



SEGUIMENT DE LA
RESOLUCIÓ
2381/2021 DE
L'ASSEMBLEA
PARLAMENTÀRIA
DEL CONSELL
D'EUROPA

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

SEGUIMENT DE LA
RESOLUCIÓ
2381/2021 DE
L'ASSEMBLEA
PARLAMENTÀRIA
DEL CONSELL
D'EUROPA

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1a edició: Abril 2022

Seguiment de la Resolució 2381 (2021), de 21 de juny de 2021, de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa. Abril 2022

Maquetació: Síndic de Greuges

Foto de coberta: (c) By Adrian Grycuk - Own work, CC BY-SA 3.0 pl

ÍNDIX

1. INTRODUCCIÓ	5
2. RECOMANACIONS GENERALS A TOTS ELS ESTATS MEMBRES DEL CONSELL D'EUROPA	7
2.1. En relació amb la primera recomanació	7
2.2. En relació amb la segona recomanació	10
3. RECOMANACIONS ESPECÍFIQUES PER A ESPANYA	11
3.1. En relació amb la primera recomanació	11
3.2. En relació amb la segona recomanació	13
3.3. En relació amb la tercera recomanació	16
3.4. En relació amb la quarta recomanació	17
3.5. En relació amb la cinquena recomanació	19
3.6. En relació amb la sisena recomanació	20
3.7. En relació amb la setena recomanació	20

1. INTRODUCCIÓ

L'informe del Síndic de Greuges titulat *La concessió de l'indult parcial a les persones condemnades per la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem*, de setembre de 2021, donava compte de l'adopció, el mes de juny del mateix any, de la Resolució 2381 (2021) de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa que duu per títol "S'haurien d'enjudiciar els polítics per declaracions emeses en exercici del seu càrrec?".

La resolució va ser aprovada el 21 de juny de 2021 per 70 vots a favor, 28 en contra i 12 abstencions. Es basava en l'informe redactat pel diputat Boriss Cilevičs, al qual havia dedicat més d'un any i per al qual havia fet una visita a Espanya amb el suport d'autori-

tats públiques de l'Estat. Durant aquesta visita es va entrevistar amb un ampli ventall d'interlocutors tant de l'àmbit jurídic com del polític.

La resolució fa un seguit de recomanacions a tots els estats membres del Consell d'Europa, juntament amb recomanacions específiques als dos estats que havien estat objecte d'atenció especial per part del relator: Turquia i Espanya.

L'objecte d'aquest informe és contribuir a la tasca de seguiment de les resolucions del Consell d'Europa, fent una valoració del grau d'assoliment de les recomanacions formulades.

2. RECOMANACIONS GENERALS A TOTS ELS ESTATS MEMBRES DEL CONSELL D'EUROPA

Amb caràcter general, la Resolució 2381 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa (PACE) convida tots els estats a:

- 10.1.1 *ensure that everyone, including politicians, enjoy freedom of speech and assembly in law and practice and refrain from imposing any restrictions not covered by the Convention as interpreted by the Court;*
- 10.1.2 *notably examine their relevant criminal provisions and their application in practice, in light of the judgments and decisions of the Court also vis-à-vis other countries, to ensure that their provisions are drafted sufficiently clearly and narrowly and that they do not lead to disproportionate penalties;*
- 10.1.3 *free without delay any and all politicians who fulfil the Assembly's definition of political prisoners in line with Resolution 1900 (2012);*

La darrera d'aquestes recomanacions es desenvoluparà en l'apartat relatiu al cas espanyol. En relació amb les dues primeres recomanacions generals es poden fer les observacions següents:

1. En relació amb la primera recomanació

1. La llibertat d'expressió té problemes greus a Espanya des de fa temps, que evidencien un retrocés important. Per citar només els darrers quatre anys (encara que es podria anar més enrere, vegeu l'informe del Síndic Retrocessos en matèria de drets humans: *llibertat d'expressió dels càrrecs electes i separació de poders al Regne d'Espanya*, d'abril de 2017), s'ha de destacar que s'han obert processos penals i els tribunals han condemnat a penes diverses (multes, penes de presó i d'inhabilitació, segons els casos) diferents persones per expressions contingudes en cançons o publicades a les xarxes socials. Especialment preocupant és l'ús que s'ha fet dels delictes d'enaltiment del terrorisme (en una situació en què han desaparegut les organitzacions terroristes que van existir a Espanya en el passat recent) i d'injúries a la Corona i dels delictes d'odi (a partir d'expressions dirigides contra

algunes institucions estatals o contra la policia, que no són objecte de protecció com a tals, ja que ni aquests són col·lectius vulnerables que s'hagin de protegir contra les manifestacions d'odi, ni les expressions que se'ls van dirigir van ser per raó de raça, color, origen nacional o ètnic, edat, discapacitat, llengua, religió o creences, sexe, gènere, orientació sexual o altres característiques personals, que són els motius que poden generar un discurs d'odi).

Es poden destacar en aquest sentit els casos dels cantants de rap César Strawberry (condemnat pel Tribunal Suprem (TS) després d'una primera absolució de l'Audiència Nacional (AN), amb sentència, però, del Tribunal Constitucional (TC), que va anul·lar la condemna del TS: STC 35/2020, de 25 de febrer de 2020); Valtònc, condemnat per sentència de l'AN (SAN de 21 de juliol de 2017), ratificada pel TS (STS 78/2018, de 15 de febrer), i Pablo Hasél, condemnat dues vegades (SAN de 31 de març de 2014, confirmada per l'STS 106/2015, de 19 de febrer; i, per uns fets similars als de la primera condemna, SAN de 2 de març de 2018 i, en apel·lació, SAN de 14 de setembre de 2018, confirmada per STS 135/2020). En aquests moments, Valtònc es troba a Bèlgica, esperant la resolució del recurs de cassació interposat per la fiscalia belga davant de les dues negatives dels tribunals a acceptar lliurar-lo d'acord amb l'ordre europea de detenció presentada pel Tribunal Suprem espanyol.

2. Aquesta tendència restrictiva ha estat avalada pel Tribunal Constitucional, amb una inflexió de la seva doctrina sobre la llibertat d'expressió, que ja tenia, però, alguns precedents preocupants (com el de l'STC 177/2015, de 22 de juliol, cas Stern i Roura, respecte de la qual el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) va declarar posteriorment que vulnerava el dret reconegut en l'art. 10 del Conveni europeu de drets humans (CEDH): STEDH de 13 de març de 2018, Stern Taulats i Roura Capellera contra Espanya, núm. 51168/15 i 51186/15).

En efecte, resulten especialment preocupants per a la llibertat d'expressió les darreres sentències del TC 190/2020, de 15 de desembre, i 93/2021, de 10 de maig. En aquestes dues sentències s'estableix una interpretació enormement restrictiva de la llibertat d'expressió, que, malgrat les afirmacions de la mateixa sentència, resulta difícilment compatible amb la doctrina del TEDH en la matèria, com denuncien els vots particulars que alguns magistrats del TC van presentar a les dues resolucions. En la primera (STC 190/2020) el TC va desestimar el recurs d'empara que va presentar una persona que va ser condemnada per ultratges a Espanya perquè en el transcurs d'una manifestació de reivindicació laboral per part de treballadors d'una instal·lació militar va proferir expressions contra la bandera espanyola (que s'estava hissant en el recinte militar prop d'on transcorria la manifestació). El TC considera que aquesta condemna no vulnera la llibertat d'expressió, ja que, segons el Tribunal, les expressions que es van utilitzar, relatives a la bandera espanyola que s'estava hissant, no eren necessàries per a la reivindicació que s'estava produint i no hi tenien cap relació. En la segona (STC 93/2021), el TC tampoc no atorga l'empara a una persona, regidora d'un ajuntament, que va ser condemnada civilment per haver titllat d'assassí a Facebook un torero que havia sigut mort per un toro. Altra vegada, el TC utilitza el criteri de la "necessitat" de l'expressió utilitzada per manifestar una idea o una opinió, i conclou que en aquest cas tampoc no era necessària per expressar la seva posició d'activista antitaurí i, per tant, constituïa un excés en l'exercici de la llibertat d'expressió, que no podia ser emparat. Aquest ús del criteri de la "necessitat de l'expressió", aliè a qualsevol consideració de ponderació o proporcionalitat, per manifestar una opinió té un altíssim potencial restrictiu, com mostren aquests casos, i provoca un efecte dissuasiu (*chilling effect*) que afecta clarament el lliure exercici de la llibertat d'expressió.

