectives (com ara l'exercici de la força o la violència) que es puguin atribuir als autors del delicte. El nivell d'intimidació, d'injúria o d'esporguiment pot ser naturalment molt diferent segons cada persona i cada circumstància, i no serveix per mesurar i qualificar objectivament la conducta imputable als autors, i menys encara quan les conseqüències penals són de tanta gravetat com en el delicte de sedició.

El TS equipara la resistència, fins i tot en el cas que sigui no violenta, a força i intimidació (p. 393). En aquest cas, es penalitza el caràcter massiu de la mobilització i fins i tot el seu caràcter pacífic (amb actituds de resistència no

violenta), quan tenen com a efecte, com va succeir el dia 1-O, que la policia no pugui executar plenament una resolució judicial (en aquell cas, impedir el referèndum). Segons el TS, la simple negativa verbalitzada a deixar que actués la policia per impedir la votació ja constituïria un delicte de sedició (p. 283), i considera que, atesa la gran concentració de persones que sense violència va provocar que la policia hagués de “claudicar” en la seva missió, ja s'estava emprant la “força” que exigeix el tipus penal. Aquesta interpretació amplia enormement l'àmbit de la sedició i fa que s'hi puguin incloure mobilitzacions massives de persones que no fan cap acte de violència.

Aquest risc no queda conjurat pel fet que el TS circumscriu l'abast d'aquesta interpretació a mobilitzacions d'àmbit territorial general, caràcter massiu i amb un element de planificació prèvia. Incidents puntuals en el marc d'una vaga general amb un ampli seguiment o al voltant de mobilitzacions d'una plataforma d'abast nacional com la PAH podrien incórrer, segons aquesta jurisprudència, en el tipus de sedició.

I, en segon lloc, l'STS obvia examinar el mitjà alternatiu consistent a actuar “fora de les vies legals” extraient-ne les conseqüències oportunes. Com ja s'ha indicat, el TS considera que la mobilització té un caràcter tumultuari quan, sense necessitat de violència física o de fer ús de la força, té un efecte intimidatori o esporguidor (amb els problemes que s'han indicat), la qual cosa la converteix en “hostil i violenta” (p. 281), i que és això el que la distingeix de “la pacífica oposició col·lectiva a l'execució de les lleis o a l'exercici de la funció pública fora del sistema legal de recursos o procediments de reclamació o de disconformitat que la llei arbitri o prescriu” (p. 281). A banda d'aquesta equiparació entre efecte (subjectiu) intimidatori i violència, el TS no fa cap raonament específic sobre el sentit que pugui tenir el terme *vies legals* que utilitza l'article 544 CP, que ha d'incloure necessàriament l'exercici de drets fonamentals –en aquest cas, el dret de manifestació (art. 21 CE i CEDH), la qual cosa l'hauria de portar a ponderar específicament els fets encausats amb l'exercici d'aquest dret, considerant si se

n'han infringit o vulnerat els límits. Hauria de resultar clar que actualment les vies legals no són només els recursos i les reclamacions que preveu la llei, sinó que inclouen l'exercici de drets fonamentals. L'expressió “fora de les vies legals” ja figurava en el delictes de sedició que tipificava el Codi penal de 1973 (art. 218) i també en el de 1944 (art. 218). Tot i així, és obvi que, malgrat que la lletra sigui la mateixa, aquesta expressió no pot tenir el mateix sentit en la dictadura franquista que en l'actualitat. El terme *vies legals* avui dia ha d'incloure, necessàriament, l'exercici de drets fonamentals.

**4. La necessària ponderació respecte dels drets fonamentals i la desproporció de la Sentència 459/2019.** Aquesta consideració hauria d'haver conduït el TS a una ponderació respecte dels drets fonamentals, per valorar si els fets –les mobilitzacions dels dies 20-S i 1-O– constituïen l'exercici de drets fonamentals, i especialment dels drets de reunió i de manifestació, examinant si se n'havien ultrapassat alguns dels límits. El TS, malgrat que tracta el dret de reunió i manifestació en resoldre les qüestions prèvies relatives a les eventuais vulneracions de drets fonamentals, com una possible causa d'exclusió de l'antijuridicitat (p. 244 i seg.), no entra en cap moment a valorar de manera concreta i específica si els fets enjudiciats podrien estar emparats per aquest dret o si, per contra, es tractava d'un exercici il·legítim que havia ultrapassat alguns dels seus límits (establerts en la Constitució directament, art. 21 CE –pacífica i sense armes–, i en el CEDH, art. 11, i concretats en l'àmbit penal –ponderant altres béns jurídics que mereixen protecció– per diversos tipus delictius, ja vistos).

Un altre cop, la finalitat d'aquestes mobilitzacions, suposada i interpretada, a més, d'un manera molt laxa, és l'element clau que utilitza el TS per descartar, de ple i sense cap anàlisi ulterior, que es pugui tractar d'una actuació emparada pel dret de manifestació. És més, el TS, amb una defensa molt encesa però en abstracte del dret de manifestació, rebutja expressament fer aquesta valoració (p. 245) i diu que cap dels ciutadans que van participar en aquestes manifestacions, i ni tan sols Jordi Sánchez i Jordi Cuixart, han estat acusats d'un delictes de reunió o de manifestació

il·lícita. Certament, no, però Sánchez i Cuixart –i les altres persones enjudiciades en aquesta causa– han estat acusats i condemnats per un delictes de sedició, amb penes molt més greus, per haver participat en aquestes mateixes manifestacions i haver-les promogut. L'argument del TS és circular i torna a posar en el centre la finalitat de les mobilitzacions:

“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 multitud 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)

D'aquesta manera, el TS, malgrat la seves al·lusions al dret de manifestació, en cap moment se situa en la perspectiva dels drets fonamentals, sinó que pren en consideració exclusivament la llei penal. No fa una ponderació dels fets respecte del dret de reunió i de manifestació, segons el criteri àmpliament assentat en la jurisprudència constitucional i del Tribunal Europeu de Drets Humans, que apliquen un test de proporcionalitat per valorar les mesures restrictives o que suposen una ingerència en els drets fonamentals.

En aquest cas, el mateix delictes de sedició, i la seva aplicació als fets d'aquesta causa, hauria d'haver estat examinat des del punt de vista de la justificació de la seva finalitat, la seva idoneïtat i necessitat i, de manera especial, la seva proporcionalitat en sentit estricte, atesa la gravetat de les penes que comporta la seva aplicació amb relació a les que corresponen per altres delictes que també limiten les manifestacions il·legals o protegeixen l'ordre públic (que és la categoria de delictes en què s'inclou en el Codi penal vigent la sedició, a diferència dels codis anteriors, en què s'inclouïa en els delictes contra la seguretat de l'Estat).

Pel que fa a la desproporció de les penes, destaca de manera molt notòria, en efecte, que, mentre que el delictes de manifestació il·legal (per manifestacions amb finalitats delictives o amb armes o explosius) està



castigat amb penes d'un a tres anys de presó; el delictes de desordres públics, amb penes de sis mesos a sis anys (en els casos més greus, quan es porten armes o s'executen actes de violència que posin en perill la vida de les persones), i el delictes d'atemptat i resistència a l'autoritat, amb penes d'un a sis anys (en els casos més greus), el delictes de sedició –que es configura en la legislació vigent com un delictes d'ordre públic– es castiga amb penes de vuit a quinze anys de presó.