3. En relació estrictament amb els representants polítics, cal destacar la condemna per desobediència del president Quim Torra, per no haver ordenat, dins del termini fixat per la Junta Electoral Central (JEC), la retirada d'una pancarta (en contra de l'existència de presos polítics) de la seu

del Govern de la Generalitat de Catalunya, condemna que li va comportar, a més, la pèrdua automàtica de l'escó al Parlament de Catalunya per decisió de la Junta Electoral Central, un òrgan de caràcter administratiu amb funcions de control dels processos electorals. Aquesta decisió va ser ratificada després pel Tribunal Suprem i pel Tribunal Constitucional (STC 25/2022, de 23 de febrer), en aquest darrer cas amb diversos vots particulars que consideren que, com a mínim, el TC hauria d'haver-se qüestionat la constitucionalitat de l'art. 42 del Codi penal, que estableix que la pena d'inhabilitació especial per càrrec públic comporta, a més de la privació del càrrec sobre la qual recau, la incapacitat per obtenir el mateix càrrec o altres d'anàlegs durant el temps que duri la condemna. Aquesta disposició del Codi penal, interpretada conjuntament amb l'art. 6.2.b de la LOREG (que estableix que és causa d'inelegibilitat la condemna per sentència, encara que no sigui ferma, per determinats delictes, entre els quals el terrorisme, la rebel·lió i els delictes contra l'Administració pública, com el de desobediència), ha donat com a resultat que la JEC i el TS entenguin que aquesta causa d'inelegibilitat obliga a cessar les persones condemnades per aquests delictes –d'entitat tan diversa– del càrrec que ocupen en el moment de la condemna judicial, encara que n'ocupessin un altre en el moment dels fets pels quals van ser condemnats. Es tracta d'una interpretació extensiva de normes que restringeixen drets, amb resultats que es poden considerar desproporcionats.

L'expresident Torra ha estat objecte després d'un altre processament, per uns fets similars posteriors, que estan pendents en aquest moment de sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC). Una solució judicial similar ha rebut el cas del diputat del Parlament de Catalunya Pau Juvillà, per no haver retirat del seu despatx a l'Ajuntament de Lleida, on era regidor, els llaços grocs en suport a les persones condemnades pel procés pel TS, durant una campanya electoral, campanya en la qual ell, a més, no es presentava. La condemna penal d'inhabilitació per desobediència li va comportar també la pèrdua de l'escó com a diputat del Parlament de Catalunya, sense ni tan sols esperar la resolució del recurs judicial que va interposar.

Aquestes condemnes penals manifesten una pràctica judicial molt restrictiva de la llibertat d'expressió dels polítics, no justificable per la neutralitat dels poders públics durant els processos electorals, que no pot comportar en cap cas que els polítics no manifestin la seva posició i les seves opinions, sinó que els poders públics no interfereixin partidàriament en el procés electoral. Una cosa és l'objectivitat de les administracions públiques en la prestació dels seus serveis i una altra de ben diferent el comportament dels càrrecs electes, que ho són precisament en virtut de la seva ideologia.

4. En el cas Juvillà, a més, es manifesta un problema greu de respecte al dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE i art. 6 CEDH). En efecte, la JEC, un òrgan administratiu amb funcions de garantia i control dels processos electorals, va ordenar la retirada immediata de l'escó del Sr. Juvillà, sense esperar ni tan sols la resolució de les mesures cautelars que es van demanar al TS i, encara menys, la resolució del recurs judicial contra la sentència dictada pel TSJC. Simultàniament, va lliurar la credencial de diputat al següent de la llista per la qual el Sr. Juvillà s'havia presentat. La retirada immediata de l'escó per una condemna no ferma i per decisió d'un òrgan administratiu, que va comminar amb "efectes legals" si no es complia la seva ordre, revela la greu situació d'indefensió que es produeix en aquest cas (i que pot estendre's a d'altres de similars), en què una decisió administrativa no disposa d'un recurs judicial efectiu i provoca efectes irreversibles.

5. En aquests casos s'ha de destacar també la desproporcionalitat de la pena i dels efectes de la seva aplicació. En tot cas, l'exhibició de símbols que es considerin inapropiats durant la campanya electoral es podria resoldre (com succeeix amb altres infraccions electorals) amb una multa o una sanció administrativa, i no amb condemnes penals per desobediència que comportin inhabilitació i, a més, pèrdua sobrevinguda del càrrec representatiu obtingut en unes eleccions.

Aquesta desproporció neix de la interpretació judicial i de la JEC, de caràcter clarament extensiu, però també de certes disposicions legals que faciliten aquest resultat i que convindria revisar. En especial, l'article 42 del Codi penal i l'article 6.2.b) de la LOREG, que diuen:

Article 42. Codi penal

La pena d'inhabilitació especial per a feina o càrrec públic produeix la privació definitiva de la feina o càrrec sobre el qual recaigui, encara que sigui electiu, i dels honors que li siguin annexos. Produeix, a més, la incapacitat per obtenir la feina o càrrec o altres d'anàlegs, durant el temps de la condemna. En la sentència s'han d'especificar les feines, els càrrecs i els honors sobre els quals recau la inhabilitació.

Article 6.2 b) Llei orgànica del règim electoral general

2. Són inelegibles:

a) Els condemnats per sentència ferma a pena privativa de llibertat, en el període que duri la pena.

b) Els condemnats per sentència, encara que no sigui ferma, per delictes de rebel·lió, de terrorisme, contra l'Administració pública o contra les institucions de l'Estat quan la sentència hagi establert la pena d'inhabilitació per a l'exercici del dret de sufragi passiu o la d'inhabilitació absoluta o especial o de suspensió per a ocupació o càrrec públic en els termes que preveu la legislació penal.

6. Igualment, i atès que afecten també directament la llibertat d'expressió dels representants polítics en exercici de les seves funcions representatives en el Parlament, la qual cosa afecta a més la garantia de la inviolabilitat parlamentària respecte de la qual el TS i el TC han establert una concepció molt restrictiva, cal destacar els processos penals oberts als membres de la Mesa del Parlament de Catalunya que van permetre la tramitació de certes iniciatives legislatives considerades inconstitucionals i que van ser condemnats pel TSJC a penes de multa i d'inhabilitació (STSJC de 19 d'octubre de 2020). També un altre membre de la Mesa, diputat després al Congrés dels Diputats, ha estat condemnat pel TS pels mateixos fets (STS de 9 d'abril de 2021) i obligat a deixar el seu escó al Congrés dels Diputats. Igualment, l'anterior president del Parlament de Catalunya, Roger Torrent, i alguns membres de la Mesa de la mateixa legislatura han estat també processats per

permetre que es duguessin a terme debats parlamentaris sobre la monarquia i l'autodeterminació, i en aquests moments es troben pendents de la celebració de la vista oral.

Tots aquests fets mostren un retrocés important en matèria de llibertat d'expressió, que es manifesta de manera especialment greu en relació amb les expressions referides a institucions com la Corona o bé la policia. I, de manera especial, en la imposició de límits –amb conseqüències penals– a la lliure expressió en l'àmbit representatiu i parlamentari, atès que el simple fet d'exhibir certs símbols polítics (relatius a les persones condemnades pel TS en el judici per l'1 d'octubre) o de permetre el debat sobre certs temes (com el dret a l'autodeterminació o la Corona) pot comportar la incoació de processos penals que poden desembocar en la inhabilitació i el cessament de càrrecs representatius. A aquest retrocés també ha fet referència Amnistia Internacional en el seu recent informe anual referent a Espanya.

2. En relació amb la segona recomanació

1. En relació amb els articles 42 del Codi penal i 6.2.b de la LOREG, que tenen com a efecte combinat la privació automàtica dels càrrecs públics condemnats per desobediència (fins i tot a instàncies d'un òrgan administratiu com la JEC), alguns vots particulars a sentències del TC han considerat reiteradament que aquestes disposicions causaven efectes desproporcionats.

2. D'altra banda, **no s'han derogat encara les disposicions més problemàtiques de la Llei orgànica 4/2015, de protecció de la seguretat ciutadana de 2015** (Llei mordassa), tot i que se n'està tramitant al Congrés dels Diputats una modificació legislativa. El TC va declarar que era conforme a la Constitució, excepte la necessitat d'autorització per usar imatges d'autoritats, policies i instal·lacions en determinats casos (STC 172/2020, de 19 de novembre). El Síndic ja va denunciar la regressió que suposava aquesta Llei en el seu informe *Retrocessos en matèria de drets humans: llibertat d'expressió dels càrrecs electes i*

separació de poders al Regne d'Espanya, d'abril de 2017.

Sobre aquesta legislació s'han pronunciat, de manera molt crítica, tant la comissària europea pels Drets Humans com la Comissió de Venècia.

3. En relació amb les limitacions imposades a representants elegits per exercir la seva funció, cal fer menció també a l'aplicació que va fer la Mesa del Congrés, amb una interpretació a més clarament extensiva, de l'article 384 bis de la LeCrim, als processats per la causa de l'1 d'octubre a Catalunya que havien estat elegits al Congrés dels Diputats (Oriol Junqueras, Jordi Sànchez, Jordi Turull i Josep Rull) i al Senat (Raül Romeva) en les eleccions legislatives de 2019. En tots aquests casos, el fet que fossin processats per un delictes de rebel·lió (que després, en el judici, es va revelar clarament inaplicable) va provocar que fossin suspesos dels seus càrrecs representatius.

Tampoc no es va permetre judicialment que el diputat Jordi Sànchez (elegit al Parlament de Catalunya en les eleccions del dia 21 de desembre de 2017, i en presó provisional en aquell moment per la seva presumpta implicació en els fets que van generar la causa de l'1 d'octubre a Catalunya), que va ser nomenat com a candidat a la Presidència de la Generalitat, es pogués presentar a l'acte d'investidura. El diputat Jordi Turull, també processat en la mateixa causa, va poder presentar-se com a candidat proposat a la Presidència de la Generalitat a la primera sessió d'investidura, però va ser encarcerat per ordre judicial abans de la segona sessió i no se li va donar permís per assistir-hi. Cal posar de manifest que en tots aquests casos es va aplicar la mesura excepcional de l'article 384 bis de la LeCrim, introduït en la legislació antiterrorista de 1988 (Llei orgànica 4/1988, de 25 de maig), que estableix que les persones integrades en bandes armades o terroristes i els "individus terroristes o rebels" que estiguin processats i en presó provisional queden automàticament suspesos dels càrrecs públics que ocupin, i que el TC va interpretar, acceptant la seva constitucionalitat, en el context de l'examen de la legislació antiterrorista (STC 71/1994, de 24 de març).

3. RECOMANACIONS ESPECÍFIQUES PER A ESPANYA

La Resolució 2381 (2021) formula les següents recomanacions específiques al Regne d'Espanya:

10.3.1 reform the criminal provisions on rebellion and sedition so that they cannot be interpreted in such a way as to invalidate the decriminalisation of the organisation of an illegal referendum, as intended by the legislature when it abolished this specific crime in 2005, or lead to disproportionate sanctions for non-violent transgressions;

10.3.2 consider pardoning or otherwise releasing from prison the Catalan politicians convicted for their role in the organisation of the October 2017 unconstitutional referendum and the related peaceful mass demonstrations, and consider dropping extradition proceedings against Catalan politicians living abroad who are wanted on the same grounds;

10.3.3 drop the remaining prosecutions also of the lower-ranking officials involved in the 2017 unconstitutional referendum and refrain from sanctioning the successors of the imprisoned politicians for symbolic actions that merely express their solidarity with those in detention;

10.3.4 ensure that the criminal provision on misappropriation of public funds is applied in such a way that liability arises only when actual, quantified losses to the State budget or assets can be established;

10.3.5 refrain from requiring the detained Catalan politicians to disown their deeply held political opinions in exchange for a more favourable prison regime or a chance of pardon; they may however be required to pledge to pursue their political objectives without recourse to illegal means;

10.3.6 enter into an open, constructive dialogue with all political forces in Catalonia, including those opposing independence, in order to strengthen the quality of Spanish democracy through the authority of the rule of law, good governance and total respect of human rights, without recourse to criminal law, but in full respect of the constitutional order of Spain and reach a compromise that enables Spain, a strong European democracy, to settle political differences, including on sensitive issues;

10.3.7 implement these recommendations according to the principles of the rule of law as defined by the Council of Europe, paying due attention to the principle of equality of all citizens before the law.

Passem doncs a analitzar-ne el grau de compliment en el moment actual.

1) Reformar les disposicions penals en matèria de rebel·lió i sedició perquè no puguin ser interpretades de manera que invalidin la despenalització de l'organització d'un referèndum il·legal, tal com pretenia el legislador quan va abolir aquest delictes concret l'any 2005, o perquè no puguin aplicar-se sancions desproporcionades a infraccions no violentes

Durant el primer semestre de 2021, abans de l'adopció de la resolució de l'Assemblea Parlamentària, es va saber pels mitjans de comunicació que el Govern de l'Estat preparava un projecte de llei de reforma del Codi penal en relació amb els delictes de rebel·lió i sedició. **Segons aquests mitjans, un cop concedits els indults en els termes que veurem més endavant, el Govern ha renunciat a aquesta reforma. Per tant, en el moment d'elaborar aquest informe no s'ha donat compliment a la recomanació del Consell d'Europa.**

En aquest punt, en qualsevol cas, interessa examinar quina és la regulació actual dels delictes esmentats per la PACE.

La rebel·lió

En primer lloc, cal dir que no s'han condemnat mai civils per rebel·lió penal, ni en les formulacions històriques d'aquest delictes ni en l'actual, per part d'un tribunal civil. L'STS 459/2021 va ser el primer cop en què es jutjaven civils per aquest motiu. Encara que finalment la condemna fos per sedició, haver portat l'acusació per rebel·lió fins a la vista oral davant el TS va tenir conseqüències que hem descrit en l'informe *La Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem i la seva repercussió en l'exercici dels drets fonamentals*, de gener de 2020.

La rebel·lió militar, que era indistintament aplicada a civils i militars en la història

juridicopolítica espanyola, té unes arrels conceptuals i legals prou diferents. Per tant, des del punt de vista jurídic, no es pot considerar la jurisprudència generada al voltant d'aquest concepte com un antecedent vàlid per al cas del procés.

El Codi penal (CP) de 1995 produeix un canvi estructural important en totes les variants del delictes de rebel·lió. A diferència de les versions anteriors del text punitiu, exigeix que l'alçament dels que volen canviar el sistema institucional, en tot o en part, ha de ser públic i amb violència. Anteriorment, només s'exigia l'alçament públic.