La desproporció de la pena per aquest delictes respecte dels altres en matèria d'ordre públic (que comporten, per exemple, l'ús d'armes i explosius o posen en perill la vida de les persones, circumstàncies que mai es van produir en els fets jutjats en aquesta causa) és evident, la qual cosa hauria de fer que la seva aplicació encara fos més estricta, i la ponderació dels fets respecte dels drets fonamentals, encara més necessària. En aquest sentit, val la pena recordar que el Tribunal Constitucional ha donat empara i ha anul·lat condemnes penals basant-se exclusivament en la desproporció de la pena imposada, com en el cas de la Sentència 136/1999.

Finalment, la ponderació dels drets fonamentals amb relació als fets encausats també hauria de prendre en consideració la concurrència de la llibertat d'expressió (art. 20 CE i art. 10 CEDH). El TEDH ha posat en relleu l'estreta vinculació entre aquests dos drets fonamentals, que són elements essencials per a la formació d'una opinió pública lliure, que és al seu torn pilar fonamental de la societat democràtica, i ha entès que sovint els drets de reunió i de manifestació es presenten com una garantia instrumental de la llibertat d'expressió o, en general, de comunicació. Malgrat que el dret de reunió sigui llei especial respecte de la llibertat de comunicació– i que, per tant, s'apliqui amb preferència a aquesta darrera en la ponderació que correspongui fer– en els fets encausats en la Sentència objecte d'aquest informe també s'ha de considerar la llibertat d'expressió, ja que les mobilitzacions que s'acaben criminalitzant com a sedició estan clarament animades per una reivindicació política, que és legítima. Si és veritat que la Constitució no estableix un model de democràcia militant, com ha assenyalat el TC en repetides

ocasions, i es vol actuar en conseqüència, la finalitat política que actua com motor de les mobilitzacions s'hauria de tenir en compte com una manifestació de la llibertat d'expressió i, per tant, també s'haurien de valorar d'acord amb aquest dret fonamental i no prendre en consideració, només, els efectes obstructius de les resolucions dels tribunals que hagi pogut causar el seu caràcter massiu.

En síntesi, de les consideracions formulades fins ara resulta que s'ha aplicat el tipus penal de sedició d'una manera enormement extensiva i sense ponderar amb els drets fonamentals de reunió i manifestació i de lliure expressió, amb un resultat desproporcionat, per les penes imposades, respecte de la protecció que el mateix Codi penal atorga al bé jurídic protegit per aquest tipus des del nou Codi de 1995, l'ordre públic.

El problema, però, va més enllà d'una inadequada aplicació del delictes de sedició i apunta a la mateixa configuració legal d'aquest tipus penal i fins i tot a la seva existència en l'actualitat. En efecte, en la seva regulació en el Codi penal de 1995, una vegada deslligat de la rebel·lió i previst en el marc dels delictes contra l'ordre públic, la sedició sembla més aviat una relíquia d'un passat amb una forta influència castrense, i presenta uns contorns tan indeterminats, imprecisos i oberts pel que fa a la definició de la conducta típica, la seva finalitat, l'autoria i fins i tot el bé jurídic protegit que, a més de posar en qüestió el principi de legalitat penal en la seva dimensió de *lex certa*, té un altíssim potencial d'afectació dels drets de reunió i manifestació i de lliure expressió.

A més, com també s'ha assenyalat, preveu unes penes molt més altes que les que preveuen els altres tipus penals que protegeixen l'ordre públic, de manera que s'estableix una clara desproporció punitiva respecte d'altres conductes que són objectivament molt més greus, com ara les manifestacions violentes o amb armes o explosius. Per aquests motius, i com ja ha manifestat des de fa temps una part de la doctrina, convindria revisar profundament aquest tipus penal, i fins i tot suprimir-lo del Codi penal, en sintonia amb molts països del nostre entorn.

### 3.2. Inviolabilitat parlamentària i separació de poders

La Sentència 459/2019 contribueix de manera decisiva a la culminació del procés d'anihilació de la inviolabilitat tant del Parlament com a institució com la dels seus membres, cosa que afecta directament el dret de participació política de la ciutadania, reconegut en l'article 23.1 CE, ja que, com ha assenyalat el Tribunal Constitucional, "el dret que l'article 23.1 CE reconeix als ciutadans quedaria buit de contingut o seria ineficaç si el representant polític se'n veïés privat o se'n pertorbés l'exercici". L'STS ho fa, a més, a través de l'instrument més destructiu: l'aplicació de sancions penals. Es tracta d'un procés que malmet de soca-rel el principi de separació de poders i pot obrir la porta a un perillós sistema de govern dels jutges. Sens dubte, aquesta és una de les conseqüències més greus i perilloses de la Sentència.

El procés de penetració dels tribunals, especialment del TC i del TS, en l'organització interna i el funcionament dels parlaments autonòmics té un dels seus primers antecedents en les resolucions judicials dictades entre els anys 2003 i 2008 amb relació a la negativa de la Mesa del Parlament basc a dissoldre un grup parlamentari, ordenada pel TS, que va acabar amb la condemna del president del Parlament.

A Catalunya, com ja es denunciava en l'Informe del Síndic de Greuges del mes de maig de 2018, aquest procés es materialitza inicialment en nombroses resolucions jurisdiccionals que admetien a tràmit i finalment declaraven inconstitucionals resolucions del Parlament, declaracions de contingut exclusivament polític mancades d'efectes jurídics (la primera de les quals va ser l'STC 219/2015, que va anular la Resolució 1/XI, d'inici del procés per a la creació d'un estat independent).

A partir d'aquestes sentències, els tribunals deixen d'aplicar el principi de presumpció de constitucionalitat de les normes i les resolucions que enjudicia, acceptat sense fissures per tots els sistemes constitucionals dels estats demoliberals, i comencen a dictar sentències preventives que declaren la inconstitucionalitat d'hipotètiques

accions futures. I, fent un pas més, comencen a adreçar als òrgans del Parlament, com ara la Mesa o la Presidència, mandats de fer determinades actuacions o d'abstenir-se de fer-les, assenyalant, per exemple, les qüestions sobre les quals la cambra pot debatre o no, interferint en la confecció de l'ordre del dia de la Mesa o del Ple, amb pronunciaments tan forassenyats com ara la prohibició de la possibilitat de criticar les actuacions de la corona o la prohibició de reivindicar el dret a l'autodeterminació, que el Parlament havia reiterat, sense cap objecció, en més de deu ocasions des del seu restabliment l'any 1980.

El TC fins i tot imposa l'obligació d'impedir o paraitzar qualsevol actuació que de manera directa o indirecta suposi ignorar una resolució seva. Però el fet més rellevant és que tots aquests mandats anaven acompanyats de l'amenaça, finalment materialitzada, de processament per la comissió d'un delictes de desobediència (subsumit o no en d'altres de més greus) en cas que les ordres judicials no fossin ateses.

D'aquesta manera, es pot criminalitzar, pel fet de desobeir una decisió judicial, qualsevol actuació parlamentària que en si mateixa no constitueixi cap delictes. N'hi ha prou, per exemple, que el Govern de l'Estat promogui abusivament un incident d'execució d'una resolució, fins i tot llunyana en el temps, perquè l'actuació parlamentària declarada incompetent (criticar l'actuació del rei) o contrària a la Constitució (aprovar la llei declarada inconstitucional o reivindicar un objectiu polític permès per una constitució políticament no militant), que en si mateixes no són accions delictives, es transmutin en delictes.