La introducció de la violència en el tipus penal va ser el resultat d'una esmena promoguda pel Grup Parlamentari Basc de forma condicional; és a dir, que supeditava el seu vot afirmatiu al nou Codi penal a la introducció d'aquesta esmena. Això es desprèn del *Diari de Sessions* de les Corts i de les declaracions públiques dels diputats que van intervenir en les negociacions parlamentàries. Així es va plasmar oficialment: "Són reus del delictes de rebel·lió els qui s'alcin violentament i públicament per a qualsevol de les finalitats següents: [...]". En el cas català, la hipotètica variant de la rebel·lió seria la del núm. 5 de l'article 472 CP: "Declarar la independència d'una part del territori nacional".

Amb la nova redacció que dona el CP-95, el delictes de rebel·lió requereix tres elements essencials per satisfer el dret fonamental al principi de legalitat penal. El primer és l'alçament, és a dir, una sortida concertada al carrer d'una munió de gent que desbordi les autoritats legítimes, amb la finalitat, en el cas català, de proclamar la independència. El segon element és la publicitat, és a dir, la manifestació ciutadana del moviment insurreccional. Les fases prèvies de conspiració -en sentit ampli- són, per naturalesa, secretes; ara bé, si són descobertes, són objecte de punició específica (art. 477 CP).

El tercer element legal és la violència. En els delictes greus, com la rebel·lió, la violència és considerada sempre violència física sobre les persones o les coses, no merament intimidatòria, sinó lesiva o destructora.

Doncs bé, en l'STS 459/2019, de 14 d'octubre, en cap moment no es defineix ni què és

alçament ni quins actes dels processats van constituir alçament. Seria, per dir-ho planerament, com si es condemnés algú per homicidi sense que constés en la sentència qui ha mort ni com. En segon terme, la violència no queda reflectida en la sentència com el tercer element central del delictes. En efecte, mai de forma directa s'hi fa referència. No consta en quins actes concrets va consistir. En cap moment es relaten fets violents que serien típics d'una rebel·lió: assalt a institucions públiques, lesions o mort de persones, detencions, pillatge, etc. Només cal tenir en compte uns quants detalls: al costat de la Conselleria d'Economia, davant de la qual es van manifestar milers de ciutadans el 20 de setembre de 2017 -un dels dies de la suposada rebel·lió- hi ha tres negocis altament sensibles als aldarulls: una joieria, una farmàcia i un banc, per aquest ordre. Cap del tres establiments va haver de tancar abans del seu horari al públic. Un gran teatre barceloní, seguint la vorera, també veí de la Conselleria, va dur a terme sense problemes la seva funció de nit, encara en plena manifestació davant de la Conselleria.

En conclusió, en cap cas convocar un referèndum il·legal es pot considerar rebel·lió en la redacció actual del Codi penal. Ara bé, tal com recomana el Consell d'Europa, seria **necessària una revisió del tipus de rebel·lió per insistir que aquesta només es pot produir en cas de violència material greu, amb alteració real de l'ordre constitucional.**

La sedició

Històricament, fins al CP de 1995, la sedició era el delictes que seguia la rebel·lió dins de l'apartat dedicat als delictes contra la seguretat interior de l'Estat. El CP-95 canvia la fesomia del text legal. Així, des de 1995, la rebel·lió s'inserta en un títol del CP (títol XXI del llibre II), anomenat "Delictes contra la Constitució". La sedició en aquest nou plantejament politicocriminal passa a integrar-se separatament com un delictes més contra l'ordre públic (títol XXII del llibre II CP). La redacció dels preceptes vigents, tanmateix, manté el parentiu històric i morfològic amb la rebel·lió, que formalment continua sent un delictes tributari, cosa que és causa de molts problemes interpretatius,

ateses les innumerables referències legals de la sedició a la rebel·lió.

En efecte, la redacció de la sedició comença amb una redacció en negatiu: “Són reus de sedició els qui, sense estar compresos en el delictes de rebel·lió [...]” (art. 544 CP). Aquesta redacció negativa dificulta molt saber qui pot cometre un delictes de sedició. És un dels molts defectes que pateix la configuració legal d'aquest delictes. La doctrina tracta, de fet, ambdós delictes com a bessons. Fins i tot s'ha considerat la sedició com una rebel·lió en petit. La sedició, igual que la rebel·lió, requereix un alçament, una publicitat i una forma tumultuària de dur a terme aquesta acció, és a dir, violència.

Sobre les notes de l'alçament i la publicitat no cal repetir el que hem dit abans. Les dificultats provenen de l'expressió “de forma pública i tumultuària”. Un sector doctrinal, en especial els partidaris de considerar la sedició com el delictes aplicable al cas, sostenen que un alçament tumultuari no ha de ser un alçament violent. Això és difícil de justificar atesa la pena en joc, de deu a quinze anys del presó. Com la de l'homicidi.

A banda, la finalitat de la sedició és “impedir, per la força o fora de les vies legals, que s'apliquin les lleis o que qualsevol autoritat, corporació oficial o funcionari públic exerceixi legítimament les seves funcions o compleixi els seus acords o les resolucions administratives o judicials”. No es tracta només d'obstaculitzar o entorpir certes funcions públiques, sinó que realment no es puguin dur a terme (cosa que l'STS 459/2019 no té en compte). I fer-ho o bé per la força (actes violents) o bé fora de les vies legals, és a dir, per vies de fet, que en el sentit sistemàtic del delictes vol dir dur a terme actuacions realment violentes, atesa la pena en joc.

Tanmateix, el TS opera contràriament a l'estàndard hermenèutic consolidat. En la seva sentència, quan castiga per sedició basant-se en una construcció de violència, ve a dir que no és realment violència física, sinó violència ambiental, figura legalment inexistent. Aquesta construcció tan peculiar va ser qualificada per l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa (3/6/2021) de “violència sense violència”.

Com hem establert en el punt anterior, l'STS 459/2019 no parla enlloc de quins fets són constitutius d'alçament ni quina responsabilitat tenen cadascun dels acusats individualment en els fets dels quals se'ls acusa, atès que es tracta d'un delictes col·lectiu en què cal circumstanciar les aportacions de cada processat per dur a terme una condemna respectuosa amb el dret fonamental de la legalitat penal i els drets igualment fonamentals que aixopluga la plàstica expressió “degut procés legal” (*due process of law*).

Tampoc la convocatòria d'un referèndum il·legal hauria de poder-se encabir, en una interpretació mínimament rigorosa, en el tipus penal de sedició. Tot i això, l'única reforma possible (i necessària) és la derogació del delictes de sedició i la reformulació dels delictes contra l'ordre públic, en especial, els delictes de desordres públics, que són un calaix de sastre asistemàtic, desproporcionat i amb poc encaix amb el mandat constitucional de legalitat penal.

2) Indultar o alliberar els polítics catalans condemnats pel seu paper en l'organització del referèndum inconstitucional d'octubre de 2017 i en les manifestacions massives pacífiques que en van derivar, a més de valorar la possibilitat de deixar sense efecte els procediments d'extradició interposats contra els polítics catalans que són a l'estranger i que estan perseguits pels mateixos motius

Els condemnats a penes de presó, nou en total, per l'STS 459/2019 van ser **indultats el 22 de juny de 2021 pel temps que els quedava de presó, amb la condició de no tornar a delinquir, i van quedar en llibertat**. La resta de penes no privatives de llibertat, i les penes idèntiques de la resta de condemnats, no va ser indultades.