La Sentència 459/2019 és un exemple rellevant d'aquest procés d'anihilament de la inviolabilitat, tant institucional com individual, amb les condemnes dels parlamentaris acusats per desobediència subsumida com a element fonamental en el delictes de sedició. La desobediència també és l'argument, pràcticament únic, per refusar l'aplicació del dret o la prerrogativa de la inviolabilitat com a causa d'exoneració, de justificació o d'exempció jurisdiccional.

En efecte, la Sentència comença citant i fent seves, emfàticament, sentències del TC i de la mateixa Sala en què es proclama “el caràcter institucional” de la inviolabilitat que converteix les seves garanties en “imprescriptibles i irrenunciables” (p. 226). Afirmar el següent: “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 blinda 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).

I, un cop establerta aquesta premissa, recorda, però, que la jurisprudència del TC i de la Sala adverteixen que la inviolabilitat no és il·limitada, ja que la seva finalitat no és altra que la de protegir l'exercici de les funcions parlamentàries i, dit això, fent conclusió de la qüestió plantejada, sense més explicació, declara que un acte parlamentari que desobeeix una resolució del TC no és un acte d'exercici d'una funció parlamentària:

“El acto parlamentario (l'acord de la Mesa que admet a tràmit una resolució) 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 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 el caso de la

Sra. Forcadell ocurre– en otras figuras penales más graves” (p. 231).

En suma, cap acte del Parlament o d'un parlamentari que contravingui un mandat jurisdiccional pot ser considerat un acte d'exercici de funcions parlamentàries i, en conseqüència, no pot gaudir de les garanties parlamentàries derivades de la inviolabilitat.

Aquestes conclusions es van aplicar amb especial rigor en el cas de la presidenta del Parlament. La condemna per sedició de Forcadell es basa, essencialment, segons la Sentència: en el fet “d'incomplir de manera reiterada i contumaç les resolucions del TC” (p. 315); “permetre la incorporació a l'ordre del dia de la Mesa d'iniciatives que contravenien frontalment allò acordat pel Tribunal Constitucional [...], les quals va admetre a tràmit i els va donar curs parlamentari. Malgrat que com a presidenta l'hi corresponia, no va frenar les iniciatives per al debat en el Ple, tot i conèixer que aquestes iniciatives havien estat suspeses formalment pel Tribunal Constitucional” (p. 317); “allò que és fonamental de cara a sustentar la tipicitat de la seva conducta és que va permetre que les resolucions (suspeses pel TC) s'admetessin a tràmit i fossin objecte de votació en contra dels continuats i successius requeriments del Tribunal Constitucional” (p. 326). Conclou que “aquest comportament no estava emparat per la inviolabilitat parlamentària” (p. 327).

Per completar l'acció típica de la sedició, la Sentència afegeix, amb una base probatòria extraordinàriament feble i pràcticament sense motivació, un conjunt d'actuacions que pretenen mostrar el seu “decidit protagonisme en el concert delictiu ideat pels acusats” (p. 315), com ara la seva activitat com a dirigent de l'ANC; la presència en actes públics de suport al Govern i en mobilitzacions, i també el fet d'haver estat convidada a participar en una reunió de comandaments dels Mossos amb el president, el vicepresident, el conseller Forn, malgrat que es reconeix que no està provada la seva assistència efectiva (només la invitació); l'assistència a dues reunions, segons l'agenda Moleskine, en una de les quals no queda clar el contingut del que s'hi va tractar (p. 332), o l'evanescent referència al “protagonisme en el lideratge

d'uns ciutadans concentrats davant de la seu d'un organisme jurisdiccional per protestar per les detencions de funcionaris de la comunitat autònoma" (p. 330).

La conclusió és que simplement desapareix la inviolabilitat parlamentària com a garantia de la llibertat d'actuació dels representants davant de qualsevol ingerència externa, que és l'essència

d'aquesta institució històrica, fonamental per al funcionament dels parlaments dels estats democràtics. Tot això no està renyit ni amb l'existència de límits a la inviolabilitat, per actes fora de l'àmbit de la representació i les funcions parlamentàries, ni amb el posterior control dels actes que resultin de l'activitat parlamentària, per mitjà, en el nostre cas, del Tribunal Constitucional.

#### 4. AFECTACIONS A DRETS RECONEGUTS EN EL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS

El Conveni europeu de drets humans i els seus protocols addicionals ratificats pel Regne d'Espanya formen part de l'ordenament jurídic espanyol al màxim nivell, tal com estableix l'article 10 de la Constitució. Per aquest motiu, resulta rellevant examinar l'STS des de la perspectiva del Conveni i de la interpretació que n'ha fet el Tribunal Europeu de Drets Humans.

1. En aquest sentit, i **des d'una perspectiva processal**, diverses de les qüestions que s'han tractat en apartats anteriors d'aquest informe es podrien considerar una vulneració de l'article 6 del Conveni europeu, que garanteix el dret a un judici just, tal com ha estat interpretat pel Tribunal Europeu. És el cas de la prohibició de l'interrogatori creuat dels testimonis i la interpretació restrictiva que la Sala va fer de l'article 708 de la Llei d'enjudiciament criminal o la negativa de la Sala a interrogar els policies o sobre la ideologia dels testimonis de la Fiscalia, l'Advocacia de l'Estat o l'acusació particular. A més, també podrien ser rellevants:

- Les recusacions que van plantejar les defenses, en particular les que podrien qüestionar la imparcialitat dels membres del Tribunal (missatge de whatsapp que va enviar Cosidó en què s'afirmava que amb l'elecció del magistrat Manuel Marchena com a president del CGPJ podrien arribar a "controlar al Tribunal Supremo y al Consejo General del Poder judicial por la puerta de atrás") i la falta d'imparcialitat durant la instrucció de la causa (quan el magistrat instructor Pablo Llarena manifesta en alguna de les seves resolucions "la estrategia que sufrimos"). Aquesta última situació és força semblant a la que va motivar la condemna de l'Estat espanyol en el cas Otegi Mondragón i altres, de 6 de novembre de 2018.
- La vulneració de la presumpció d'innocència, ja que les declaracions d'alts càrrecs de l'Estat posen en dubte la separació de poders a l'Estat espanyol i, sobretot, parteixen d'una presumpció de culpabilitat

del tot incompatible amb l'article 6 del Conveni europeu. Com s'afirma de manera constant en la jurisprudència del TEDH, l'abast del dret a la presumpció d'innocència no es limita només a la simple garantia processal en matèria penal, sinó que també exigeix que cap representant de l'Estat o de l'autoritat pública declari que una persona és culpable d'una infracció abans que la seva culpabilitat hagi estat establerta per un tribunal.

Menció a banda mereix la possible vulneració del dret al jutge predeterminat per la llei (atès que la competència d'un tribunal no es pot deixar a la decisió de les mateixes autoritats judicials) i la seva repercussió en la fragmentació de la causa. És notori que les altres persones encausades pels mateixos fets o per fets connexos que seran jutjades per l'Audiència Nacional, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o pels tribunals ordinaris sí que gaudiran d'aquesta doble instància penal.

Aquesta disfunció podria ser analitzada pel TEDH com una vulneració de l'article 14 del CEDH amb relació a l'article 2 del Protocol addicional núm. 7, atès que l'article 14 (que no té caràcter substantiu) estableix una prohibició de discriminació: "El gaudiment dels drets i les llibertats reconeguts en aquest conveni s'ha de garantir sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixença o qualsevol altra situació".

O també podrà ser objecte d'anàlisi per part del TEDH segons l'angle de l'article 1 del Protocol addicional núm. 12, que prohibeix la discriminació amb caràcter general, ja que la mateixa sentència fa al·lusió als infinits avantatges que té que puguin ser jutjats pel TS, s'entén que deixant sense aquests avantatges les persones que siguin jutjades davant d'altres instàncies.

Finalment, una altra qüestió processal que podria tenir incidència en la vulneració de les garanties del dret a un judici just té a veure amb la qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Suprem davant del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) sobre la condició d'eurodiputat d'Oriol Junqueras, i els privilegis i les immunitats que comporta

el càrrec. La sentència del TJUE de 19 de desembre de 2019 confirma que Oriol Junqueras era eurodiputat i gaudia d'immunitat des del moment en què es van proclamar els resultats de les eleccions (13 de juny) i hauria d'haver pogut participar en la constitució del Parlament Europeu.

Amb independència d'altres derivades de l'STJUE, aquesta decisió podria posar en qüestió davant d'Estrasburg les garanties del degut procés i la vulneració pel Tribunal Suprem de l'article 3 del Protocol addicional núm. 1, que estableix el dret a eleccions lliures i periòdiques i, per tant, els drets de sufragi actiu i passiu; drets que podrien haver estat vulnerats en impedir que Junqueras adquirís i exercís la condició de diputat al Parlament Europeu. Aquests obstacles encara són més evidents quan, després de la sentència del Tribunal de Justícia, que és inicialment acatada pel mateix Parlament Europeu, tot i que després se'n desdiu, tant la Junta Electoral Central (3 de gener de 2020) com les sales Segona i Tercera del Tribunal Suprem (9 de gener) s'han negat a reconèixer la condició d'eurodiputat de Junqueras.

**2. Vulneració del dret a la legalitat penal.** D'acord amb l'article 7 del Conveni, "ningú no pot ser condemnat per una acció o una omissió que, en el moment de ser comesa, no constituïa una infracció segons el dret nacional o internacional. De la mateixa manera, no es pot imposar una pena més greu que la que era aplicable al moment de la comissió de la infracció".

Com s'ha vist, la indeterminació en la definició del delictes de sedició continguda en l'article 544 del Codi penal i la interpretació que n'ha fet el Tribunal Suprem pot vulnerar el principi de legalitat contingut en l'article 7 del Conveni europeu de drets humans.

Per complir el principi de legalitat, qualsevol conducta ha d'estar clarament definida de manera que sigui accessible i previsible. La previsibilitat implica que les persones puguin saber quins actes els faran penalment responsables i quina serà la pena per aquests actes. Tot i que els tribunals tenen un cert marge per interpretar els tipus penals, aquesta interpretació també ha de ser previsible, atenent el text

de la disposició, llegit en context, i la raonabilitat de la interpretació.

Dit això, en l'estructura de la Sentència es pot constatar la falta de raonaments lligats entre la justificació per la no-vulneració dels drets humans i les llibertats fonamentals reconeguts en el Conveni europeu de drets humans i la imputació del delictes de sedició. L'STS estableix que la condemna per sedició no suposa cap vulneració del dret a la llibertat d'expressió i de manifestació. Aquests drets són reconeguts en els articles 10 i 11 del CEDH. Aquí s'entén que el TEDH haurà de fer dos nivells de raonaments: justificació de les restriccions als drets i les llibertats d'expressió i de manifestació, i existència d'una finalitat no prevista per justificar la restricció i el desviament de poder.

**3. Manca de justificació suficient de les restriccions als drets i les llibertats d'expressió i de manifestació.** Aquests drets es troben reconeguts en l'article 10 i 11 del CEDH. En general, la normativa internacional dels drets humans permet que l'exercici dels drets a la llibertat d'expressió i de reunió pacífica puguin ser objecte de restriccions amb la finalitat de protegir determinats interessos públics (la seguretat nacional, l'ordre públic, la protecció de la salut o la moral públiques i les llibertats d'altres persones), però aquestes restriccions només són admissibles si estan establertes adequadament per llei, i són demostrativament necessàries i proporcionals per aconseguir el fi legítim. Tota restricció que no compleixi aquests tres requisits constitueix una violació d'aquell dret.

El primer requisit exigint en l'aplicació de les mesures restrictives per les autoritats nacionals dels estats part consisteix en el fet que les restriccions han d'estar previstes per llei.

És absolutament necessari que hi hagi una llei interna que permeti a l'autoritat pública adoptar una mesura que suposi una ingerència en el dret fonamental emparat en el Conveni europeu o en els seus protocols addicionals. En efecte, la ingerència ha de tenir una base legal en el dret intern i ser aplicada de conformitat amb el que s'hi estableix. S'ha de tractar d'una previsió

legal interna preexistent a l'aplicació de la mesura restrictiva.

Un cop determinat el contingut de la previsió legal, és determinant assenyalar que la seguretat jurídica es troba garantida per l'elaboració de principis materials, com ara l'accessibilitat i la previsibilitat de la llei interna. L'accessibilitat i la previsibilitat dels seus efectes s'han d'apreciar de manera concreta, d'acord amb el contingut i el seu àmbit d'aplicació i també els seus destinataris.

Un altre factor que intervé en l'anàlisi del criteri de la previsibilitat està determinat per la gravetat de la vulneració: com més gran sigui la ingerència, més alta ha de ser la previsibilitat de la llei en què es basa. Certament, el grau de previsibilitat d'una restricció depèn de la importància i del caràcter fonamental per al demandant del dret en qüestió. En aquest sentit, el criteri de la previsibilitat pot tenir una determinada incertesa, a causa de la seva valoració en relació amb el principi de proporcionalitat, però no s'ha d'oblidar que, tot i que el principi de proporcionalitat atorga un marge d'apreciació als estats, la legalitat s'ha d'analitzar d'acord amb els criteris interpretatius dels òrgans d'Estrasburg.

D'acord amb aquests criteris, es pot posar en dubte la previsibilitat del delictes de sedició, tipificat en l'article 544 del Codi penal, com a factor que pugui justificar una restricció als drets i les llibertats d'expressió i de manifestació. És més, hi ha una manca de motivació en la major part dels passatges de la Sentència en què s'analitza si concorre l'exercici de drets fonamentals dels acusats com a causa d'exoneració total o parcial de la tipicitat.

El segon requisit exigint en l'aplicació de les mesures restrictives per les autoritats nacionals dels estats part consisteix en la justificació de la ingerència en virtut d'un dels objectius legítims enumerats en les disposicions del Conveni europeu. Per tant, la llei nacional que preveu una mesura restrictiva ha de perseguir una de les finalitats legítimes establertes en el Conveni europeu. Així doncs, les facultats de restricció estan estrictament limitades a circumstàncies clarament especificades.