Atès que la pena privativa de drets més important de les que s'havien imposat era la inhabilitació per exercir tota mena de càrrecs públics (des de càrrecs electes o funcions en l'Administració pública a tota mena d'ensenyaments en centres de titularitat oficial), els condemnats per la referida sentència han quedat exclosos de participar en els afers públics, inclosos l'ensenyament

i la sanitat pública, fins que la inhabilitació s'esgoti, i per descomptat del dret de presentar-se a unes eleccions.

Sobre l'abast i els límits dels indults concedits el juny de 2021, ens remetem a l'informe del Síndic de Greuges *La concessió de l'indult parcial a les persones condemnades per la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem*. A continuació fem referència a la situació de la resta de persones amb causes penals pendents per qüestions vinculades amb l'1 d'octubre.

Altres encausats

Encara que el gruix dels processos a càrrecs públics de segona línia i, per tant, no aforats, no s'han dut a la pràctica -fonamentalment els que es troben encara en fase d'investigació al Jutjat d'Instrucció núm. 13 de Barcelona-, **hi ha hagut un degoteig de causes penals, especialment contra manifestants que van sortir al carrer en protesta per les actuacions policials de l'1-O i les actuacions judicials subsegüents**. Una bona part ha acabat en absolucions perquè no va quedar provada la participació dels encausats en els fets o perquè va prevaldre el dret de manifestació sobre uns minsos aldarulls. Les persones condemnades, en general, tenen encara les sentències condemnatòries en revisió. Altres amb causes ja closes han instat en algun cas, si la resolució era especialment severa, l'indult. No en consta encara cap de resolts. Tampoc no sembla, a hores d'ara, que hi hagi una acció políticament concertada per dur a terme una petició organitzada d'indults.

Per la seva banda, els membres de la Mesa del Parlament que van permetre els debats que el TC havia prohibit van ser condemnats, ja sigui pel TSJC o pel TS, per desobediència. No consta la petició d'indult, segurament perquè les penes són d'inhabilitació i la tramitació de la gràcia pot durar més que la mateixa condemna.

Entre els alts càrrecs encausats es poden citar:

- L'exconsellera Meritxell Serret, acusada d'un delictes de desobediència que ha de jutjar el Tribunal Superior de Justícia de

Catalunya atesa la seva condició actual de diputada.

- L'actual consellera de Cultura, Natàlia Garriga, pels fets de l'1-O, moment en el qual era directora de serveis del Departament de la Vicepresidència.
- Els avui diputats Jové i Salvadó, que han de ser jutjats pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya pels preparatius de l'1-O.
- L'exdiputada Eulàlia Reguant, per desobediència en negar-se a respondre preguntes de l'acusació particular (el partit polític VOX) en la causa que va dur a la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem. Val a dir que la diputada ja va ser condemnada governativament amb una multa de 2.500 euros per aquests fets, cosa que posa en qüestió el principi de *ne bis in idem*.

Absolucions rellevants

Per raons processals no sempre clares, la causa del procés independentista s'ha fragmentat en nombroses instàncies jurisdiccionals (Tribunal Suprem, Audiència Nacional, Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i diversos tribunals d'instrucció). En aquest context, hi ha hagut dos judicis rellevants. El primer, sobre tota la cúpula policial de la Generalitat (policies i polítics) per afavorir el referèndum de l'1-O. Van ser absolts i el seu comportament considerat positivament o irrellevant pels fets que es discutien processalment. La sentència de l'Audiència Nacional (de 21 d'octubre de 2020) no va ser recorreguda i, per tant, és ferma. Els funcionaris afectats van ser restituïts en els seus llocs de treball.

Per la seva banda, els membres de la Sindicatura Electoral de Catalunya van ser jutjats i absolts en primera instància (sentència de 14 d'abril de 2021) per manca radical de proves en la participació de les funcions que haurien d'haver dut a terme en el referèndum il·legal de l'1-O. La fiscalia ha recorregut aquesta absolució.

Malgrat que aquestes absolucions no deixen de ser una bona notícia, cal destacar el dany reputacional i emocional causat per unes

acusacions injustificades (que encara continuen en el cas dels membres de la Sindicatura Electoral), i que el conseller d'Interior va ser condemnat per sedició a deu anys i mig de presó pels mateixos fets pels quals els seus subordinats van ser absolts.

Euroordres

Diversos ex-alts càrrecs de la Generalitat durant els fets de l'1-O han abandonat el territori de l'Estat i continuen amb causes pendents. És el cas de l'expresident Carles Puigdemont i els exconsellers Antoni Comín, Clara Ponsatí i Lluís Puig, respecte dels quals el Tribunal Suprem ha activat en diversos moments la figura de l'euroordre. En contra del que recomana l'Assemblea Parlamentària, no s'han deixat sense efecte **“els procediments d'extradició interposats als polítics catalans que són a l'estranger i que són perseguits pels mateixos motius”.**

La situació legal de les euroordres contra els processats pels fets del setembre/octubre de 2017 estan, d'acord amb la interlocutòria del TJUE de 30/7/2021, suspeses, malgrat les protestes -fora de les vies processals- del magistrat instructor del TS que les va emetre. D'acord amb el TJUE, aquesta suspensió va tenir lloc perquè precisament va ser el mateix magistrat instructor del TS qui així ho va declarar, tal com consta en l'expedient judicial corresponent. Per aquesta raó, l'euroordre que es va practicar a Itàlia (Sàsser, Sardenya), va ser deixada sense efecte menys de vint-i-quatre hores després de la detenció del president Puigdemont.

Les anteriors euroordres han estat rebutjades pels tribunals estatals als quals s'han requerit. En resta només una, a Bèlgica, que ha estat recorreguda en cassació per la fiscalia d'aquell país.

La possibilitat de deixar-les sense efecte -fins ara només provisionalment a causa de moviments tàctics i indesxifrables del magistrat instructor del TS- correspon en última instància al Govern de Madrid. En efecte, atès que en els processos de les euroordres únicament és part el Ministeri Fiscal i, en conseqüència, és l'única part processal que les pot instar, i atès que el

Ministeri Fiscal depèn, malgrat certa autotomia funcional, del Govern, aquest pot ordenar en qualsevol moment a la Fiscalia davant el TS, via la Fiscalia General de l'Estat, que retiri les peticions d'euroordre. En aquest cas, l'instructor del TS no tindria més remei que arxivar-les i, en conseqüència, quedarien sense efecte. Al mateix temps, decauria la qüestió prejudicial plantejada pel mateix jutge instructor davant el TJUE. El mateix succeiria amb les ordres de detenció internes. En definitiva, en aquesta matèria la darrera paraula la té el Govern de l'Estat.

Val a dir, d'altra banda, que respecte de tres d'aquestes persones, que tenen la condició de diputades del Parlament Europeu (Puigdemont, Comín i Ponsatí), el Tribunal Suprem ha plantejat una qüestió prejudicial davant el TJUE, encara pendent de resoldre, en relació amb la seva condemna per la sentència 459/2019, quan ja havien adquirit la condició d'eurodiputats.

Menció a part s'ha de fer de les exdiputades Marta Rovira i Anna Gabriel, que es troben a Suïssa, país que ha rebutjat des del primer moment la possibilitat d'una extradició, atès que l'article 3 del conveni bilateral amb Espanya exclou d'aquesta figura els delictes polítics.

Amnistia

La primera mesura que es va instar des d'institucions públiques i organitzacions privades i acadèmiques va ser demanar l'amnistia per a tots els processats i condemnats pels fets que van derivar en actuacions judicials i davant el Tribunal de Comptes (responsabilitat comptable). Després de deliberacions de tota mena, els partits polítics independentistes al Congrés de Diputats a Madrid van prestar una proposició de llei el 16 de març de 2021 i va ser inadmesa a tràmit per ser incompatible amb la Constitució segons dictamen dels lletrats de la cambra legislativa. En efecte, la Mesa del Congrés, en data 23 de març de 2021 va acordar el següent en relació amb la proposició de llei: “...no procede su admisión a trámite, en la medida en que, de un examen liminar se desprende que la misma, al suponer la concesión de un indulto general que afecta a una pluralidad de

sujetos condenados por sentencia firme entraría en una contradicción palmaria y evidente con lo dispuesto en el artículo 62 i) de la Constitución, de acuerdo con el cual no cabe que la ley autorice indultos generales.”