En el mateix articulat del Conveni europeu i dels seus protocols addicionals, quan estableix la possibilitat d'adoptar mesures restrictives als drets i les llibertats que s'hi reconeixen, determina, al mateix temps, de manera exhaustiva, quins són els motius que poden induir les autoritats nacionals a l'adopció d'aquestes mesures. Posteriorment, el Tribunal Europeu, quan conegui un assumpte, analitzarà aquest requisit de la finalitat legítima i establirà uns criteris específics dels objectius que legitimen l'adopció d'una mesura restrictiva.

En el cas que fa referència als fets jutjats per l'STS 459/2019, malgrat que es fan al·lusions al dret de manifestació i a la llibertat d'expressió, en cap moment se situa en la perspectiva dels drets fonamentals, sinó que es pren en consideració exclusivament la llei penal i una determinada concepció de la protecció de l'ordre públic. La interpretació dels fets duta a terme pel TS té per objectiu justificar l'existència d'una finalitat legítima com és la defensa l'Estat i de l'organització social; una finalitat que no encaixa amb la valoració de les nocions de la protecció de l'ordre públic feta pel TEDH al llarg de la seva jurisprudència. A més, la Sala Segona insisteix en diverses ocasions que mai no va estar en risc l'ordre constitucional, ni la unitat de l'Estat, raó per la qual ni amb una interpretació expansiva del concepte *ordre públic* del Conveni es podria entendre que la restricció de les llibertats fonamentals esmentades es podia fer en aquest cas.

L'expressió de la "necessitat en una societat democràtica" ha estat afegida a continuació de l'enumeració de les finalitats que permeten a l'Estat justificar les restriccions als drets garantits com una mesura comuna a aquestes restriccions. Aquesta expressió sembla que imposa a les restriccions una qualitat suplementària i comuna, és a dir, s'han de mantenir dins de l'ordre o de l'esperit de la societat democràtica.

Aquest criteri de la necessitat democràtica o de la ponderació ha estat pràcticament obviat pel TS. Malgrat que tracta el dret de reunió i manifestació i la llibertat d'expressió en resoldre les qüestions prèvies relatives a les eventuais vulneracions de drets fonamentals, com

una possible causa d'exclusió de l'antijuridicitat, no entra a valorar en cap moment de manera concreta i específica si els fets enjudiciats podrien estar emparats per aquests drets.

Així, obstaculitzar (no impedir) el compliment d'una ordre judicial de manera pacífica podria justificar la imposició de certes restriccions a l'exercici del dret a la llibertat de reunió pacífica, però el Tribunal no demostra que l'aplicació del delictes de sedició i la imposició de sancions penals d'aquesta severitat siguin mesures previsible, necessàries i proporcionades davant dels fets que, com la mateixa Sentència reconeix, van ser eminentment pacífics.

En síntesi, es pot posar en dubte la previsibletat de la legislació penal que permet restringir els drets i les llibertats d'expressió i de reunió pacífica, es pot qüestionar la finalitat legítima perseguida i, si amb això no n'hi ha prou, hi ha una manca total de necessitat social imperiosa i de proporcionalitat en les sancions establertes en l'STS 459/2019.

**4. Existència d'una finalitat no prevista per justificar la restricció i el desviament de poder.** L'existència d'una restricció indeguda o d'un desviament de poder està recollida, sense caràcter autònom, en els articles 17 i 18 del CEDH.

El primer d'aquests articles imposa una obligació negativa a l'Estat: no pot prevaler-se de cap disposició del Conveni europeu per fer una activitat tendent a la supressió dels drets i les llibertats reconeguts. Per tant, com que l'article 17 té per objecte la protecció de l'ordre social democràtic, impedeix l'extralimitació de l'Estat en la imposició de més limitacions de les previstes en el Conveni europeu, ja que anirien en contra del sistema democràtic.

L'article 17, com a regla interpretativa de les restriccions als drets autoritzades als estats parts, compleix la funció d'impedir que l'Estat apliqui limitacions més àmplies de les previstes en el Conveni europeu o en els seus protocols addicionals, és a dir, posa de manifest que l'Estat ha actuat fora de les necessitats i els valors d'una

societat democràtica. S'entén que el TS, pel fet de situar-se exclusivament en la perspectiva de la llei penal i no valorar de manera extensa el contingut dels drets fonamentals afectats, ha introduït una restricció incompatible amb el CEDH i els seus protocols addicionals.

Per la seva banda, l'article 18 prohibeix el desviament de poder ("Les restriccions que, en els termes d'aquest Conveni, són establertes als drets i les llibertats esmentats, només poden ser aplicades amb la finalitat per a la qual han estat previstes").

Aquesta clàusula de tancament té la finalitat d'advertir els estats que la seva facultat de restringir i de derogar determinats drets i llibertats per a la protecció de l'ordre social democràtic no es pot apartar de les finalitats convencionalment previstes, i pretén conciliar, de manera adequada i sense arbitrarietats, l'interès públic i la salvaguarda dels drets i les llibertats individuals, propis d'un ordre jurídic democràtic.

L'efecte de l'article 18 és reiterar que la limitació no es pot aplicar amb una altra finalitat diferent de la prescrita. Es tracta de controlar la conformitat de les finalitats de les mesures individuals aplicables als objectius legals de la restricció i a les finalitats legítimes segons el Conveni europeu, és a dir, l'autoritat pública no disposa de la facultat d'utilitzar els seus poders de limitació dels drets per a una altra finalitat que la de mantenir els valors d'una societat democràtica. En l'STS hi ha una total manca de raonament necessari per justificar les imputacions delictives i, quan hi és, l'opció interpretativa triada no és la que afavoreix el desenvolupament dels drets i les llibertats reconeguts en el CEDH, sinó que el TS opta per la que restringeix més el correcte exercici.

En síntesi, en l'argumentari de l'STS 459/2019 hi pot haver una utilització de finalitats no previstes i un desviament de poder que constitueix un abús en la utilització del delictes de sedició per justificar restriccions als drets i les llibertats d'expressió i de reunió pacífica, cosa que podria comportar una vulneració dels articles 17 i 18 amb relació als articles 10 i 11 del CEDH.



## 5. LA LLIBERTAT DE LES PERSONES CONDEMNADES COM A CONDICIÓ D'UNA SORTIDA POLÍTICA AL CONFLICTE

El Síndic ha afirmat reiteradament que ha estat un error judicialitzar un conflicte polític. Ara la política no hauria de posar excuses per cercar una solució que contribueixi a una sortida dialogada del conflicte i, en aquest marc, tornar la llibertat a les persones condemnades.

Aquest apartat aborda alternatives jurídiques i polítiques que permetrien a les persones condemnades per la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem sortir de la presó. Correspon decidir al poder legislatiu i/o al poder executiu. I això es pot fer dins del respecte més escrupolós a l'ordenament constitucional.

### Amnistia

Com és conegut, *amnistia* procedeix del terme grec que significa *oblit*. Implica l'extinció del delictes i de la pena, de manera que actua com si l'acció antijurídica comesa al seu dia no hagués existit. Se solen distingir dos tipus d'amnistia: la pròpia (que intervé abans de les actuacions judicials o que aquestes hagin finalitzat) i la impròpia, que es produeix després d'una sentència i que comporta l'anul·lació de la condemna. En aquest cas, es tractaria d'una amnistia impròpia. És una figura clarament diferent de l'indult. Té precedents en l'ordenament jurídic espanyol, com article 102 de la Constitució de 1931 (cal recordar que el Decret llei d'amnistia de 21 de febrer de 1936 va comportar la llibertat dels polítics catalans condemnats pels fets d'octubre de 1934).