És a dir, no se'n va arribar a debatre ni tan sols l'admissió a tràmit en seu pròpiament parlamentària. Ara bé, una simple lectura de la Constitució, que parla del dret de gràcia, que exerceix el rei, no parla de l'amnistia ni, per tant, la prohibeix. Tampoc una amnistia, amb nom i cognoms, és un indult general. Aquest és el parer de bona part de la doctrina penalista i juridicopública. A més, amb la seva decisió, la Mesa assumeix una facultat, la del control previ constitucional, inèdita i sense cap suport legal, tot evitant que la institució legítimament encarregada d'aquesta funció, el Tribunal Constitucional, arribi a pronunciar-se sobre un tema controvertit.

Recursos davant el TC i pas al TEDH

Pràcticament totes les condemnes han estat recorregudes davant el TC, que ha denegat l'empara i ha confirmat les sentències ordinàries i tots els seus incidents processals, per bé que no de manera unànime. Esgotada la via interna de recursos ordinaris i extraordinaris, queda oberta la via al recurs davant del TEDH.

Aquesta instància europea ja ha rebut una sèrie de demandes derivades de les resolucions del procés. Tot sembla indicar que està en espera de les darreres i mentrestant ha anat formant un únic expedient. Encara és aviat per determinar una data probable de resolució de les demandes.

3) Retirar els processos restants contra càrrecs inferiors, també implicats en el referèndum inconstitucional de 2017, i no sancionar les persones que han succeït els responsables polítics empresonats, que amb les seves accions simplement expressen la seva solidaritat amb els detinguts

En part ja s'ha respost en la qüestió anterior, però convé aquí desenvolupar alguns arguments addicionals. La major part dels encausats judicials pels fets que ens ocupen

no han estat jutjats, sinó que la causa està encara en fase d'investigació judicial. I, ocasionalment, es produeixen algunes incorporacions més, a banda d'algun apartament del procés, també ocasional. En aquests casos, es produeix l'arxivament provisional de les actuacions amb caràcter individual. En tot cas, **no hi ha hagut una retirada generalitzada de processos contra càrrecs inferiors per part de la Fiscalia, tal com recomana el Consell d'Europa.**

Els dos jutjats d'instrucció que més volum d'encausats tenen són el Jutjat d'Instrucció núm. 13 i el Jutjat d'Instrucció núm. 1, ambdós de Barcelona. Inicialment, el Jutjat núm. 13 es va ocupar de la causa, però ha anat perdent encausats per raó dels aforats, que han estat jutjats o pel TSJC o pel TS.

Ara es tracta de càrrecs públics, de l'Administració de la Generalitat o de les administracions locals, que a hores d'ara, al marge de les responsabilitats que tinguessin al moment dels fets o puguin tenir en el futur, no gaudeixen d'un estatus processal especial. De fet, aquest grup l'integren una cinquantena de persones, inclosos un bon nombre d'alcaldes. La instrucció, que ha estat a punt de tancar-se un parell de vegades i de remetre les actuacions a l'òrgan d'enjudiciament per a la vista oral, continua en aquesta fase d'investigació.

L'altra causa rellevant per la significació dels càrrecs encausats, cap d'ells aforat en l'actualitat, és el cas Voloh (Jutjat d'Instrucció núm. 1 de Barcelona). Es refereix a la suposada gestió dels encausats per instar la implicació de Rússia en el procés d'independència de Catalunya. Aquesta gestió hauria estat duta a terme per una sèrie de personalitats implicades judicialment sense que, pel que se sap fins ara, hi hagi indicis sòlids d'aquesta implicació.

Les persones interessades han demanat l'arxivament de les actuacions. També ho ha fet, parcialment, la Fiscalia, per remetre el que resti amb algun interès a l'Audiència Nacional. No s'albira quin serà el final processal ni en data ni en contingut.

Un altre cas emblemàtic és el de Tamara Carrasco: activista acusada de sedició, rebel·lió i terrorisme, a qui es van imposar

mesures cautelars extremadament dures (prohibició de sortida del municipi durant més d'un any), i que ha estat absoluta fins en dues ocasions pel jutjat penal i l'Audiència Provincial de Barcelona; sentències que han estat recorregudes per la Fiscalia.

En tot cas, cal tornar a reiterar el que ja s'ha dit més amunt: atès que la Fiscalia depèn del Govern central, aquest en podria desactivar les acusacions, i el jutge, en virtut del principi acusatori, hauria d'arxivar la causa. En algunes causes es persona l'anomenada *acció popular* -excepció espanyola al monopoli per part del Ministeri Fiscal de l'acció penal-, que no està subjecta a cap mandat de cap autoritat ni pública ni privada. Això podria comportar, com de fet comporta a la pràctica, que el procediment pugui continuar, si el jutge ho estima pertinent, en la mesura que algú exerceixi, d'acord amb les previsions legals, l'acció popular.

4) Garantir que la disposició penal sobre malversació de fons públics s'apliqui de manera que la responsabilitat només sorgeixi quan es puguin constatar pèrdues reals i quantificades per al pressupost o patrimoni de l'Estat

En el marc de les Actuacions Prèvies 80/2019, el 20 d'abril de 2021 el Tribunal de Comptes va emetre una providència en què se citaven a declarar trenta-quatre alts càrrecs de la Generalitat de Catalunya en el període 2011-2017 per "indicis de responsabilitat comptable" en relació amb les despeses de la Generalitat destinades a la realització de "la consulta o procés de participació ciutadana duta a terme l'1 d'octubre de 2017". Les actuacions portaven causa d'una liquidació provisional practicada el gener de 2020 arran de denúncies presentades pel Ministeri Fiscal i dues entitats privades.

Els alts càrrecs van haver de lliurar un aval de 5,4 milions d'euros a finals de juliol de 2021. En cas de no haver-ho fet, el Tribunal hagués procedit a embargar-los els béns.

Tot i que en el procediment obert hi ha fins a trenta-quatre ex-alts càrrecs del Govern encausats, ara per ara l'única demanda admesa a tràmit (presentada per Societat Civil Catalana) només es dirigeix contra onze persones: els expresidents de la

Generalitat Carles Puigdemont i Artur Mas, l'exvicepresident Oriol Junqueras i vuit exmembres més del Govern: Dolors Bassa, Toni Comín, Neus Munté, Jordi Turull, Raül Romeva, Clara Ponsatí, Lluís Puig i Francesc Homs.

Cal fer notar que Artur Mas i Francesc Homs ja van ser jutjats i condemnats pel Tribunal Suprem pel que fa a l'organització de la consulta del 9-N (2014). Per la seva banda, Oriol Junqueras, Dolors Bassa, Neus Munté, Jordi Turull i Raül Romeva ho han estat per l'1-O, mentre que la resta d'encausats tenen la causa pendent al Tribunal Suprem.

En qualsevol cas, per tant, aquesta recomanació està lluny de ser assolida en el moment actual.

En relació amb el Tribunal de Comptes, val la pena fer una reflexió sobre la independència i la imparcialitat d'aquesta institució, en el marc de la seva competència d'enjudiciament.

Malgrat que el marc constitucional i legal hauria de garantir la independència i la imparcialitat d'aquest ens, diversos aspectes del seu funcionament en democràcia posen en dubte aquests elements.

El Tribunal de Comptes està format per dotze consellers escollits per meitats per Congrés i Senat per una majoria qualificada de tres cinquenes parts de les cambres. El mandat d'aquests consellers és de nou anys, renovables. El resultat de la combinació d'aquests factors, juntament amb les majories que han conformat les Corts Generals durant els darrers quaranta anys, han fet que els nomenaments hagin recaigut en funció de quotes de partit, amb escassa consideració del coneixement tècnic de la majoria de les persones candidates. A més, la possibilitat de reelecció ha permès que alguns consellers s'hagin mantingut en el càrrec fins a trenta anys.

Per empitjorar les coses, més de la meitat del personal del Tribunal de Comptes no té la condició de funcionari del mateix Tribunal, com preveu la Llei, sinó que prové d'altres administracions públiques (les quals el Tribunal de Comptes ha d'auditar). Hi ha hagut també greus acusacions de

nepotisme, en el sentit que més de cent dels quatre-cents empleats del Tribunal de Comptes tenien vinculació familiar amb alts càrrecs de l'ens.

El Tribunal de Comptes espanyol, com algun dels seus homòlegs europeus (França, Itàlia i Portugal), però a diferència de la major part d'entitats fiscalitzadores superiors (inclòs el Tribunal de Comptes de la Unió Europea) té dues funcions. D'una banda, la típica d'aquest tipus d'entitats: l'auditoria dels comptes dels organismes públics i dels pressupostos generals de l'Estat (compte general). De l'altra, la capacitat d'enjudiciar per si mateix i a la seva seu les possibles responsabilitats comptables o delictes que es puguin desprendre de la seva anàlisi dels comptes públics.

En efecte, l'article 15 de la Llei orgànica de 1982 estableix que:

“U. L'enjudiciament comptable, com a jurisdicció pròpia del Tribunal de Comptes, s'exerceix respecte dels comptes que hagin de rendir els qui recaptin, intervinguin, administrin, custodiïn, manegin o utilitzin béns, cabals o efectes públics. Dos. La jurisdicció comptable s'estén als abastos de cabals o efectes públics, així com a les obligacions accessòries constituïdes en garantia de la seva gestió.”

El desconeixement públic d'aquesta funció d'enjudiciament, i les opinions crítiques que va començar a generar a principis de la dècada passada (incloses denúncies de nepotisme en la contractació i nomenaments en el Tribunal) va motivar que el Tribunal de Comptes endegués una avaluació entre iguals (*peer review*) a càrrec del Tribunal de Comptes Europeu i el seu homòleg de Portugal. Aquest informe (2015) es pot trobar a la pàgina web del Tribunal de Comptes en l'apartat de Transparència.

Respecte a la funció d'enjudiciament, l'informe recomanava, entre altres coses, que els consellers de la Secció d'Enjudiciament no haurien de debatre i votar els informes de fiscalització i que la instrucció dels procediments hauria de correspondre a la Unitat d'Actuacions Prèvies, sota la supervisió de la Fiscalia. No hi ha hagut cap avaluació entre iguals posterior a la de l'any 2015. Tampoc no hi

ha hagut informes del Tribunal de Comptes sobre el seguiment de les recomanacions ni cap pla de canvi i millora prenent com a base aquest document. Queden al menys tres greus defectes organitzatius en la funció processal del Tribunal.

Un primer problema és que la segona instància davant un recurs pot presentar un risc de col·lusió. En efecte, la Secció d'Enjudiciament està organitzada de la manera següent: un president de la Secció i tres consellers, cadascun a càrrec d'un dels departaments d'enjudiciament, els quals per sorteig es fan càrrec de cada cas que ha de ser jutjat. Si al final s'arriba a dictar sentència, ho fa cadascun dels consellers, a títol individual com a jutge de primera instància. Si hi ha recurs contra la sentència, llavors és en l'àmbit de la mateixa Secció on s'acabarà considerant el recurs. I ho fan el president amb els altres dos consellers dels departaments que no han participat en la sentència en primera instància. Malgrat que el conseller que ha jutjat en primera instància no participa en la segona, sembla indubtable que el fet de compartir secció durant nou anys, amb desenes o centenars de recursos creuats, generi un joc estratègic de favors mutus que faci ineficaç aquesta segona instància. En aquest sentit, seria molt millor que la segona instància no tingués cap vinculació amb les persones que emeten les seves sentències en la mateixa secció.

Un segon element de disseny organitzacional que pot afectar el judici dels consellers d'enjudiciament es troba en la recomanació continguda en l'avaluació entre iguals esmentada precedentment. Una font important de l'activació del fur propi de la Secció d'Enjudiciament són els informes de fiscalització del Tribunal, tal com ha passat en el cas dels trenta-quatre ex-alts càrrecs de la Generalitat. El fet que els consellers participin en els debats i que a més tinguin vot per a l'aprovació o no de l'informe de fiscalització pot influir en el criteri que es formin sobre el tema que després passarà a la seva pròpia jurisdicció, sent un d'ells el que en primera instància haurà de resoldre sobre el tema. Si fóssim en un esquema judicial, seria com si el Ministeri Fiscal o el jutge d'instrucció s'integressin, després de formular l'acusació, en l'òrgan judicial que ha de dictar sentència.

El tercer element, també de caràcter general, que afecta tant la Secció d'Enjudiciament com la de Fiscalització és la presència de l'Advocacia de l'Estat en el funcionament del Tribunal de Comptes. L'Advocacia de l'Estat és un cos pertanyent a la branca executiva de l'Estat, en particular situada en el Ministeri de Justícia, amb rang de subsecretaria. Assisteix jurídicament el Govern. El Tribunal de Comptes, en el seu vessant de fiscalització, està al servei del Parlament, i en el seu vessant jurisdiccional és poder judicial: no té sentit que l'Advocacia de l'Estat s'incardini en els processos interns del funcionament del Tribunal de Comptes; al contrari, això redunda negativament en la independència i la imparcialitat de la institució. Una altra cosa és que, naturalment, l'Advocacia de l'Estat sigui part en un procediment, però el que resulta insòlit és que formi part del procés decisor del Tribunal de Comptes.

Un exemple d'aquesta situació anòmala el tenim en les actuacions 28 i 27 de l'any 2021 vinculades als avals que es van sol·licitar en relació amb activitats d'acció exterior de la Generalitat de Catalunya. El funcionari instructor de l'expedient d'avals va demanar opinió a l'Advocacia de l'Estat, la qual va rebutjar donar aquesta opinió, com si fos un tercer imparcial, precisament perquè no ho és. Tot això té a veure amb els punts 2 i 3 de l'avaluació entre iguals, que denoten que després de més de quaranta anys de fur propi el Tribunal de Comptes no ha pogut construir en la Secció d'Enjudiciament un procediment únic i que garanteixi els drets dels afectats.

Per tot això, podem concloure que el Tribunal de Comptes no reuneix les notes d'independència i imparcialitat que són imprescindibles per dur a terme la funció jurisdiccional que li encomana la seva Llei orgànica.

5) No exigir als polítics catalans que compleixin condemna que reneguin de les seves profundes conviccions polítiques a canvi d'un règim penitenciari més favorable o de la possibilitat d'obtenir l'indult. No obstant això, se'ls podrà exigir que es comprometin a perseguir els seus objectius polítics sense haver de recórrer a mitjans il·legals

Com ja hem assenyalat, les persones que van ser condemnades pel TS espanyol per sedició en ocasió del referèndum de Catalunya han estat indultades pel Govern de l'Estat (RD 456 a 464, tots de 22 de juny de 2021) i es troben avui en llibertat. **Per obtenir l'indult, no van haver de renunciar a les seves conviccions polítiques.**

Això no obstant, alguns aspectes del procediment que van dur a la concessió de l'indult (i la situació en què es van trobar per intentar gaudir de beneficis penitenciaris mentre eren a la presó) posa en qüestió que s'estigui respectant totalment aquesta recomanació.