L'amnistia és present en les constitucions actuals de França i Itàlia, que atribueixen la competència de concedir-la al Parlament mitjançant una llei. A Alemanya el Tribunal Constitucional Federal ha reconegut la constitucionalitat d'aquesta figura, tot i que la Llei fonamental de Bonn no la preveu. Seria un cas similar al de l'Estat espanyol, en què la Constitució de 1978 no parla de l'amnistia i, per tant, tampoc no la prohibeix.

Caldria que les Corts aprovessin l'amnistia amb una norma amb rang de llei. Una norma d'aquest tipus permetria obrir una nova etapa política basada en el diàleg, com el Síndic ha defensat des de fa temps. A més, podria tenir un abast ampli, no només les persones ara condemnades, sinó també les que es troben fora de l'Estat i les que estan pendents d'altres judicis (alts càrrecs del Govern de la Generalitat, major Trapero i altres càrrecs d'Interior, Mesa del Parlament, alcaldes i alcaldesses, membres del Cos de Mossos d'Esquadra, etc.). Així mateix, inclouria els policies nacionals i guàrdies civils (i potser alts càrrecs de l'Estat) investigats en diversos jutjats. Fins i tot, es podria estendre a tot el període conflictiu i incloure les persones condemnades pel 9-N del 2014.

En canvi, també cal tenir present que hi ha un cert debat sobre la seva constitucionalitat i és previsible un recurs al TC per part d'alguns grups parlamentaris (cosa que no comportaria la suspensió de la llei). En efecte, un sector de la doctrina opina que el fet que la Constitució (article 62.1) prohibeixi els indults generals comporta la negació de la possibilitat d'amnisties. Altres juristes opinen, en canvi, que l'amnistia és una institució clarament diferenciada de l'indult i que la prohibició de la Constitució no la inclou, raó per la qual res no impedeix que es pugui aprovar una llei d'amnistia. L'escassa jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre aquest tema (sentències 63/1983 i 147/1986) no ha qüestionat la constitucionalitat d'una legislació d'amnistia, raó per la qual s'entén que una llei d'aquest tipus seria perfectament constitucional.

### Indult

Està regulat (encara) per la Llei de 18 de juny de 1870, de regles per a l'exercici de la gràcia d'indult. El Codi penal de 1995 esmenta l'indult com a causa d'extinció de la responsabilitat criminal (art. 130.1.5). S'han presentat diverses proposicions a les Corts per limitar l'abast de la Llei de 1870 (IU i PSOE, pel que fa als delictes de corrupció i violència de gènere, i PP, pel que fa als delictes de rebel·lió i sedició) que de moment no han prosperat.

Encara en el pla normatiu, l'article 62.i) CE prohibeix els indults generals i l'article 87.3

CE l'exclou de les iniciatives populars per presentar una proposició de llei.

No cal que el demanin les persones condemnades: el pot tramitar el Govern, per voluntat pròpia, o el poden sol·licitar amics, familiars o qualsevol altra persona. També el pot sol·licitar el tribunal que hagi dictat la sentència (o el TS, que en aquest cas és el mateix, o la Fiscalia). A més, no exigeix penediment.

L'indult pot ser total o parcial, però no poden ser indultades les persones que no estan a disposició del tribunal que hagi dictat sentència.

S'ha de demanar informe al tribunal que ha dictat sentència (tot i que s'entén que no és vinculant). Aquest informe ha d'incloure informació sobre el penediment dels condemnats, que tampoc no és determinant.

Cal tenir present que el TS ha admès recursos contra determinats indults per manca de raons de justícia, equitat o utilitat.

Com que és una decisió de l'executiu, es pot prendre amb una certa rapidesa (tot i que requereix una tramitació, sempre seria més ràpida que la tramitació parlamentària necessària per als altres supòsits).

Ara bé, també cal tenir present que la utilització abusiva de l'indult ha generat una reacció social contrària a la figura: 4.667 indults entre 2000 i 2008 concedits per governs de PP i PSOE. Són prou coneguts els noms d'alguns dels beneficiaris.

### **Supressió del delicte de sedició del Codi penal**

Abans que es fes pública la Sentència, la possibilitat de modificar el Codi penal es feia una mica confosa perquè no se sabia si es volia modificar el delicte de rebel·lió (precisant millor el tema de la violència) o algun altre aspecte. El fet que la Sentència hagi descartat el delicte de rebel·lió i s'hagi centrat en el de sedició sembla que faci guanyar possibilitats a la supressió del delicte de sedició (art. 544 CP) del Codi penal.

Aquesta eventual derogació seria aplicable a les persones condemnades amb efectes

retroactius perquè és més beneficiosa per a elles (article 2.2 del Codi penal: retroactivitat de les lleis penals que afavoreixin el reu encara que quan entrin en vigor hagi recaigut sentència ferma i el subjecte compleixi condemna).

En aquest cas, és evident que, com que el Codi penal és una llei orgànica, caldria majoria absoluta per aprovar-la.

En qualsevol cas, la derogació no s'hauria de plantejar com una qüestió estrictament catalana, sinó basada en els problemes d'ordre jurídic i democràtic que planteja aquest delicte. De fet, ja s'ha apuntat més amunt que molts autors han posat en qüestió aquest delicte pels seus antecedents i per l'ambigüitat de la conducta punible.

Per descomptat, aquesta reforma no eliminaria les penes per malversació i desobediència. I es plantejaria la necessitat d'analitzar el fet que la Sentència en alguns casos condemni per sedició en concurs medial amb la malversació. Amb relació a les persones no condemnades per malversació no es plantejaria cap dubte.

En resum, el Síndic entén que la solució més justa seria una llei d'amnistia. I la més ràpida, l'indult. I, en tot cas, per les raons exposades al llarg d'aquest informe, caldria modificar el Codi penal per suprimir-ne el delicte de sedició.

Cap d'aquestes fórmules lesiona la dignitat de les persones condemnades i el seu dret a continuar considerant-se innocents. Tampoc no són incompatibles entre si. Hi podria haver indult per als condemnats i després amnistia o hi podria haver indult i modificació del Codi penal.

Caldria analitzar les repercussions d'aquestes opcions en la previsible presentació de recursos contra la Sentència del TS davant el TC i el Tribunal Europeu de Drets Humans i, en concret, si l'amnistia i l'indult total podrien provocar la pèrdua de legitimació per recórrer a la justícia europea. En canvi, semblaria que l'indult parcial (que mantindria part de la condemna) o la supressió del delicte de sedició (que mantindria les condemnes per malversació i desobediència) permetrien arribar fins al Tribunal d'Estrasburg.

## 6. UNA REFLEXIÓ FINAL: ACTIVISME JUDICIAL I GARANTISME EN LA VINCULACIÓ DEL JUTGE A LA NORMA

Com s'ha vist, l'STS 459/2019 posa sobre la taula diverses qüestions molt rellevants sobre el paper dels tribunals en un estat democràtic de dret. Una d'aquestes qüestions és el problema de la vinculació dels jutges al dret.

Perquè un estat sigui de dret, cal que les institucions que el conformen es comportin d'acord amb el que disposa el sistema jurídic. L'afectació que té aquest tret respecte als jutges es concreta en el fet que, com a aplicadors del dret, s'han de cenyir a les normes jurídiques que estableix el mateix sistema a l'hora de resoldre els casos que se'ls plantegen. Per tant, si als jutges se'ls assigna la funció de resoldre casos individuals d'acord amb el que disposen les normes generals (les lleis) creades pel legislador, aleshores aquests jutges ultrapassarien la funció assignada si se'n desvinculen.

Aquest és un punt neuràlgic de tot estat democràtic de dret quan incorpora en el seu disseny la separació de poders. En el terreny de la legitimació de les decisions institucionals, l'únic òrgan legitimat en un règim democràtic per crear el dret és el Parlament, justament perquè és el dipositari de la sobirania popular. És per aquesta raó que, quan els jutges ultrapassen les funcions d'aplicació assignades pel mateix sistema, es comporten com a òrgans il·legítims des d'un punt de vista democràtic.

Si aquest és un problema preocupant que afecta tots els jutges i totes les jurisdiccions, adquireix una especial rellevància quan del que es tracta és d'analitzar supòsits que impliquen decisions preses per un tribunal d'última instància, com és el Tribunal Suprem, i en un àmbit com el penal. El fet que sigui una decisió presa per un tribunal de darrera instància implica que no podrà ser objecte de recurs, i que es refereixi a l'àmbit penal comporta que la vinculació a la llei es dugui a terme de la manera més estricta possible, atesa la importància dels béns que estan en joc, com és el cas de la llibertat.

En una societat en què es reconeixen drets fonamentals el que ha de fer el jutge és aplicar-los, sense haver d'inventar-los. Per tant, es tracta de cenyir-se al dret. Ara bé, aquí el dret ja no és equivalent a la visió formalista tradicional, sinó que incorpora la complexitat que li confereix el fet d'estar davant de sistemes jurídics al capdamunt dels quals hi ha constitucions democràtiques i tractats internacionals amb el reconeixement explícit de drets fonamentals.

En aquest context, la incorporació d'una llista més o menys homogènia de drets fonamentals en les constitucions de caràcter democràtic ha fet que s'acabi entenent tant en l'àmbit doctrinal com jurisprudencial que el contingut de la constitució d'alguna manera impregna tot l'ordenament jurídic. La visió d'aquest neoconstitucionalisme pot ser resumida en aquests trets:

- a. La rellevància dels principis i no sols de les regles en la interpretació jurídica. Els drets fonamentals estan precisament formulats en termes de principis i no de regles.
- b. L'omnipresència de la constitució en tots els àmbits jurídics, sense que quedi cap espai significatiu reservat en exclusiva a les lleis.
- c. La posició privilegiada del jutge, com a intèrpret del dret: no només de la lletra de llei, sinó de tot l'ordenament i amb coherència amb la constitució i el sistema de drets.

En aquest darrer punt, la posició privilegiada de la figura del jutge en aquest entramat institucional comporta a l'ensem una enorme responsabilitat, atès que, segons com sigui duta a la pràctica la tasca argumentativa que li pertoca, pot ultrapassar els límits de la legitimació democràtica. Així doncs, cal preguntar-se si la referència als drets fonamentals (expressats per mitjà de principis amb càrrega politicomoral) ha de quedar dins o fora de l'argumentació del jutge penal. Dit en termes de vinculació del jutge a la norma jurídica: La presència d'aquests drets en la delimitació del tipus penal va en contra necessàriament d'aquesta vinculació, amb tot el que això comportaria? La resposta ha de ser matisada.

D'una banda, la referència als drets fonamentals comporta un nivell més alt de discrecionalitat, en el sentit que caldrà fer una argumentació més sofisticada que la que caldria fer sense aquesta presència. D'altra banda, en els ordenaments jurídics que incorporen els drets fonamentals en les seves constitucions, la vinculació del jutge penal al dret ja no pot ser entesa com una simple vinculació a allò que diuen les normes jurídiques contingudes en el Codi penal, sinó que sovint aquesta vinculació implicarà la referència als drets reconeguts en l'àmbit constitucional. Ara bé, com caldria articular aquesta vinculació? La vinculació ha de provenir per via interpretativa. Una forma de fer-ho podria ser per mitjà d'un principi interpretatiu que correria en paral·lel amb un altre d'indiscutit en l'àmbit penal, com ara el principi *in dubio pro reo*.

Aquest principi es pot anomenar *in dubio pro cive* i es podria formular així: davant de dues interpretacions possibles d'un tipus delictiu que afecti els drets de contingut polític, el jutge penal ha de triar la que limiti en menys mesura l'exercici d'aquests drets.

Cal algun aclariment sobre aquesta formulació. En primer lloc, es tracta d'un principi interpretatiu i, per tant, entra en acció en el moment d'atribuir significat als textos normatius en què s'expressen les normes penals.

En segon lloc, que hi hagin dues interpretacions possibles o més. El dubte no s'ha d'entendre en un sentit subjectiu, el dubte ha de sorgir d'un judici de raonabilitat,

després de posar en comú tots els elements que configuren el cas, sense, òbviament, deixar fora els que afavoreixen els acusats, com cal que sigui també en el cas del principi *in dubio pro reo*.

En tercer lloc, es refereix a la delimitació dels delictes que afecten els drets polítics. S'entén per *drets polítics* tots els que tenen a veure no només amb els que delimiten les competències dels representants polítics, sinó també els que són condició necessària per desenvolupar les tasques pròpies de la ciutadania en una societat democràtica. Per tant, aquí s'inclouen els drets directament polítics, com ara els de participació activa i passiva reconeguts en l'article 23 CE, però també els que van indissociablement units a la condició de ciutadà o ciutadana, com ara el de llibertat ideològica (art. 16.1 CE) o els drets de reunió i manifestació (art. 21 CE).

Finalment, en aquests casos, l'activitat interpretativa del jutge no pot ser merament mecànica, però això no implica que no sigui ajustada a dret. Cal que l'interpret facia un esforç argumentatiu per posar en relleu, primer, el fet que és raonable pensar en més d'una interpretació i, segona, especificar quines són les raons per les quals la interpretació escollida és la que limita menys aquells drets. Quan no hi ha argumentació o bé aquesta argumentació comporta la tria de l'opció més limitadora dels drets, aleshores es podrà dir que la decisió s'ha desvinculat del dret que el jutge ha d'aplicar i no ha complert la funció que se li assigna en un estat democràtic de dret.

## 7. CONCLUSIONS

1. En aquesta causa, el Tribunal Suprem no era el jutge ordinari predeterminat per la llei. La seva competència no era previsible i s'ha construït *ex post facto*.

2. L'activitat probatòria no es va fer adequadament, en particular pel que fa als paràmetres de l'interrogatori creuat.

3. La desproporcionada acusació inicial de rebel·lió va viciar tota la causa i va conduir a diverses situacions greus, com ara que les persones acusades fossin jutjades al Tribunal Suprem, que se'ls imposés una presó preventiva injustificada i desproporcionada, que en quedés afectada la presumpció d'innocència i que no es poguessin expressar en català durant el judici.

4. Els fets objecte d'enjudiciament en aquesta sentència estan sent coneguts per diverses jurisdiccions, amb una afectació negativa en els drets de defensa, no-discriminació i doble instància penal de les persones acusades.