1. L'indult està condicionat a “no tornar a cometre un delicte greu” en un termini d'entre tres i sis anys, segons els casos.

Entenent que aquests delictes són els que comporten penes qualificades com a greus (art. 33.2 del Codi penal: presó de més de cinc anys, privació del dret a conduir vehicles per més de vuit anys, prohibició del dret a residir en un determinat lloc per més de cinc anys i prohibició d'acostar-se a la víctima o els seus familiars o de comunicar-se amb determinades persones per un temps superior a cinc anys), cal notar que les conductes tipificades com a tals són de naturalesa molt diversa, moltes de les quals no tenen res a veure amb activitats polítiques o fins i tot públiques, de manera que els indults podrien veure's revocats per una condemna per accions que no tinguin cap relació amb els fets pels quals van ser condemnats i ni tan sols amb les activitats polítiques o públiques d'aquestes persones.

Aquest condicionament es pot percebre com una amenaça que limita la llibertat d'actuació de les persones indultades i el ple exercici dels seus drets, entre els quals la llibertat d'expressió.

2. Genera una forta preocupació que l'informe preceptivament emès pel Tribunal Suprem abans de la concessió dels indults utilitzi profusament l'argument de la “falta de penediment” dels condemnats per oposar-se a la concessió. Aquesta “falta de penediment”, que va ser també al·legada pel TS per revocar beneficis penitenciaris que havien estat concedits als condemnats quan eren a la presó, en els termes que ho

expressa el TS, equival de fet a l'exigència que els condemnats assumeixin el punt de vista del TS sobre els fets que van originar la condemna, que pel TS constitueixen un delict de sedició i pels condemnats un exercici dels seus drets fonamentals (especialment, la llibertat d'expressió i de manifestació) i representatius (emparats per la inviolabilitat parlamentària). Així, aquesta exigència de "penediment" respecte d'actuacions de caràcter netament polític – ja que en cap moment es van atribuir als penats actes de violència – pot veure's com una exigència de renúncia a les creences polítiques pròpies que lesiona la seva llibertat ideològica, com ja va denunciar el Síndic en l'informe de novembre de 2020 (*Afectació de drets en l'execució penitenciària de la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem*, pàg. 21 i seg.). Aquesta vulneració va tenir lloc en ocasió de l'anul·lació del TS dels beneficis penitenciaris que havien estat reconeguts per diversos jutjats de vigilància penitenciària, en estimar el recurs de la Fiscalia, que demanava l'aplicació als presos d'un programa de tractament vinculat al delict, que, per la seva naturalesa i la dels fets que van originar la condemna, només podia consistir realment en una espècie de programa de reeducació política. Aquest retret del TS per la falta de penediment pot veure's com una exigència de modificar la seva posició ideològica i política.

3. La preocupació manifestada en l'apartat anterior es pot fer ben present en el futur, en relació amb les persones que estan processades pels mateixos fets i avui a l'exili, en espera de la resolució de les ordres de detenció europees que ha emès el TS espanyol a la justícia belga, pel cas que en algun moment siguin jutjats a Espanya.

4. En relació amb la possibilitat de gaudir de beneficis penitenciaris durant els prop de quatre anys que va durar la privació de llibertat, ens referim a l'informe *Afectació de drets en l'execució penitenciària de la Sentència 459/2019 del Tribunal Suprem*, de novembre de 2020, en què es qüestionava que les persones condemnades s'haguessin sotmeses a un programa de reinserció que tenia per finalitat inculcar-los determinades idees, per accedir a un determinat tractament penitenciar. I cal reiterar que renunciar a la pròpia ideologia s'ha de considerar una vulneració de la llibertat

ideològica, en el sentit que indiquen tant el Tribunal Constitucional com el TEDH. A més, la resolució contenia unes amenaces ocultes cap als tècnics penitenciaris per si persistien a mantenir llurs criteris professionals respecte l'evolució dels presos.

6) Establir un diàleg obert i constructiu amb totes les forces polítiques de Catalunya, incloses les que s'oposen a la independència, amb la finalitat d'enfortir la qualitat de la democràcia espanyola. Això haurà de fer-se a través de l'estat de dret, el bon govern i el respecte total als drets humans, sense necessitat de recórrer al dret penal, però amb ple respecte a l'ordre constitucional d'Espanya i que al seu torn permeti assentar una forta democràcia europea

S'ha obert una mesa de diàleg entre el Govern de la Generalitat de Catalunya i el Govern de l'Estat, però aquest procés de diàleg avança molt lentament (només dues reunions formals) i està mancat, com a mínim públicament, d'una estructura i d'una planificació clares i definides, sense que s'hagi obtingut fins ara cap resultat tangible.

Caldria, en aquest sentit, donar-li una estructura i garantir-lo, per fer-lo efectiu per abordar i resoldre el conflicte entre Catalunya i l'Estat, tal com el Síndic ha recomanat reiteradament en els seus informes sobre aquesta qüestió dels darrers anys.

7) Aplicar aquestes recomanacions d'acord amb els principis de l'estat de dret definits pel Consell d'Europa i, molt particularment, amb el respecte del principi d'igualtat de tots els ciutadans davant la llei

Els principis de l'estat de dret, tal com han estat definits pel Consell d'Europa, impliquen el respecte de la legalitat però també dels drets fonamentals, entre els quals hi figura de manera destacada la llibertat d'expressió, tant de la població en general com dels representants polítics, que han de poder exercir plenament i amb llibertat la seva funció representativa. De manera especial, l'informe Mahoux sobre el "Rule of Law Checklist" de la Comissió de Venècia, de 14 d'octubre de 2016, que va

donar origen a la Resolució PACE 2187 (2017), aprovada l'11 d'octubre de 2017, ("Venice Commission's Rule of Law Checklist"), remarca que els elements essencials de l'estat de dret són: (i) la legalitat, que inclou un procés d'aprovació de les lleis transparent, responsable i democràtic; (ii) la certesa legal; (iii) la prohibició d'arbitrarietat; (iv) l'accés a la justícia davant de tribunals independents i imparcials, que inclou també la revisió de les actuacions administratives; (v) el respecte dels drets humans i (vi) la igualtat i la no discriminació davant la llei.

A Espanya es pot constatar en els darrers temps una concepció legalista i formalista de l'estat dret, que no té en compte els seus altres elements essencials, com s'acaba d'indicar. En aquest sentit, el Consell d'Europa ha advertit que una interpretació formalista de l'estat de dret i de l'imperi de la llei és contrària a la seva veritable essència [Resolució PACE 1594 (2007) i el seu informe corresponent].

Aquesta concepció legalista, desconnectada d'una deguda interpretació constitucional, a més, es fonamenta sovint en alguns

principis polítics que es consideren superiors a qualsevol altre. Especialment reveladores en aquest sentit van ser les paraules del president del Tribunal Suprem i del Consell General del Poder Judicial en el seu discurs d'inauguració de l'any judicial 2017:

"La Constitución (...) es, ante todo, un conjunto de mandatos jurídicos de obligado cumplimiento. Cuando su artículo 2 residencia el fundamento constitucional en la indisoluble unidad de la Nación española, no lo hace a modo de frontispicio programático, sino como basamento último, nuclear e irreductible de todo el Derecho de un Estado. Es, por tanto, un mandato jurídico directo que corresponde garantizar al Poder Judicial junto al resto de los poderes del Estado, en definitiva, un deber para todos nosotros de inexcusable cumplimiento."

Un estat de dret, doncs, basat finalment i essencialment en la unitat de l'Estat i no en la Constitució, i que s'encomana als jutges que protegeixin de manera inexcusable.

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