5. La Sentència 459/2019 fa una interpretació expansiva de preceptes legals deficientes, de manera que podria ser contrària a drets fonamentals i molt especialment al dret a la legalitat sancionadora. Fa prevaler la llei sobre els drets i es forcen els tipus legals fins molt més enllà del que en permetria una interpretació literal, que és el límit màxim d'abast dels tipus penals.

6. La Sentència incorre en errors materials, en manca de motivació amb relació a aspectes fonamentals (fets provats, individualització, judici d'inferència) i en incongruències lògiques o manca de raonabilitat.

7. La Sentència, a l'hora d'interpretar el tipus penal de sedició, sembla que converteix la desobediència a les resolucions judicials en l'element fonamental del tipus: la desobediència esdevindria sedició, i la sedició, un delictes essencialment de desobediència.

8. La interpretació que fa el Tribunal Suprem del delictes de sedició afecta no solament els drets fonamentals a la lliure expressió i a la llibertat de manifestació de les persones

condemnadades, sinó que podria suposar un perill de limitació greu d'aquestes llibertats en el context de futures protestes socials i ciutadanes.

8.1. Respecte de les persones condemnades, la Sentència no fa una ponderació concreta i específica dels drets a la lliure expressió i a la llibertat de reunió i manifestació amb relació als fets que s'atribueixen a les persones encausades amb la llei penal, per valorar-los des de la perspectiva de l'exercici de drets fonamentals –inclosos els seus límits– i no exclusivament del Codi penal.

8.2. Les condemnes imposades per sedició podrien incórrer en desproporció respecte de les penes previstes en els delictes aplicables com a límits penals dels drets de reunió i manifestació, fins i tot en els que preveuen l'ús d'armes i explosius, que el mateix TS no considera que s'hagin produït en cap cas.

8.3. Amb caràcter general, la interpretació que fa el TS d'alguns elements bàsics del delictes de sedició, com ara la finalitat de l'alçament (que per al TS és *obstaculitzar*, no *impedir*, el normal funcionament dels serveis i les institucions públiques, i específicament l'execució d'una resolució judicial) i el mode de produir-se (equiparant la resistència no violenta a força i intimidació i sense considerar que l'expressió *vies legals* que utilitza el Codi penal pugui fer referència a l'exercici de drets fonamentals), unida, a més, a la indeterminació del mateix concepte de *alçament tumultuari* (que assimila de fet a una mobilització massiva de ciutadans, fins i tot pacífica), podria suposar una restricció excessiva del dret de reunió i manifestació en futures protestes ciutadanes, i comporta un efecte paralitzador (*chilling effect*) molt notable respecte d'aquests drets.

9. Per mitjà del delictes de desobediència a les resolucions judicials, convertit en element essencial del delictes de sedició, la Sentència culmina un llarg procés d'intervenció dels tribunals en l'organització interna i el funcionament del Parlament. Sota l'amenaça, feta realitat, de sancions penals, els tribunals, a instàncies del Govern de l'Estat, en molts casos determinen preventivament quines

són les qüestions que es poden incloure i quines no en l'ordre del dia dels òrgans del Parlament, i quines poden ser debatudes i aprovades pel Ple. Aquesta interferència pot tenir uns efectes devastadors sobre la inviolabilitat del Parlament i dels seus membres, el dret de participació política i la separació de poders, i podria obrir la via a un perillós govern dels jutges.

10. Qüestions com ara impedir l'interrogatori creuat dels testimonis, prohibir a les defenses de fer preguntes sobre la ideologia d'alguns testimonis, no atendre les recusacions o la vulneració de la presumpció d'innocència per part d'alts càrrecs de l'Estat podrien constituir vulneracions de drets fonamentals reconeguts en el Conveni europeu de drets humans.

11. D'altra banda, també s'haurien pogut produir vulneracions dels articles 7, 10 i 11 del Conveni europeu, i dels articles 17 i 18 amb relació als articles 10 i 11 del mateix Conveni. La vulneració del dret a la legalitat penal, per l'amplitud del tipus penal de sedició; la manca d'objectiu legítim i necessitat social de la legislació que permet restringir els drets i les llibertats d'expressió i de reunió pacífica; l'existència d'una finalitat no prevista per justificar la restricció i desviament de poder, i la manca del raonament necessari per justificar les imputacions delictives, són qüestions que podrien atemptar contra el Conveni europeu de drets humans.

12. La posada en llibertat de les persones acusades sembla imprescindible per a l'èxit d'una sortida negociada al conflicte polític actual. Per fer-ho, el Govern de l'Estat i les Corts Generals disposen d'eines plenament constitucionals, com ara l'indult o la llei d'amnistia. També podria tenir aquest efecte la derogació del delictes de sedició, que, com s'ha vist en aquest informe, constitueix una necessitat democràtica.

13. La vinculació del jutge al dret és un tret fonamental de l'estat de dret, perquè garanteix el paper que el poder judicial ha de tenir dins de la separació de poders i la legitimació de què gaudeix el poder legislatiu. La tradicional visió de la vinculació del jutge a la llei ha de ser llegida com a vinculació al dret. Per tant, el jutge penal no només resta vinculat al que disposa el Codi penal, sinó al

que diu aquest text d'acord amb els drets fonamentals reconeguts en la Constitució. Això implica sostenir un principi interpretatiu com *in dubio pro cive*: davant de dues interpretacions possibles d'un tipus delictiu que afecti els drets de contingut polític, el jutge penal ha de triar la que limiti en menys mesura l'exercici d'aquests drets.

14. Com ha fet en altres ocasions al llarg dels darrers anys, el Síndic posa de manifest que el conflicte entre Catalunya i la resta de l'Estat té caràcter eminentment polític i és fruit d'una interpretació gasiva dels preceptes constitucionals sobre autogovern territorial (entre d'altres, els articles 2, 3, 149 i 156 CE, relatius a nacionalitats, diversitat lingüística, diàleg territorial i finançament). Un conflicte d'aquest tipus només pot tenir una solució política, basada en la diversitat lingüística, cultural i nacional del Regne d'Espanya.

Per tot l'anterior, **el Síndic recomana** que activin els mecanismes jurídics i polítics que siguin necessaris per:

1. Derogar, o revisar en profunditat, la regulació vigent del delictes de sedició en el Codi penal, que té històricament fortes connotacions autoritàries i que, com s'ha vist en la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem, es pot interpretar d'una manera extensiva que vulnera els drets fonamentals a la llibertat de reunió i de manifestació, en connexió amb la llibertat d'expressió.

2. Posar en marxa els instruments jurídics que el marc constitucional permet per aconseguir la posada en llibertat de les persones condemnades en la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem (llei d'amnistia o indult), amb independència de la necessària reforma del Codi penal.

3. Iniciar un diàleg constructiu per aconseguir una solució política al conflicte entre Catalunya i l'Estat, un diàleg valent i imaginatiu que ha d'incloure una consulta al poble de Catalunya sobre el seu futur polític.

Aquest informe s'eleva al Govern de la Generalitat, al Parlament de Catalunya, a les Corts Generals i al Govern de l'Estat, a la comissària europea de Drets Humans i a la comunitat internacional de defensories de drets humans perquè en siguin coneixedors i als efectes oportuns.



**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

